

Realidades del empleado público en España y en México

Carolina SAN MARTÍN MAZUCCONI;
Ana I. PÉREZ CAMPOS;
Lourdes MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE
Universidad Rey Juan Carlos. Madrid
Josefa MONTALVO ROMERO
Universidad Veracruzana. Xalapa. México

Resumen: El objetivo que se persigue con este artículo es exponer las características del marco regulador del empleo público en dos Estados diferentes: España y México, ambos inmersos en recientes o próximos cambios. Es la oportunidad de abordar el análisis del marco jurídico actual, centrandolo en ciertos núcleos temáticos específicos, como los derechos fundamentales, su protección de Seguridad Social y la ordenación del tiempo de trabajo en la Administración Pública.

Abstract: The aim of this article is to expose the regulating frame of State employment in two different countries: Spain and Mexico, both immersed in recent or next legislative changes. It's time to approach the analysis of the actual legal frame, studying some specific items, like their fundamental rights, their social protection and the arrangement of the working time in the Public Administration.

Palabras clave: Derechos, Empleados públicos, Convenios colectivos, Administración General del Estado, Estatuto, Seguridad Social, Tiempo de trabajo.

Key words: Rights, Civil servants, Labour collective bargaining, General Administration of de State, Statute, Social Security, Working time.

Sumario:

I. El derecho a la igualdad y no discriminación y el derecho al honor de los empleados públicos en España.

1.1. *Nota introductoria.*

1.2. *Los derechos fundamentales inespecíficos en el Estatuto Básico del Empleado Público.*

II. La ordenación del tiempo de trabajo del empleado público español.

2.1. *Consideraciones previas.*

2.2. *Jornada de trabajo.*

2.2.1. De los funcionarios públicos.

2.2.2. Del personal laboral.

2.3. *Permisos.*

III. La Protección social del personal al servicio de la Administración Pública española: Funcionarios y personal laboral.

3.1. *Introducción.*

3.2. *Alcance y contenido de la protección.*

3.2.1. De los Funcionarios Públicos.

3.2.2. Del personal laboral.

3.3. *El juicio de constitucionalidad sobre la diferencia en la protección.*

IV. Reflexiones del empleado público en México.

4.1. *Los empleados públicos en la Constitución.*

4.2. *Condiciones laborales de los servidores públicos en la ley federal de los trabajadores al servicio del Estado.*

4.3. *Perspectivas del empleado público en México.*

I. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES INESPECÍFICOS DEL EMPLEADO PÚBLICO EN ESPAÑA*

1.1. *Nota introductoria*

Los derechos fundamentales recogidos como tales en el Título I CE poseen, todos ellos, una vertiente laboral, componiendo la parte esencial de lo que ha dado en llamarse Derecho Constitucional del Trabajo. En algunos casos esta vertiente es directa porque el contenido de los derechos es propiamente laboral, como ocurre con la huelga o la libertad sindical, pensados para ejercitarse en el ámbito del trabajo. En otros casos, en cambio, nos encontramos ante derechos de perfil genérico, como la intimidad, la libertad de expresión, la integridad moral y física, etc., que aunque no están dirigidos a la regulación de las relaciones de trabajo, inciden en ellas de algún modo. La dimensión laboral de los derechos genéricos ha sido estudiada por la doctrina laboralista¹ y es ya clásica la feliz denominación según la cual los primeros son derechos fundamentales “específicos” –de contenido laboral– y los segundos “inespecíficos” –de contenido genérico pero con proyección laboral–².

Uno de los debates tradicionales y característicos del Derecho del Trabajo que últimamente se ha revitalizado es el de los límites de los derechos fundamentales inespecíficos en el ámbito laboral, en su confrontación con los poderes empresariales de organización del trabajo. Pues bien, en las páginas que siguen se analiza el espacio que el Estatuto del Empleado Público –la Ley 7/2007, de 12 de abril (en adelante EBEP)–, dedica a los derechos fundamentales inespecíficos de quienes prestan servicios en las Administraciones Públicas.

* Autora: Carolina San Martín Mazzucconi.

1. Entre otros autores, ALONSO OLEA, M., *Las fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución*, Madrid 1981; SUÁREZ GONZÁLEZ, F., «El marco constitucional de los derechos laborales», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* 3 (Madrid 1997).

2. Acuñada por PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *Los derechos laborales en la Constitución Española*, Madrid 1991.

1.2. *Los derechos fundamentales inespecíficos en el Estatuto Básico del Empleado Público*

Se nota en el legislador del EBEP la voluntad de dar a los derechos fundamentales de los empleados públicos el papel preponderante que merecen. En tal sentido, ha incorporado de modo expreso varios de ellos, estableciendo así un nivel mínimo de respeto que, en su caso, a la negociación colectiva cabe mejorar. Además, el art. 14.q) contiene una cláusula abierta según la cual los empleados públicos ostentan «los demás derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico». Teniendo en cuenta que este último se encuentra presidido por el texto constitucional, es una forma de admitir la aplicación de la totalidad de derechos fundamentales en el ámbito del empleo público. Aunque la ausencia de semejante remisión no habría supuesto de ningún modo la inaplicabilidad del ordenamiento jurídico, lo cierto es que su presencia permite subrayar la convicción legal de que el empleado público es sujeto de derechos fundamentales inespecíficos.

Sin duda alguna, el derecho a la igualdad y no discriminación es el que aparece con mayor frecuencia a lo largo del texto legal, bien para indicar que ha de presidir o inspirar ciertas actuaciones, bien para reconocer algunas de sus manifestaciones concretas³. Aunque en mucha menor medida, también están presentes en la norma los derechos al honor, intimidad, propia imagen, integridad física y moral, educación, libertad de expresión, libertad de residencia, libertad ideológica, religiosa y de culto, y tutela judicial efectiva.

Además, entre los principios éticos que deben presidir la actuación de los empleados públicos, el art. 53 EBEP cuenta el de basar su conducta en el «respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas». De este modo, se ordena el respeto de los derechos fundamentales no sólo a la Administración empleadora, sino también a sus empleados, y corresponde a aquélla vigilar el cumplimiento de semejante mandato. En correspondencia, se tipifica como falta muy grave del empleado público «el incumplimiento del deber de respeto a la Constitución», así como «la obstaculización del ejercicio de las libertades públicas» (art. 95.2 EBEP).

* *Derecho a la igualdad y no discriminación.* El derecho a la igualdad y no discriminación está presente en el EBEP casi de un modo obsesivo. Se señalan como “fundamentos de actuación” que presiden el propio Estatuto la «*igualdad*, mérito y capacidad en el acceso y en la promoción profesional» [art. 1.3.b)]. De modo más específico, el art. 55.1 reconoce el derecho de todos los ciudadanos «al acceso al empleo público de acuerdo con los princi-

3. No en vano se lo ha calificado de “principio estructural” del EBEP, por MOLINA NAVARRETE, C., «Aspectos laborales del Estatuto Básico del Empleado Público: de la convergencia a la ‘unificación’ parcial de estatutos», en *Revista de Trabajo y Seguridad del Centro de Estudios Financieros* 293-294 (Madrid 2007) 178.

prios constitucionales de *igualdad*, mérito y capacidad», y el art. 14.c) indica que los empleados públicos tiene derecho «a la progresión en la carrera profesional y promoción interna según principios constitucionales de *igualdad*, mérito y capacidad mediante la implantación de sistemas objetivos y transparentes de evaluación» [art. 14.c)]. Por otra parte, el art. 78 indica que «Las Administraciones Públicas proveerán los puestos de trabajo mediante procedimientos basados en los principios de *igualdad*, mérito, capacidad y publicidad».

Los nacionales de otros Estados tienen derecho a acceder al empleo público como personal laboral en los términos establecidos en el art. 57, y «en *igualdad* de condiciones que los españoles» (art. 57.4). La norma acoge medidas de *acción positiva*: «en las ofertas de empleo público se reservará un cupo no inferior al 5% de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad» (art. 59.1). Otro “fundamento de actuación” del EBEP es la «*igualdad* de trato entre mujeres y hombres» [art. 1.3.d)]. La igualdad adquiere una dimensión fáctica evidente en el art. 60.1, según el cual los órganos de selección deberán tender a la *paridad* entre mujer y hombre. En el mismo sentido, el art. 79, que regula el concurso de provisión de los puestos de trabajo del personal funcionario de carrera, indica que la composición de los órganos colegiados de valoración de méritos, capacidades y aptitudes de los candidatos, «se adecuará al criterio de *paridad* entre mujer y hombre». Los órganos de selección «deberán velar por el cumplimiento del principio de *igualdad* de oportunidades entre sexos» (art. 61.1). También se señala el derecho individual de los empleados públicos «a la *no discriminación* por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo u orientación sexual, religión o convicciones, opinión, discapacidad, edad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social» [art. 14.i)]. Llama la atención la alusión, como criterios discriminatorios diferentes, al género y al sexo, a diferencia de lo que ocurre en el art. 4.2.c) ET, que se refiere únicamente a la discriminación por razón de sexo, englobando toda situación discriminatoria en la que la condición femenina o masculina resulte determinante⁴. La igualdad tiene un espacio entre los deberes de los empleados públicos, alzándose como uno de los principios que inspiran su código ético. En efecto, aquéllos han de desempeñar sus tareas con «respeto a la *igualdad* entre mujeres y hombres» (art. 52). Además, la conducta de los empleados públicos «se basará en el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas, evitando toda actuación que pueda producir *discriminación* alguna por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo, orientación sexual, religión o convicciones, opinión,

4. MONTOYA MELGAR. A., «Relaciones laborales en las Administraciones Públicas», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid 2007, p. 492, señala que la redacción del EBEP admite que el signo del sexo –cuestión biológica– y el del género –cuestión cultural– pueden no coincidir.

discapacidad, edad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social» (art. 53.4).

Constituye falta muy grave «toda actuación que suponga discriminación por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, lengua, opinión, lugar de nacimiento o vecindad, sexo o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, así como el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso moral, sexual y por razón de sexo» [art. 95.2.b)]. La Disp. Adic. 6ª contiene un mandato al Gobierno para que presente «en el Congreso de los Diputados un estudio sobre los distintos regímenes de acceso a la jubilación de los funcionarios que contenga, entre otros aspectos, recomendaciones para asegurar la *no discriminación* entre colectivos con características similares». La Disp. Adic. 8ª indica que «Las Administraciones Públicas están obligadas a respetar 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. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, las Administraciones Públicas 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»⁵.

- *Derecho a la vida y a la integridad física*. Se trata de derechos muy amplios –el derecho a la vida constituye el soporte físico de todos los demás derechos fundamentales⁶– que poseen una concreta proyección en el ámbito laboral si los reconducimos a la seguridad y salud en el trabajo. El EBEP reconoce el derecho de los empleados públicos a recibir protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo (art. 14.I), y los obliga a observar en su conducta las normas sobre prevención de riesgos laborales (art. 54.9). Para los funcionarios y trabajadores al servicio de la Administración General del Estado rige en esta materia el RD 1488/1998, de 10 de julio, que adapta a dicha Administración la legislación de prevención de riesgos laborales.
- *Derecho a la integridad moral y al honor*. La STC 219/1992 define el derecho al honor como el derecho al respeto y al reconocimiento de la dignidad personal que se requiere para el libre desarrollo de la personalidad en la convivencia social, sin que pueda ser su titular escarnecido o humi-

5. Los Planes de Igualdad se contemplan en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres. Su elaboración y aplicación resulta obligatoria para las empresas que se encuentren en las situaciones precisadas en el art. 45. Sin embargo, el EBEP adopta una visión mucho más garantista para el sector público, ya que parece exigir los planes de igualdad a toda Administración Pública y, en todo caso, sin más requisitos que los que fije el convenio colectivo aplicable.

6. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., «Derecho a la vida y a la integridad física y moral», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* 3 (Navarra 2002).

llado ante uno mismo o los demás; el honor es la buena reputación. El art. 14.h) EBEP proclama el derecho a la *dignidad* en el trabajo, *especialmente frente al acoso sexual y por razón de sexo, moral y laboral*. La alusión al “acoso moral y laboral” (algo confusa, por cierto, ya que peca de redundante), demuestra la reciente preocupación del legislador por el fenómeno del hostigamiento en el trabajo, también conocido como *mobbing*. Debe advertirse que este precepto es paralelo al que se contiene en el art. 4.2.e) ET, según el cual los trabajadores tienen derecho «al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo». Aunque la redacción del art. 14.h) EBEP no alude expresamente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, su formulación es abierta (“especialmente”), permitiendo el encaje de todas estas figuras, y a las que se añade, ahora sí de modo explícito, el acoso moral en el trabajo, omitido en el ET⁷. Por su parte, el art. 95 EBEP tipifica como falta muy grave el “acoso laboral”, lo que, en interpretación del Prof. Montoya Melgar⁸, comprendería las modalidades de acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, acoso sexual y por razón de sexo, además de otras posibles situaciones de acoso por causas diferentes (por ejemplo, por el aspecto físico del acosado, o por su forma de vestir o de hablar, etc.).

- *Libertad de residencia*. El EBEP contempla diversas disposiciones alusivas a cambios de lugar de trabajo de los empleados públicos, distinguiendo según se trate de funcionarios o de trabajadores. Para los primeros, se prevé su movilidad funcional, que excepcionalmente puede llevar aparejada una modificación del lugar de residencia para atender a la nueva unidad, departamento, organismo público o entidad. En tal caso, «se dará prioridad a la voluntariedad de los traslados», y «los funcionarios tendrán derecho a las indemnizaciones establecidas reglamentariamente para los traslados forzosos» (art. 81.2). En cuanto a los trabajadores, el EBEP se remite a lo dispuesto sobre movilidad en los convenios colectivos de aplicación y, en su defecto, al régimen de movilidad del personal funcionario de carrera (art. 83). La norma incorpora la movilidad por razón de violencia de género (art. 82), aplicable tanto a funcionarios como trabajadores del sector público. Finalmente, el traslado forzoso se acoge en el EBEP como posible sanción por la comisión de faltas disciplinarias (art. 96.1.d).

7. Como indica MONTROYA MELGAR. A., «Relaciones laborales en las Administraciones Públicas», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid 2007, p. 492, el EBEP «añade los conceptos, muy amplios, de ‘acoso moral’ y ‘acoso laboral’, en los que caben modalidades de hostigamiento que desbordan las enumeradas en el Estatuto de los Trabajadores».

8. MONTROYA MELGAR. A., «Relaciones laborales en las Administraciones Públicas», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid 2007, p. 513.

- *Derecho a la educación.* Este derecho fundamental inespecífico se proyecta en el ámbito laboral a través de aquellas figuras jurídicas que permiten a los trabajadores acceder a la formación y compatibilizarla con el trabajo⁹. El EBEP sitúa entre sus objetivos la cualificación profesional permanente del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas [art. 1.3.g)]. En orden a otorgar efectividad a esta meta, contempla la formación como un derecho-obligación de los empleados públicos. Por un lado, reconoce su derecho «a la formación continua y a la actualización permanente de sus conocimientos y capacidades profesionales, preferentemente en horario laboral» [art. 14.g)]. Por otro, establece la obligación de los empleados públicos de mantener actualizada su formación y cualificación (art. 54.8); claro que al tratarse de un “principio de conducta” sin paralelo reflejo en el cuadro de infracciones sancionables, pasa a ser en realidad una obligación de orden moral. Ahora bien, una manifestación específica de este derecho a la educación de los empleados públicos se halla en los denominados permisos formativos, que facilitan la conciliación entre trabajo y formación. En cuanto a los funcionarios, el art. 48 EBEP llama a las Administraciones Públicas a determinar los supuestos de concesión, requisitos, efectos y duración de los permisos, pero en su defecto contempla, entre otros, el necesario para concurrir a exámenes finales y demás pruebas definitivas de aptitud, durante los días de su celebración (art. 48.1.d). Para los trabajadores, el art. 51 EBEP remite, además de a su propio art. 48, a la legislación laboral correspondiente, lo que nos lleva al art. 23 ET.
- *Otros derechos.* En relación con la libertad ideológica, religiosa y de culto, sólo se encuentra una referencia en el EBEP a evitar discriminaciones por razón de religión o convicciones (art. 53.4). El derecho a la propia imagen se reconoce a los empleados públicos en el art. 14.h) EBEP. El art. 14.k) EBEP consagra su derecho a la libertad de expresión, y el art. 14.i) EBEP a la no discriminación por motivos de opinión. La norma alude al derecho al respeto de su intimidad en el art. 14.h); precepto que menciona también su orientación sexual, que de algún modo podría reconducirse a la categoría más amplia de salvaguardia de la intimidad. Finalmente, el derecho a la tutela judicial efectiva se recibe en el EBEP a través de la contemplación del derecho de los empleados públicos a la defensa jurídica y protección de la Administración Pública en los procedimientos que se sigan ante cualquier orden jurisdiccional como consecuencia del ejercicio legítimo de sus funciones o cargos (art. 14.f). Se trata de un derecho específico de los empleados públicos, que no tiene paralelo en el ET, fundado en el hecho de

9. PEDRAJAS MORENO, A., «Formación y derechos individuales», en *Actualidad Laboral* (Madrid 1999), www.laley.net, distingue entre el derecho a la formación específicamente laboral y el derecho inespecífico a la educación, que sólo vincula al empresario por su dimensión como libertad del trabajador para formarse que no puede restringir o limitar. Véase también STC 95/2002.

que aquéllos, tanto funcionarios como trabajadores, son servidores de los intereses generales, que han de ser defendidos por la Administración¹⁰.

II. LA ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO DEL EMPLEADO PÚBLICO ESPAÑOL *

2.1. *Consideraciones previas*

Partiendo del hecho cierto de que toda clase de actividad productiva ha de estar referida al tiempo invertido en su realización, no cabe duda de que esta acotación temporal constituye uno de los elementos más importantes entre los que componen la regulación de la prestación de servicios de los empleados públicos y una reivindicación antigua que ha acompañado al Derecho de la función pública hasta nuestros días. A partir de los cambios operados por la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, EBEP), parece oportuno realizar un análisis sobre la repercusión que ha tenido en materia de tiempo de trabajo.

2.2. *Jornada de trabajo*

2.2.1. De los funcionarios públicos

Aún cuando todos los aspectos relacionados con el tiempo de trabajo constituyen una de las materias objeto de negociación entre la Administración y los interlocutores sociales, lo cierto es que todavía es enormemente manifiesta la tradición reglamentista que pervive en este espacio¹¹. Es más, el EBEP se esfuerza en seguir remarcando la facultad administrativa a la hora de proceder a la concreción temporal de la prestación de servicios, sin posibilidad de generar derechos adquiridos a favor del funcionario ante una posible modificación de la misma. Es pues el ente público el que, haciendo uso de su potestad de autoorganización, debe proceder a la delimitación de los tiempos de actividad de sus empleados. La Administración goza de la facultad de determinar el modo, el lugar y –por lo que aquí interesa– el tiempo de ejecución de la prestación, situando con exactitud la actuación debida por los funcionarios, con el sólo límite de respetar la legislación vigente.

Respecto del contenido material de la determinación del tiempo de trabajo, según indica el art. 47 EBEP, corresponde a la Administración Pública esta-

10. MONTOYA MELGAR. A., «Relaciones laborales en las Administraciones Públicas», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid 2007, p. 491.

• Autora: Ana Isabel Pérez Campos.

11. Acuerdo del Consejo de Ministros de 19 de enero de 1983 y la Instrucción de la Secretaría de Estado para la Administración Pública de 21 de diciembre de 1983.

blecer una jornada general y las especiales de trabajo de sus funcionarios públicos. Siguiendo el modelo de las normas reglamentarias de regulación de la jornada, el citado precepto recoge la eventual existencia de una jornada general y otras especiales para los funcionarios públicos.

Actualmente, la jornada general es de mil seiscientos cuarenta y siete horas anuales; o lo que es lo mismo, treinta y siete horas y media semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual. Se parte del módulo semanal, pero con apelación inmediata al módulo anual, lo cual puede llegar a permitir que determinadas semanas al año se trabaje más de treinta y siete horas y media si ello se compensa con jornadas semanales de duración inferior. Es evidente que la futura puesta en práctica de fórmulas de distribución irregular de la jornada puede suponer una cierta ampliación de las facultades administrativas en la concreción del tiempo de trabajo.

Dentro del marco común de aplicación transcrito anteriormente –módulo semanal con apelación inmediata al módulo anual–, la regulación todavía vigente no deja de utilizar un baremo diario en la fijación de los dos tipos de jornadas admitidas: sólo de mañana o también continuada de mañana y tarde.

En la primera, una parte principal, llamado tiempo fijo de presencia, debe realizarse de 9:00 a 14:30 h. de lunes a viernes. La parte variable o tiempo de flexibilidad que comprende el resto de las horas puede cumplirse entre las 7:30 y las 9:00 h., de lunes a viernes, y entre las 14:30 y las 18:00 h., de lunes a jueves, así como entre las 14:30 y las 15:30 h., los viernes. El funcionario debe concretar, dentro de los límites marcados, el comienzo y fin de su actividad, con lo que se persigue una sensible mejora del clima laboral, incentivando la disminución del absentismo tan frecuente en el marco administrativo¹².

En el régimen de jornada continuada de mañana y tarde, el horario es de 9:00 a 17:30 h., con una interrupción mínima de una hora para la comida, entre el lunes y el jueves; mientras que el viernes es de 9:00 a 14:00 h. En este caso se trata de un horario fijado de modo más rígido, que identifica la prestación de servicios como comprendida entre los momentos inicial y final señalados en el horario para aquellos puestos cuyas funciones genéricas impliquen atención al público. Sea como fuere, debe comenzarse y terminarse con puntualidad, de modo que estos funcionarios han de cumplir su obligación principal dentro de unos módulos temporales predeterminados e inmodificables.

En todo caso, dicha regulación pretende impedir que se tenga como tiempo trabajado todo aquel concedente a tomarlo o dejarlo materialmente: desplazamientos, actos preparatorios, traslados del recinto de la Administración

12. CASTILLO BLANCO, F. A., «Jornada, permisos y vacaciones», en AA.VV., *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, SÁNCHEZ MORÓN, M. (dir.), Lex Nova, Valladolid 2007, p. 336.

en cuestión desde el garaje donde están los vehículos a la sede de la unidad y regreso, etc. Se ha implantado, así, un riguroso sistema de firma o fichaje homologado con el fin de computar como jornada de trabajo exclusivamente aquellos momentos de prestación efectiva de servicios¹³.

2.2.2. Del personal laboral

Con el fin de evitar injustificados agravios comparativos entre el personal funcionario y el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, el EBEP entiende aplicables las previsiones anteriormente comentadas sobre jornada no sólo a los primeros, sino también a los segundos (art. 51 EBEP). En consecuencia, atendiendo a la circunstancia de que la aplicación de la legislación funcionarial y laboral sobre estas materias es “acumulativa y no sucesiva” cabe interpretar que a los contratados laborales les será de aplicación lo dispuesto en la legislación laboral ordinaria –el Estatuto de los Trabajadores y, en general, todo el sistema de fuentes– siempre y cuando supongan una mejora respecto de lo previsto, con carácter mínimo y supletorio, en el EBEP.

Por el momento, para integrar lo dispuesto en el art. 51 EBEP es necesario acudir a lo previsto en el II Convenio colectivo del personal laboral de la Administración General del Estado publicado por Resolución de 10 de octubre de 2006 y cuya vigencia se extiende hasta el 31 de diciembre de 2008, el cual mejora con creces lo dispuesto en el ET sobre jornada, permisos y vacaciones con el fin de aproximarse a las previsiones que sobre la materia se contemplaban tradicionalmente por la normativa de función pública.

Para evitar reiteraciones en relación con el tiempo de trabajo de los funcionarios, de aplicación también al personal laboral, procede únicamente alertar ahora sobre aquellas previsiones convencionales no coincidentes con las establecidas para aquéllos. Tal premisa metodológica permite interpretar su contenido de conformidad con el nuevo régimen estatutario, centrando la atención en aquellas cláusulas originales para el personal laboral por carecer de parangón en el marco normativo aplicable a los funcionarios.

Las previsiones convencionales en materia de jornada coinciden en su integridad con las previstas para el colectivo de los funcionarios en la Resolución de 20 de diciembre de 2005, no en vano, la duración máxima de la jornada general de trabajo será igualmente de 37,5 horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual. Sorprendentemente el convenio colecti-

13. RODRIGUEZ ESCANCIANO, S., «Jornada de trabajo de los funcionarios públicos», en AA.VV., *Comentarios a la ley 7/2007 de 12 de abril del Estatuto básico del empleado publico*, SEMPERE NAVARRO, A. V. (dir.), Thomson-Aranzadi, Pamplona 2008, p.374.

vo guarda silencio sobre dos importantes cuestiones que la Resolución de 20 de diciembre de 2005 determina para el colectivo funcional y que sí recogía el convenio anterior: de un lado, la distribución del horario de trabajo en una jornada de mañana o en una jornada de mañana y tarde y, de otro, la necesidad de que la jornada se desarrolle en horario de lunes a viernes. Tales ausencias favorecen una cierta flexibilidad en materia de jornada o, mejor, de tiempo de trabajo, recogiendo planteamientos nuevos y orientaciones posibles sobre la organización temporal dentro de los Entes públicos, en aras a la pretendida eficacia en la prestación de los servicios a favor de los ciudadanos.

2.3. *Permisos*

Sin duda, los principios que han inspirado la redacción del EBEP se han dejado sentir de forma muy señalada en la configuración del derecho a los permisos de los empleados públicos; tema de cuyo desarrollo se ocupan los arts. 48, 49 y 51 del EBEP. Con carácter previo, conviene llamar la atención sobre la regulación confusa y deslavazada de que adolecen los preceptos recién citados, lo que ha venido provocando no pocas divergencias interpretativas en la normativa de desarrollo del EBEP, tanto estatal como autonómica. Ello se debe, por un lado, a la articulación simultánea de dos catálogos independientes de permisos, que —con arreglo a criterios poco claros— se encuentran recogidos en dos larguísimos preceptos: los arts. 48 y 49 del EBEP y, por otro lado, y aunque resulte paradójico, dichas divergencias se han acentuado aún más por la indefinición del art. 51 del EBEP, cuya excesiva brevedad no permite concluir con certeza en qué medida aquellos permisos pueden considerarse aplicables al personal laboral al servicio de la Administración Pública. De lo que no cabe ninguna duda, como se verá a continuación, es que las distintas posibilidades interpretativas que resultan de la lectura sistemática de los tres preceptos a que acaba de hacerse referencia, permiten considerar el régimen de permisos del EBEP como un régimen abierto.

Los problemas interpretativos se intensifican si de lo que se trata es de precisar el ámbito subjetivo de los arts. 48 y 49 del EBEP; y, más concretamente, cuando se pretende determinar la eventual aplicabilidad al personal laboral de cada uno de los permisos a que se refieren dichos preceptos. En efecto, el art. 51 del EBEP se limita a afirmar que «para el régimen de permisos... del personal laboral se estará a lo establecido en este Capítulo y en la legislación laboral correspondiente». Como puede comprobarse, la redacción del precepto adolece de un laconismo e imprecisión tales que no permite ofrecer una respuesta inequívoca en relación con el régimen de permisos aplicable al personal laboral. Y lo cierto es que tampoco ayuda a despejar la cuestión lo dispuesto en el art. 7 del propio EBEP, a cuyo tenor «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».

Dado el tenor literal de la norma, los permisos incluidos en el art. 49 del EBEP –circunscritos a aquellos que tratan de facilitar la conciliación de la vida familiar, personal y laboral, así como a los motivados por razón de violencia contra la mujer–, podrían considerarse directamente aplicables al personal laboral, aun cuando resulta claro que en principio están dirigidos a los funcionarios públicos. Y ello, porque su concesión está prevista “en todo caso”; y, por tanto, también en aquellos casos en que los sujetos incurso en alguna de las situaciones contempladas por dicho art. 49 estuviesen vinculados –mediante un contrato de trabajo– a cualquiera de las Administraciones Públicas incardinadas dentro del ámbito de aplicación del tantas veces citado EBEP.

Sin embargo, y en congruencia con lo expuesto hasta ahora, los términos en que está redactado el art. 51 del EBEP no parecen tener la entidad suficiente como para concluir que el régimen de permisos previsto en el art. 48 del EBEP resulta aplicable al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas; o al menos, no directamente. De otra forma, carecería de sentido incluso el propio art. 51, pues es obvio que al legislador le hubiese bastado con sustituir la referencia hecha a los “funcionarios públicos”, por la más amplia “empleados públicos” (fórmula esta de la que, por cierto, se sirve en otras muchas ocasiones). Por el contrario, el art. 48 habla deliberada e insistentemente de los permisos de las “funcionarias” y “funcionarios” públicos, empezando por el propio título del precepto en cuestión. Con ellos como principales destinatarios, la regla general que se desprende del art. 48.1 del EBEP –recuérdese– es que sean las correspondientes Administraciones Públicas las encargadas de determinar el régimen de permisos a que tienen derecho los funcionarios; o lo que es lo mismo, «los supuestos de concesión... y sus requisitos, efectos y duración». Y visto que el catálogo de permisos que establece, aun con carácter de mínimos, sólo entra en juego «en defecto de legislación aplicable», éste no puede considerarse directamente extensible al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, sobre todo porque dichos empleados cuentan con su propia normativa reguladora; normativa –al fin y al cabo– que es la misma que la del resto de trabajadores por cuenta ajena: el Estatuto de los Trabajadores y el convenio colectivo aplicable¹⁴.

Teniendo en cuenta que los supuestos y la duración de los permisos fijados en el Estatuto de los Trabajadores pueden ser mejorados por convenio colecti-

14. GÁRATE CASTRO, J., *Lecturas sobre el régimen jurídico del contrato de trabajo. Concepto, partes y modalidades del contrato de trabajo, salario, poder disciplinario del empresario y extinción del contrato de trabajo*, Coruña 2007, p. 15.

vo¹⁵, nada impide su posterior equiparación a los de los funcionarios públicos por el cauce de la negociación colectiva; algo que, por lo demás, es la dinámica que se ha venido siguiendo hasta ahora. Y así lo reconoce la propia Exposición de Motivos del EBEP, al afirmar que «la negociación colectiva de los funcionarios públicos y del personal laboral... habrá de contribuir finalmente a concretar las condiciones de empleo de todo el personal al servicio de la Administración», como ya sucede en la actualidad¹⁶.

- *Permiso por parto*¹⁷: Se encuentra actualmente regulado por el artículo 49.a) EBEP, que establece el permiso por parto de las funcionarias prácticamente en los mismos términos que el artículo 48.4 ET (en la redacción de la disposición adicional 11ª.10ª de la LO 3/2007), salvo alguna diferencia, seguramente propiciada por la condición de funcionaria, entre las que cabe destacar:

En primer lugar, el cómputo del período de descanso en caso de parto prematuro no empieza a computarse como indica la norma laboral a partir del alta hospitalaria. Tan sólo se prevé para esta situación, al igual que en el artículo 48.4 párrafo 5º ET, que este permiso se ampliará en tantos días como el neonato se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales. Si bien, en la legislación laboral se restringe esta posibilidad a los supuestos de parto prematuro con falta de peso.

Otra diferencia es la que refiere a la posibilidad de disfrutar los períodos de disfrute del permiso o suspensión del contrato en régimen de jornada completa o a tiempo parcial. Si esa posibilidad de disfrute en régimen de jornada parcial del descanso por maternidad (por parto o por adopción en idénticos términos) es posible en la relación laboral «previo acuerdo entre los empresarios y trabajadores afectados», en cambio, el permiso por parto, adopción y acogimiento en régimen de jornada parcial sólo se prevé *cuando las necesidades del servicio lo permitan*.

- *Permiso por adopción y acogimiento*: La redacción que prevé el artículo 49.b) EBEP es casi idéntica a la establecida en el artículo 48.4 ET, salvo alguna matización en las siguientes cuestiones: No se contempla en la legislación laboral (artículo 48.4 ET) este permiso de hasta dos meses de duración¹⁸, en los casos de adopción internacional en que se haga necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado. Su aplicación exclusiva a los empleados públicos se basa, en la inclusión del término *además*, y en que se trata de un permiso independiente,

15. En este sentido, y entre otras muchas, véase una STCT de 22 octubre 1981 (RTCT 531).

16. CASTILLO BLANCO, F. A., «Jornada, permisos y vacaciones»..., *o.c.*, p. 331.

17. El permiso por parto, antes denominado permiso por maternidad, se reguló en el derogado artículo 30.3 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de Función Pública, modificado por la disposición adicional 19ª.13ª de la LO 3/2007.

18. Durante esos dos meses sólo se perciben las retribuciones básicas (sueldo y trienios), excluyéndose, por tanto, complementos y productividad.

tanto del permiso de 16 semanas, como de la posibilidad de iniciar éste hasta cuatro semanas antes de la resolución judicial por la que se constituya la adopción o la decisión administrativa o judicial de acogimiento.

Por lo demás, se reiteran cuestiones a las que ya se ha aludido en los supuestos de parto (disfrute simultáneo o sucesivo del descanso por los progenitores, posibilidad de disfrute en régimen de jornada a tiempo parcial, previsiones de duración caso de discapacidad del hijo o menor, posibilidad de participar en cursos de formación durante el permiso). A este respecto, conviene resaltar que esta es otra diferencia con la regulación laboral ordinaria que se refleja en el artículo 48.4 ET, en la medida que ésta integra sin solución de continuidad a los supuestos de adopción y acogimiento algunas de las normas previstas en los supuestos de parto, sin necesidad de volver a reiterarse.

- *Permiso por paternidad, acogimiento y adopción*: El contenido de la normativa en materia de permiso por paternidad dirigida a los funcionarios públicos se desmarca en mayor medida que los anteriores permisos de la regulación contenida en el artículo 48 bis ET, si bien es un permiso independiente de los permisos por parto, y por adopción y acogimiento, al igual que en la relación laboral ordinaria (artículo 48 bis párrafo 1º ET).

A diferencia de la normativa laboral que prevé una duración de 13 días de permiso ininterrumpido (aspecto este de la no interrupción que no se incluye en el EBEP), para los funcionarios públicos se establece una duración de 15 días a partir del nacimiento, decisión administrativa o judicial de acogimiento o adopción. Si bien podría entenderse para el caso de las relaciones laborales ordinarias que los dos días restantes son los dos de permiso para el supuesto de nacimiento de hijo, sin embargo, no incluye el artículo 37.3.b) ET, los supuestos de adopción y acogimiento.

Con respecto al nacimiento del descanso por paternidad, si en el caso de los trabajadores acogidos a una relación laboral ordinaria el inicio del descanso por paternidad puede producirse según el artículo 48 bis párrafo 3º ET, tanto desde la finalización del permiso por nacimiento de hijo o de las fechas de las resoluciones que reconozcan la adopción o el acogimiento, como inmediatamente después de la suspensión por tales circunstancias, en el caso de los empleados acogidos a una relación funcional el disfrute del descanso por paternidad se produce, únicamente, «a partir de la fecha del nacimiento, de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción». Asimismo, se prevé para los funcionarios públicos, que «las Administraciones Públicas ampliarán de forma progresiva y gradual la duración del permiso de paternidad regulado en el apartado c) del artículo 49 hasta alcanzar el objetivo de cuatro semanas de este permiso a los seis años de entrada en vigor de este Estatuto» (disposición transitoria sexta EBEP). En términos similares se refiere la disposición transitoria novena de la LO 3/2007, respecto a los trabajadores por cuenta ajena regidos por el ET.

III. LA PROTECCIÓN SOCIAL DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ESPAÑOLA: FUNCIONARIOS Y PERSONAL LABORAL *

3.1. *Introducción*

Probablemente una de las diferencias más importantes entre funcionarios públicos y otro personal de la Administración Pública es la que se concreta en la protección frente a las necesidades de carácter social que se van a reconocer a los sujetos que prestan sus servicios para este empresario. Quienes tienen un contrato laboral con la Administración se encuentran comprendidos en el Régimen General de la Seguridad Social, en cambio, los funcionarios están comprendidos en un Régimen Especial de la Seguridad Social. Régimen este que, en puridad, no se ha constituido como tal, sino que mantiene un sistema «basado en una protección mutualista que separa a los funcionarios en razón de la concreta Administración Pública para la que presten servicios en orden a la protección contra las contingencias, comunes o profesionales, que se actualicen durante la pervivencia del vínculo administrativo, y un mecanismo unificado de protección para quienes abandonan el servicio activo, denominado Sistema de Clases Pasivas»¹⁹. No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que el Régimen Especial de Funcionarios Públicos no incluye a todos los funcionarios públicos, pues muchos de ellos han sido integrados en el Régimen General, en virtud de lo dispuesto en el art. 97.2 LGSS²⁰.

3.2. *Alcance y contenido de la protección*

3.2.1. De los Funcionarios Públicos

La protección de los Funcionarios públicos se ha estructurado en el Sistema español de protección social a través de una doble vía. Por un lado, la prevista mientras el Funcionario está en activo, a cargo de la correspondiente Mutualidad. Por otro, la protección que se otorga una vez que el Funcionario ha cesado en su prestación de servicios para la Administración, atribuida al sistema de Clases Pasivas. Como se verá, aunque el Régimen Especial de Funcionarios Públicos se constituye como un «Régimen externo al Sistema de

* Autora: Lourdes Meléndez Morillo-Velarde.

19. MARTÍN VALVERDE, A., y GARCÍA MURCIA, J., *Tratado Práctico de Derecho de la Seguridad Social*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 1201.

20. Se trata, en concreto, de los funcionarios en prácticas que aspiren a incorporarse a cuerpos o escalas de funcionarios que no estén sujetos al Régimen de Clases Pasivas y los altos cargos de las Administraciones Públicas que no sean funcionarios públicos, así como los funcionarios de nuevo ingreso de las CCAA (art. 97.2.h LGSS) y los funcionarios del Estado transferidos a las Comunidades Autónomas que ingresen voluntariamente en cuerpos o escalas propios de aquéllas (art. 97.2.i LGSS).

Seguridad Social»²¹, o de encontrarse extramuros al mismo²², la realidad pone de manifiesto que no se trata de un Régimen tan distinto al General como podría pensarse.

3.2.1.1. La protección durante la vigencia del vínculo funcional: las Mutualidades de Funcionarios Públicos Civiles y Militares

Los beneficiarios del sistema de protección de los distintos Mutualismos son el propio funcionario y los familiares o asimilados a cargo de un mutualista en alta. En concreto, el cónyuge del mutualista, así como la persona que conviva con el mutualista en análoga relación de afectividad a la del cónyuge con los requisitos establecidos en el Régimen General de la Seguridad Social. Los descendientes, hijos adoptivos y hermanos. Los ascendientes, cualquiera que sea su condición legal, e incluso adoptivos, tanto del mutualista como de su cónyuge, y los cónyuges por ulteriores nupcias de tales ascendientes. También será beneficiario cualquier otra persona relacionada con el mutualista que se determine de acuerdo con lo dispuesto en el Régimen General de la Seguridad Social.

En cuanto al ámbito de la protección, durante la vigencia de su vínculo funcional los funcionarios públicos pueden verse sometidos a diversas situaciones que afecten de forma negativa su salud e incluso su capacidad para prestar servicios²³.

3.2.1.2. La protección tras el cese de los servicios: el Régimen de Clases Pasivas del Estado

La protección de las situaciones de necesidad que pueden afectar a los Funcionarios Públicos Civiles y Militares se completa con el Régimen de Clases Pasivas del Estado, que se define como «un mecanismo público de protección frente a ciertas contingencias a favor de los funcionarios públicos que no están incluidos en el Régimen General»²⁴.

21. DOLZ LAGO, M. J., «La jubilación de los funcionarios públicos en España», *Revista de Seguridad Social* 16 (1982) 263.

22. MALDONADO MOLINA, J. A., *La protección de la vejez en España. La pensión de jubilación*, Tirant monografías, Valencia 2002, p. 413.

23. En concreto, se incluyen en el ámbito protector las siguientes prestaciones: Asistencia Sanitaria; Subsidio por incapacidad temporal y por riesgo durante el embarazo; Incapacidad Permanente para el servicio; Lesiones permanentes no invalidantes, Cargas familiares; Servicios sociales y asistencia social

24. MARTÍN VALVERDE, A., y GARCÍA MURCIA, J., *Tratado Práctico de Derecho de la Seguridad Social*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 1232.

La acción protectora en el Régimen de Clases pasivas del Estado se concreta en el reconocimiento de pensión de jubilación o retiro y en prestaciones por muerte y supervivencia, que incluyen pensión de viudedad, pensión de orfandad y pensión en favor de padres del fallecido.

Pensión de jubilación o retiro

La Ley de Clases Pasivas del Estado contiene un complejo sistema de determinación de la pensión de jubilación diferenciando entre pensión ordinaria, si el cese en el trabajo no deriva de un accidente o de alguna situación o contingencia relacionada con los servicios prestados al Estado, y extraordinaria cuando el hecho causante se produzca por razón de lesión, muerte o desaparición producida en acto de servicio o como consecuencia del mismo. La diferencia entre ambos tipos de pensiones determina, asimismo, la existencia de distintas formas de cálculo de la pensión, según la contingencia causante de la misma.

El hecho causante de la pensión de jubilación ordinaria es el retiro por diversas causas del personal funcionario de la Administración del Estado. Tal retiro del servicio activo puede estar motivado por cese forzoso, al cumplir el funcionario la edad legalmente establecida para el cese en su prestación de servicios, edad que actualmente está fijada en sesenta y cinco años, salvo que voluntariamente prolonguen su permanencia en la situación de servicio activo hasta los setenta años de edad; por cese voluntario en la prestación de servicios, que se producirá a instancia del funcionario, siempre que el solicitante tenga sesenta años de edad cumplidos y acredite treinta años de servicios efectivos al Estado y por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

Por su parte, la pensión extraordinaria de jubilación se produce por la incapacidad permanente o inutilidad del funcionario para el servicio, generada por verse afectado el funcionario por una lesión o proceso patológico que sea irreversible o “de remota o incierta reversibilidad”, siempre que le imposibilite totalmente para el desempeño de las funciones propias de su Cuerpo, Escala, plaza o carrera.

En el Régimen Especial de Funcionarios Públicos se exigen una serie de requisitos para el reconocimiento del derecho a pensión. En concreto, un mínimo de 15 años de servicios efectivos al Estado y 65 años de edad, sin perjuicio de la posibilidad de que el funcionario prolongue su permanencia en el servicio activo hasta los setenta años de edad.

Prestaciones por muerte y supervivencia

Las prestaciones por muerte y supervivencia son aquellas generadas por el fallecimiento del funcionario público y por la supervivencia de las personas que dependen de aquél. La Ley reconoce protección a la viuda, a los huérfanos y a los padres. Como principal peculiaridad de estas pensiones es que no se exige período alguno de carencia previo.

Al igual que ocurre con la pensión de retiro, también en el caso de las prestaciones por muerte y supervivencia se diferencia entre pensión ordinaria y extraordinaria.

La cuantía de las distintas prestaciones causadas por muerte y supervivencia se calcula tomando como referencia la pensión ordinaria de jubilación, la que perciba el beneficiario o la que le correspondería.

3.2.2. Del personal laboral

En la Administración pública española coexisten prestando sus servicios sujetos que ostentan la condición de funcionarios públicos de carrera con sujetos contratados por la propia Administración a través de un contrato de trabajo. Al margen de las diferencias existentes en su prestación de servicios, probablemente las diferencias de trato más importantes son las que afectan al propio sistema de protección frente a las necesidades de carácter social, diferencias estas motivadas, ante todo, por el hecho de que funcionarios públicos y personal laboral se encuentran comprendidos en Regímenes distintos de la Seguridad Social, que otorgan diferente protección a los sujetos incluidos en cada uno de ellos. Así, quienes ostentan la condición de trabajadores por cuenta ajena, aunque tengan como empresario a la Administración Pública se hallan comprendidos en el Régimen General de la Seguridad Social como cualquier otro trabajador por cuenta ajena que preste servicios para un empresario privado.

Con una formulación general, el artículo 7 de la Ley General de la Seguridad Social convierte en beneficiarios de las prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social a los «trabajadores por cuenta ajena que presten sus servicios en las condiciones establecidas por el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores en las distintas ramas de la actividad económica o asimilados a ellos, bien sean eventuales, de temporada o fijos, aun de trabajo discontinuo, e incluidos los trabajadores a domicilio, y con independencia, en todos los casos, de la categoría profesional del trabajador, de la forma y cuantía de la remuneración que perciba y de la naturaleza común o especial de su relación laboral».

Sin duda, la acción protectora que contempla el Régimen General de la Seguridad Social es la más completa de las que se incluyen en los otros Regímenes de la Seguridad Social. Convirtiéndose así este Régimen General de la

Seguridad Social en lo que se ha venido a denominar el “ideal de cobertura” del Sistema de protección social español²⁵.

La protección del Régimen General de la Seguridad Social alcanza a todos los sujetos comprendidos en su ámbito de aplicación, tanto si se trata de trabajadores por cuenta ajena, en el estricto significado de su concepto aunque presten servicios para la Administración Pública, como si se trata de funcionarios incluidos expresamente en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social en virtud de lo previsto en el artículo 97.2 LGSS.

Asistencia sanitaria

La asistencia sanitaria de la Seguridad Social tiene por objeto prestar a los beneficiarios los servicios médicos y farmacéuticos necesarios para conservar o restablecer su salud y su aptitud para el trabajo, así como los servicios convenientes para completar las prestaciones médicas y farmacéuticas.

Incapacidad temporal

Incapacidad temporal hace referencia a la situación durante la cual un sujeto debe dejar de prestar sus servicios de forma temporal por encontrarse incapacitado para trabajar. Desde esta perspectiva, la prestación económica por incapacidad temporal cubre la falta de ingresos del trabajador que, debido a una enfermedad o accidente, está imposibilitado temporalmente para trabajar y precisa asistencia sanitaria de la Seguridad Social.

Maternidad y paternidad

La legislación española reconoce el derecho de los padres a disfrutar de un período de descanso en su prestación de servicios cuando se produzca el nacimiento, la adopción o el acogimiento de un menor.

Riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural

Bajo los términos riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural se hace referencia a la situación en la que se encuentra una trabajadora que puede ver afectada de forma negativa su seguridad y su salud o la seguridad y salud del feto o del lactante menor de nueve meses debido a sus condiciones de trabajo, a las herramientas que maneja en su trabajo o al ambiente en el que presta servicios.

25. ALONSO OLEA, M., y TORTUERO PLAZA, J. L., *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, Madrid 2002, p. 48.

Lesiones permanentes no invalidantes

A través de la prestación por lesiones permanentes no invalidantes se protege al trabajador que ha sufrido una lesión, mutilación y deformidad causada por un accidente de trabajo o una enfermedad profesional. Se trata de lesiones que no constituyen una incapacidad permanente, pero suponen una disminución de la integridad física del trabajador.

Incapacidad permanente

El concepto de incapacidad permanente se refiere a la situación en la que se encuentra una persona afectada por unas lesiones o por una enfermedad tal que disminuya o anule su capacidad laboral de forma presumiblemente definitiva.

Jubilación

Una vez que un trabajador ha cumplido una determinada edad (65 años con carácter general) y ha cubierto un período mínimo de carencia (15 años), se le reconoce su derecho a cesar en su actividad laboral. Sobre la base de esta premisa, la prestación por jubilación cubre la pérdida de ingresos que sufre una persona cuando, alcanzada la edad establecida, cesa en el trabajo por cuenta ajena o propia, poniendo fin a su vida laboral, o reduce su jornada de trabajo y su salario en los términos legalmente establecidos.

Muerte y supervivencia

Las prestaciones por muerte y supervivencia reconocidas en el Régimen General de la Seguridad Social, tienen por objeto compensar la situación de necesidad económica que se produce en el ámbito de una unidad familiar cuando fallece uno de los miembros de la misma.

Prestaciones familiares

Las prestaciones familiares en el ámbito del Régimen General de la Seguridad Social tienen por objeto proteger la situación de necesidad económica o de exceso de gastos que produce, para determinadas personas, la existencia de responsabilidades familiares y el nacimiento o adopción de hijos en determinados casos.

Desempleo

El desempleo protegido en el Régimen General de la Seguridad Social se define como la situación en la que se encuentran quienes, pudiendo y queriendo trabajar, pierdan su empleo de forma temporal o definitiva, o vean reducida temporalmente, al menos, en una tercera parte su jornada laboral, por expe-

diente de regulación de empleo, con la correspondiente pérdida o reducción análoga de salarios, por algunas de las causas establecidas como situaciones legales de desempleo

Precisamente es en relación con la prestación por desempleo donde se encuentran las mayores diferencias en la protección entre trabajadores por cuenta ajena y funcionarios de carrera, dado que se excluye del derecho a prestaciones por desempleo a los funcionarios de la Administración del Estado. Esta previsión se completa con la que prevé que tendrán también derecho a desempleo los altos cargos de las Administraciones Públicas que tengan dedicación exclusiva, estén retribuidos y no sean funcionarios públicos.

3.3. El juicio de constitucionalidad sobre la diferencia en la protección

Constatada la existencia de una distinta protección de los sujetos que prestan servicios para la Administración Pública en función de si tienen o no la condición de funcionarios de carrera, se plantea el interrogante de la validez de esa diferencia de trato desde el punto de vista constitucional. Pues, de entrada no parece del todo lógico que sujetos que realizan el mismo trabajo y que tienen el mismo empresario no tengan derecho a idéntica protección en materia de Seguridad Social. La existencia de distintos regímenes de protección para distintos trabajadores es una realidad en el sistema español de Seguridad Social. A pesar de que ya la Ley de Bases de 1963 había previsto la unidad y homogeneidad del sistema de Seguridad Social, lo cierto es que esa misma norma incluía entre sus previsiones la posibilidad de crear Regímenes Especiales de protección que atendieran las peculiaridades de los sujetos protegidos. No obstante, el artículo 41 CE no constriñe al establecimiento de un único sistema prestacional fundado en principios idénticos, ni a la regulación de unos mismos requisitos o la previsión de iguales circunstancias determinantes del nacimiento del derecho.

La identidad en el nivel de protección de todos los ciudadanos podrá constituir algo deseable desde el punto de vista social, pero cuando las prestaciones derivan de distintos sistemas o regímenes, cada uno con su propia normativa, no constituye un imperativo jurídico, ni vulnera el principio de igualdad (SSTC 103/1984, de 12 noviembre; 77/1995 de 22 mayo, 197/2003, de 30 octubre). Y es que hay que tener presente que el problema que subyace tras el hecho de que se de distinta protección a los trabajadores en materia de Seguridad Social podría afectar a uno de los derechos fundamentales sobre los que se asienta el ordenamiento jurídico español: el derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación. En este sentido, como ha avanzado el Tribunal Constitucional, la diferencia de régimen jurídico de los distintos regímenes de la Seguridad Social debe ir más allá del dato puramente formal de la diversidad de ordenamientos jurídicos y comprobar si, efectivamente y desde una pers-

pectiva material, esa diversidad responde a diferencias reales que, por ser objetivas, razonables y congruentes, constituyan suficiente justificación del tratamiento desigual (SSTC 39/1992, de 30 marzo; 268/1993, de septiembre).

IV. REFLEXIONES DEL EMPLEADO PÚBLICO EN MÉXICO*

4.1. *Los empleados públicos en la constitución*

En el artículo 123 constitucional en su apartado “B” encontramos distintos regímenes de relación de trabajo entre el Estado y los servidores públicos: Trabajadores de base. Cuentan con el mayor número de derechos. Trabajadores de confianza. Son excluidos del régimen de los trabajadores de base y sólo tienen asegurado su derecho al salario y a la seguridad social. Trabajadores del ejército, fuerza aérea y marina. Son excluidos del artículo 123, pero se les garantiza la seguridad social. Trabajadores del servicio exterior. No se incluyen en el artículo 123. Trabajadores del Ministerio Público. No se incluyen en el artículo 123. Trabajadores de las entidades policiales. No se incluyen en el artículo 123. Esta disparidad de derechos va en contra de los derechos fundamentales y de toda Administración que aspire a ser eficiente, pues se olvida que sólo mediante una adecuada integración de la relación de trabajo el Estado obtendrá los resultados deseados.

El primer párrafo del apartado “B” del artículo 123 constitucional señala que esta relación laboral se establece entre los «poderes de la unión, el gobierno del distrito federal y sus trabajadores». El artículo 3.º de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado señala que trabajador es «toda persona que preste un servicio físico, intelectual o de ambos géneros, en virtud de nombramiento expedido o por figurar en las listas de raya de los trabajadores temporales». La nota distintiva de este tipo de relación la podemos encontrar en el elemento del nombramiento, un acto jurídico por medio del cual se designa a una persona como servidor público para el cumplimiento de ciertas funciones, servicios o actividades²⁶.

El servidor público se puede definir como aquel que presta sus servicios al Estado, con el propósito de atender alguna de las atribuciones, funciones o tareas legalmente asignadas a aquél. Existen diversos valores a los que debe atender el servidor público y que se encuentran señalados en el artículo 113 de la Constitución Federal «las leyes sobre responsabilidad administrativa de los servidores públicos, determinaran sus obligaciones a fin de salvaguardar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia en el desempeño de sus funciones, empleos, cargos y comisiones...» La obligación de servir con

* Autora: Josefa Montalvo Romero.

26. GARCÍA RAMÍREZ, S., *Derechos de los Servidores Públicos*, INAP-UNAM, México 2007, p. 4.

sujeción a esos valores es la misma para todo servidor público, independientemente de su jerarquía, rango, origen o lugar de su empleo, cargo o comisión. De la observancia de esos valores se desprenden numerosos deberes genéricos y específicos del servidor público²⁷. Respecto de la clasificación, la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado distingue dos categorías de trabajadores: Trabajadores de confianza y trabajadores de base.

Dentro de los primeros (confianza) la legislación de los trabajadores al servicio del Estado no incluye a: Trabajadores de planta de la presidencia de la república y aquellos cuyo nombramiento requiere aprobación del ejecutivo federal.

Respecto de la segunda categoría (base), sus relaciones de trabajo son reguladas por la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado. Por exclusión, todos los trabajadores no incluidos en la categoría de confianza pertenecen a ésta. Los trabajadores de base son inamovibles después de seis meses de servicio y sólo podrán ser removidos cuando incurran en alguna de las causas de terminación de la relación laboral y previa intervención del Tribunal de Conciliación y Arbitraje.

4.2. *Condiciones laborales de los servidores públicos en la ley federal de los trabajadores al servicio del Estado*

La *jornada* de trabajo no excederá de ocho horas cuando sea diurna y de siete cuando sea nocturna. Si comprende períodos de ambas se considerará mixta y no podrá exceder de siete horas y media. Por lo que respecta al tiempo extraordinario se aplica supletoriamente lo señalado en la Ley Federal del Trabajo, que consiste en una remuneración al doble de las ordinarias y nunca podrán exceder de tres horas diarias ni de tres veces consecutivas.

El *descanso semanal* esta contemplado que sea de dos días continuos (de preferencia sábado y domingo) por cada cinco de trabajo con goce de salario íntegro. Para los días de descanso obligatorio se atenderá lo dispuesto en el calendario oficial correspondiente y en las leyes electorales.

Las *vacaciones* serán de veinte días al año, pudiendo ser distribuidas en dos períodos anuales de diez días para los trabajadores que tengan más de seis meses consecutivos de trabajo y además recibirá una prima vacacional del treinta por ciento adicional sobre el salario correspondiente a dichos períodos.

Se contempla un *salario* mínimo que no podrá ser inferior al que se aplique a los trabajadores del apartado “A” del artículo 123 constitucional y será irreductible durante la vigencia del presupuesto de egresos respectivo.

27. Id., p. 5.

Tomando en cuenta que el costo de la vida es distinto en diversas zonas de la república, se establecerán tabuladores regionales.

Como principio general se aplica «Salario igual para trabajo igual».

La *prima de antigüedad* se establece como complemento al salario y se otorga por cada cinco años de servicios, hasta llegar a veinticinco.

El *aguinaldo* es un equivalente, cuando menos, a cuarenta días de salario íntegro. Se paga antes del 15 de diciembre el 50% y el resto antes del 15 de enero.

La *Promoción* laboral está sustentada en los conocimientos, aptitudes y la antigüedad del trabajador. Dependiendo del escalafón de cada dependencia se deben tomar en cuenta en igualdad de condiciones a los trabajadores sindicalizados, a quienes representen la única fuente de ingreso familiar, a los veteranos de la revolución, a los supervivientes de la invasión norteamericana de 1914. Posteriormente, se ha creado en varias dependencias e instituciones públicas el servicio civil de carrera que abordaremos más adelante.

Como sucede con los trabajadores del apartado “A”, la *Estabilidad* en el empleo es un elemento a proteger para los servidores públicos. La Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado señala que ningún trabajador podrá ser cesado sino por causa justa; establece además las causas por las que se puede dejar sin efecto el nombramiento del trabajador, por ejemplo: renuncia o abandono del empleo, conclusión del término o de la obra motivo de la designación, la muerte del trabajador, incapacidad permanente del trabajador, física o mental que le impida el desempeño de sus labores o por resolución del Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje. Cuando el cese sea injustificado, el servidor tendrá derecho a optar entre la reinstalación en su empleo y el pago de salarios caídos y la indemnización que incluye el pago en una sola exhibición de los salarios caídos, primas vacacional y dominical, aguinaldo y prima de antigüedad.

La *Asociación sindical* está garantizada con el derecho de los trabajadores a formar sindicatos pertenecientes a una misma dependencia, constituidos para el estudio, mejoramiento y defensa de los intereses de sus agremiados. Para fundar un sindicato se requiere por lo menos de veinte trabajadores y los trabajadores de confianza no pueden constituir sindicatos.

Respecto de la *Huelga*, los trabajadores pueden hacer uso de ella cuando exista una violación “general y sistemática” de sus derechos laborales. La huelga es la suspensión temporal del trabajo llevada a cabo por una coalición de trabajadores en una o varias dependencias del poder público. Tiene que ser declarada por las dos terceras partes de los trabajadores de la dependencia afectada y presentar el pliego petitorio al presidente del Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje antes de la suspensión de labores. Ya mencionamos que el nombramiento es el acto que le da vida a la relación burocrática, es el

documento donde consta la designación de determinada persona para desempeñar un cargo o empleo público y, consecuentemente, formaliza la relación jurídica de trabajo con el titular de la entidad respectiva o dependencia²⁸.

Finalmente, la terminación de la relación de trabajo tiene como consecuencia dejar sin efecto el nombramiento, en virtud de causa justa que así lo amerite, sin responsabilidad para los titulares de las dependencias. Entre las causas más importantes destacan las siguientes: Renuncia o abandono del empleo o repetidas faltas injustificadas; conclusión del término o de las determinantes de la designación; muerte del trabajador; incapacidad permanente, física o mental del trabajador; resolución del Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje.

4.3. *Perspectivas del empleado público en México*

a) Proyectos de reforma al artículo 123 constitucional

El artículo 123 constitucional ha sido objeto de diversas discusiones respecto de la conveniencia o no de desaparecer el apartado “B” de su texto. El ejercicio de los derechos colectivos ha sido el principal argumento para pedir la eliminación del apartado “B” del artículo 123. En los años 1995 y 1998 la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió cinco ejecutorias que constituyen jurisprudencia, mediante las cuales se declaran inconstitucionales los artículos 1º y 68 de la Ley de los Trabajadores al Servicio del Estado. Estas resoluciones demuestran que los trabajadores incluidos en ese apartado “B” sólo podrán consolidar sus derechos colectivos laborales modificando el esquema del citado artículo 123 Constitucional.

La Ley de los Trabajadores al Servicio del Estado, en contravención al Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo suscrito por México, limita a los empleados públicos para formar sus organizaciones sindicales, por centro de trabajo o por rama; que pertenezcan a una o varias centrales, federaciones o confederaciones; se afilien a organismos sindicales de carácter internacional; decidan voluntariamente pertenecer o no a un gremio sindical y elijan a su directiva. Las distintas propuestas de derogación del apartado “B” coinciden en señalar una serie de adecuaciones a distintas condiciones de trabajo que beneficiarían al empleado público.

b) Profesionalización del empleado público

La implementación del sistema de servicio civil de carrera en el mundo es consecuencia de múltiples procesos socioeconómicos y políticos. Dentro de estos procesos se destaca la modernización de los aparatos administrativos.

28. ACOSTA ROMERO, M., *Derecho Burocrático Mexicano*, Porrúa, México 1995, p. 265.

En la mayoría de los países que han instaurado el servicio civil de carrera se ha ido transformando gradualmente para modernizar los aparatos administrativos y adecuarlos a las necesidades ciudadanas. Esto debido a las múltiples críticas de las cuales ha sido objeto, entre las que se encuentran la falta de eficiencia y efectividad, altos costos fiscales, rigidez en las políticas de remoción y falta de rendición de cuentas.

En este contexto, la mayoría de los países en el mundo han sufrido reformas a sus sistemas de servicio público, pasando de una Administración basada en reglas (burocracia) a una gestión pública basada en resultados y rendimiento, bajo principios de ética y conducta en el servicio público. La evolución general de los sistemas de servicio público se divide en tres etapas: La primera es dominada por el sistema de patronazgo, que fue sustituido por los servicios de carrera en distintos países. En la segunda, se establece el servicio civil de carrera, cuyo valor predominante es la eficiencia y los derechos individuales. La última, combina un sistema de patronazgo y el servicio civil de carrera junto con la negociación colectiva, con lo que se busca modificar algunas características con el fin de alcanzar la racionalización de los recursos, mayor flexibilidad, etc.

El servicio público de carrera suele definirse también como un conjunto de reglas y procedimientos administrativos que regulan el precio del trabajo y su división (asignación) en una unidad administrativa. Este conjunto de reglas controla y dirige los recursos humanos de la unidad y crea un mercado laboral nacional. Las reglas de entrada y salida, de la permanencia y movilidad dentro del sistema, de la asignación de las actividades y funciones de sus integrantes, y de los premios y castigos a los mismos (incentivos), constituyen las características del servicio civil²⁹.

En el 2006 se propuso controlar los salarios de los funcionarios públicos. Fue una de esas decisiones que le gustan a la gente, porque supone que los servidores públicos (que pueden hacerlo) dejarán de pagarse sueldos elevadísimos y acumular fortunas personales gracias al cargo que ocupan. También se contemplaba un ahorro para las finanzas públicas del país y, de paso, se ayudaría a compactar los catálogos de puestos que se utilizan en la Administración Pública.

Con lo anterior se confirma el descrédito sobre las obligaciones y las responsabilidades que asumen los funcionarios públicos y que de manera general descalifica a todas las personas que ocupan un puesto público como burócratas. Ese grupo que vive de los impuestos pagados por los demás, que ejerce una autoridad ciega a las circunstancias y que utiliza los medios que la sociedad pone en sus manos para allegarse el mayor beneficio posible. Desde esa

29. GUERRERO AMPARÁN, J. P., «Consideraciones sobre la instauración del Servicio Civil de Carrera en México», en (2000) 36.

perspectiva, pagarles sueldos modestos a los burócratas sería apenas lo justo frente al deficiente servicio que le prestan a quienes sufragan sus gastos.

En este contexto no se ha logrado consolidar el servicio profesional de carrera aún tratándose de un asunto de gran importancia para la consolidación democrática de nuestro país. Un buen servicio de carrera le ofrece al empleo público una perspectiva de largo plazo y le exige a los burócratas que respondan puntualmente por lo que hacen. Es un método para salvaguardar el ingreso al servicio público ajeno a las referencias personales y profesionales de cada quien para formar mejores servidores públicos a lo largo del tiempo, para plantear medios de evaluación que respondan a las verdaderas obligaciones de cada puesto, y para ofrecerles a los mejores un proyecto de vida, al margen de su pertenencia a grupos políticos.