



2009
Barcelona



Seminari d'actualització de Funció Pública Local



Reconeixement-NoComercial-SenseObraDerivada 2.5 Espanya

Sou lliure de:



copiar, distribuir i comunicar públicament l'obra

Amb les condicions següents:



Reconeixement. Heu de reconèixer els crèdits de l'obra de la manera especificada per l'autor o el licenciator (però no d'una manera que suggereixi que us donen suport o rebeu suport per l'ús que feu de l'obra).



No comercial. No podeu utilitzar aquesta obra per a finalitats comercials.



Sense obres derivades. No podeu alterar, transformar o generar una obra derivada d'aquesta obra.

- Quan reutilitzeu o distribuïu l'obra, heu de deixar ben clar els termes de la llicència de l'obra
- Alguna d'aquestes condicions pot no aplicar-se si obteniu el permís del titular del drets d'autor.
- No hi ha res en aquesta llicència que menyscabi o restringeixi els drets morals de l'autor.

Els drets derivats d'usos legítims o altres limitacions reconegudes per llei no queden afectats per l'anterior



FEDERACIÓ DE MUNICIPIS
DE CATALUNYA



Acuerdo de
Formación Continua
en las Administraciones
Públicas

Edita

Federació de Municipis de Catalunya
Via Laietana 33, 6è 1a. 08003 Barcelona
Tel. 93 310 44 04

Disseny i maquetació

www.lacuina.gràfica.com

Sumari

1^a sessió

11/02/09

**La figura del personal directiu
a l'Administració local**

2^a sessió

27/04/09

**Personificacions
instrumentals locals:
identificació i règim jurídic
del seu personal**

3^a sessió

08/07/09

**La incapacitat temporal:
règim jurídic i aplicació pràctica
en la funció pública local**

Ponéncies

1^a sessió 11/02/09

La figura del personal directiu a l'Administració local

**Àmbit i delimitacions de la funció directiva a l'Administració local
des de la perspectiva organitzativa.**

Francisco Longo, director de l'Institut de Direcció i Gestió Pública d'ESADE

**Especificitats del règim jurídic del personal directiu de les administracions locals:
mecanismes de creació, cobertura d'aquests llocs i peculiaritats de la relació de serveis**

Rafael Jiménez Asensio, advocat, professor de Dret Constitucional de la Universitat
Pompeu Fabra

La previsió recollida a l'article 13 de l'EBEP –relativa al personal directiu professional– ha introduït, respecte de l'Administració local, un ventall de possibilitats cap a la futura institucionalització d'una funció directiva local que permeti superar les mancances i indefinicions de la situació actual i enceti una veritable professionalització de la gestió directiva també en el gruix de les entitats locals, sotmesa a criteris d'eficàcia i d'eficiència, responsabilitat i control dels resultats en funció dels objectius, que coadjuvi a la modernització administrativa de les nostres administracions públiques. Alhora, cal tenir present la limitació de l'article 12 de la mateixa norma, respecte de les possibilitats d'utilització de la figura del personal eventual més enllà de les funcions específicament acotades de confiança o assessorament especial.

Ara bé, la regulació actual, que encara no ha tingut desenvolupament normatiu, planteja dubtes importants respecte de la identificació de quines són les funcions directives en les nostres estructures organitzatives o, el que és el mateix, quins són o haurien de ser els directius públics professionals; respecte de quin és el model de direcció pública que es configura i de les possibilitats d'incorporar persones externes a l'organització; quins són els principis que han de regir la selecció de directius públics; com s'ha d'establir i mesurar la responsabilitat de la gestió del directiu públic; quines han de ser les condicions de treball del personal directiu i quins criteris les regeixen; el règim del personal directiu amb la condició de personal laboral; el mecanisme de cessament del directiu públic, i moltes altres qüestions que s'abordaran al llarg de la sessió. Amb això es vol intentar, per una banda, clarificar la previsió abans esmentada i facilitar-ne la possible aplicació en el si de les nostres organitzacions, i per una altra banda permetre fer ús, si s'escau, de l'exercici de la potestat reglamentària local per definir quins llocs tenen la consideració de personal directiu professional i quin serà el seu règim jurídic d'aplicació.

M. Carme Noguera

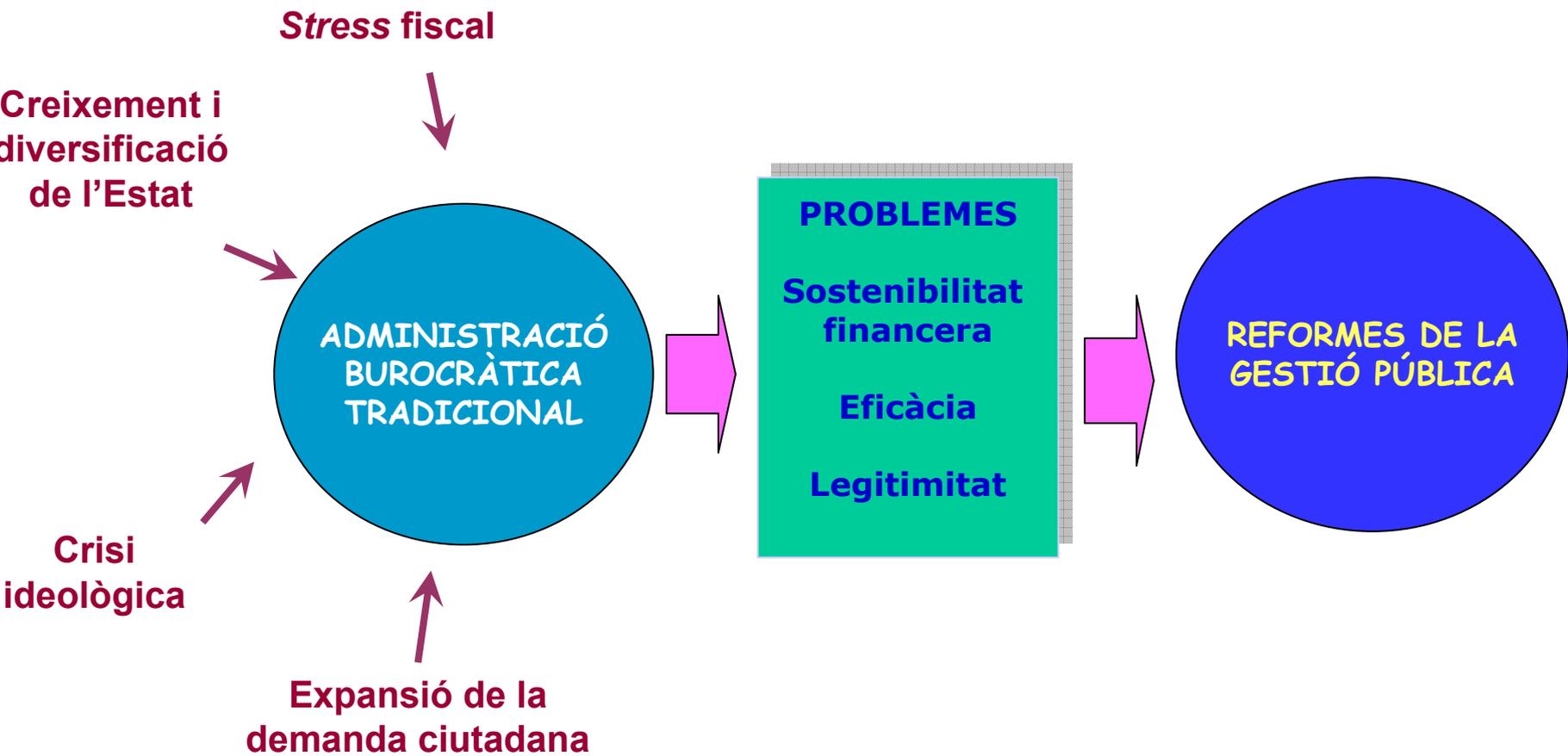
Directora del seminari i cap de Recursos Humans
de l'Ajuntament de Manlleu

LA FUNCIÓ DIRECTIVA A LES ADMINISTRACIONS LOCALS

Francisco Longo

Institut de Direcció i Gestió Pública

LA CRISI DE L'ADMINISTRACIÓ BUROCRÀTICA



LA FUNCIO DIRECTIVA PROFESSIONAL: PER QUÈ

1

Per a permetre als governants
controlar eficaçment una
maquinària complexa

2

Per a introduir en els sistemes públics
i en les seves organitzacions els valors
de la racionalitat econòmica

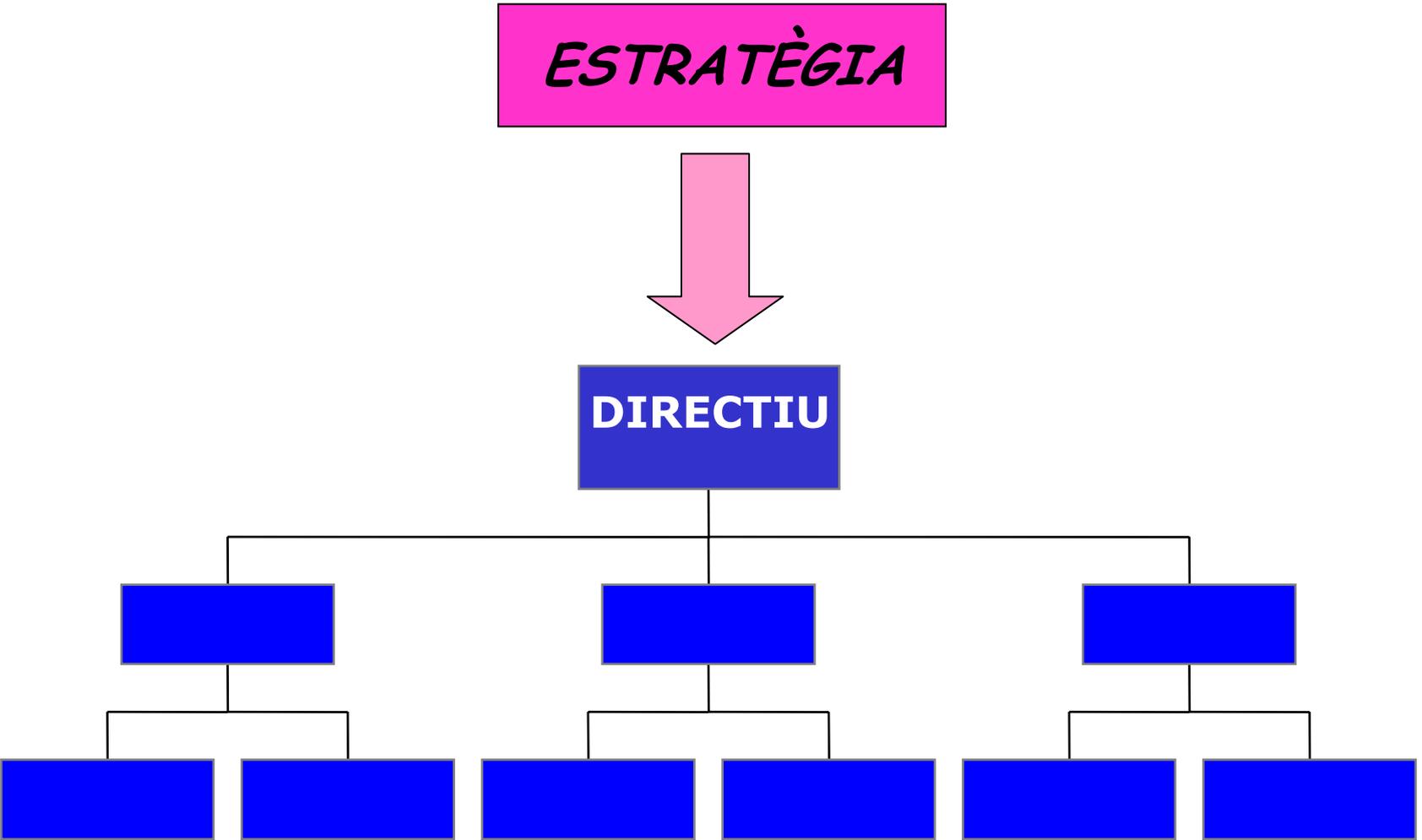
3

Per orientar a les organitzacions
públiques i al seu personal cap a
la producció de resultats

4

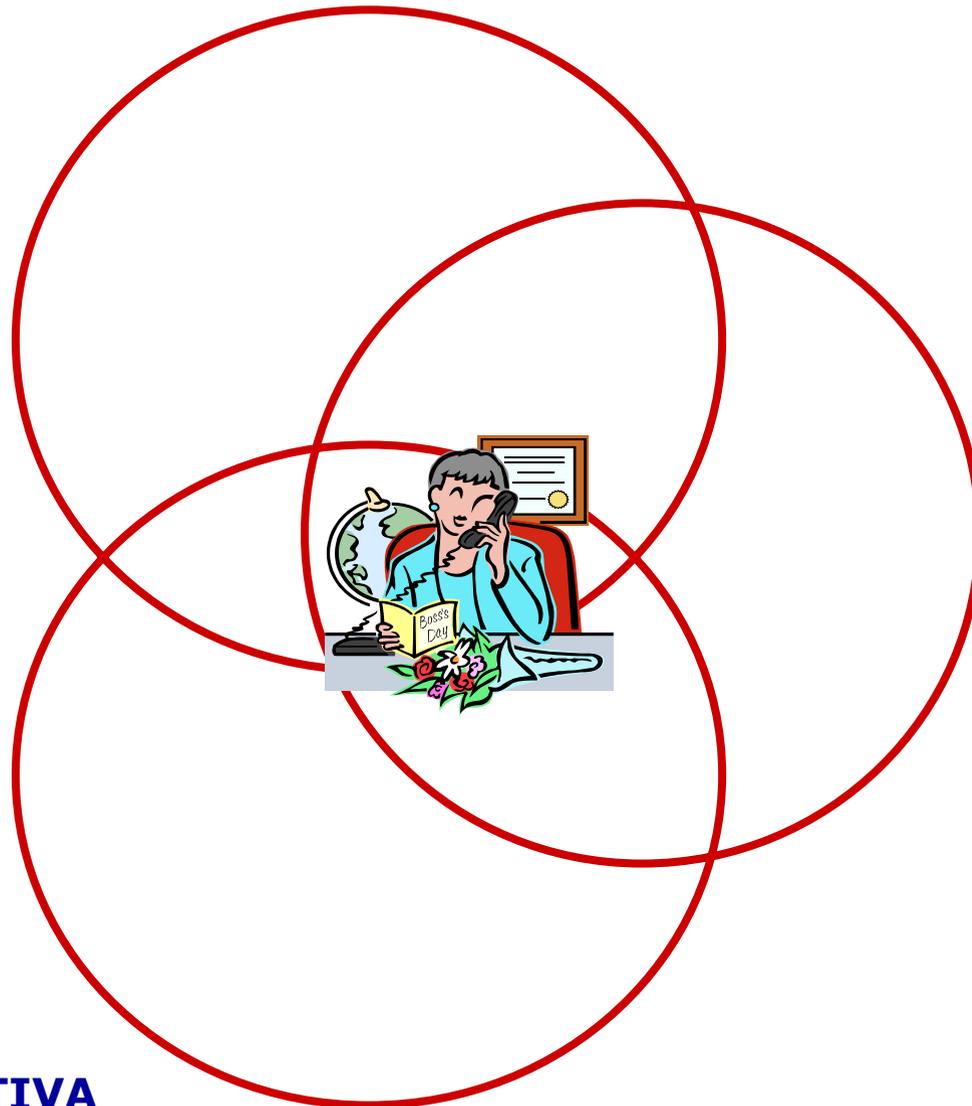
Per alliberar en els governants energies
i temps per a la direcció estratègica i
l'activitat política

- **Si ho va ser, ja no ho és (al menys, en la part més fonamental) un especialista tècnic**
- **Encara que amb una estreta col·laboració amb la política, el seu paper no és pròpiament polític**
- **Disposa de competències gerencials a l'alçada de les seves responsabilitats**
- **Interioritza una percepció professional del seu propi paper**
- **Assumeix, dins del sistema, un marc diferenciat de responsabilitat**



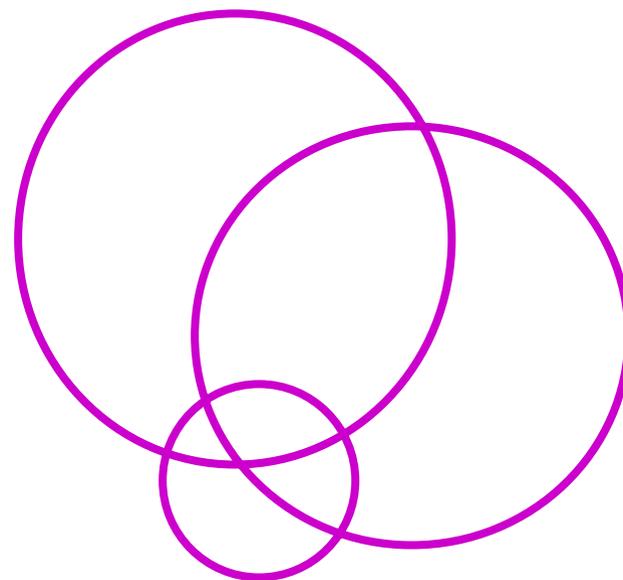
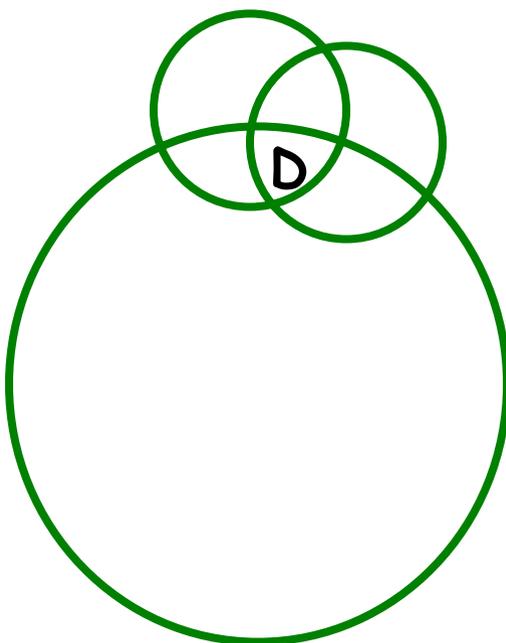
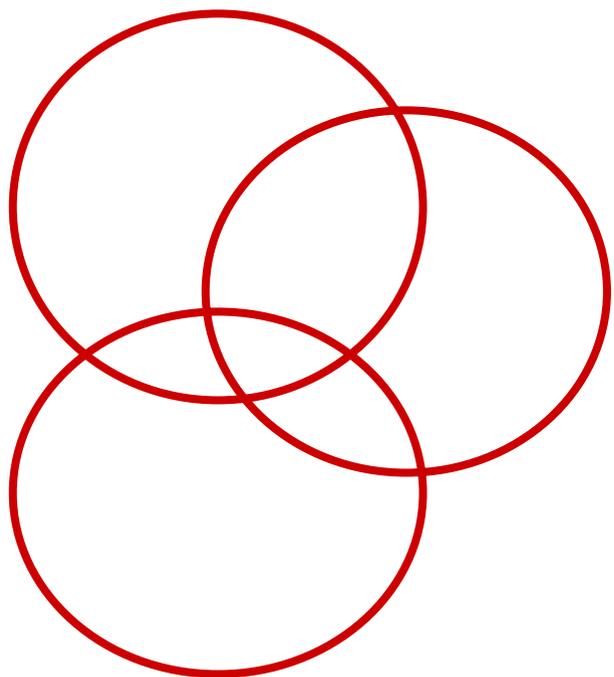
**GESTIÓ DE
L' ENTORN
POLÍTIC**

**GESTIÓ
ESTRATÈGICA**



GESTIÓ OPERATIVA

DIFERENTS TIPUS DE DIRECTIU PÚBLIC



LA INSTITUCIONALITZACIÓ DE LA FUNCIÓ DIRECTIVA (ANGLE ORGANITZACIÓ)

**Reconeixement
d'un àmbit
funcional propi**



CÀRRECS POLÍTICS O PROFESSIONALS?

Direcció professional

Direcció política



MATÈRIA

Políticament
neutra

Políticament
diferenciadora

ROL

Despolititzat

Polititzat

PRODUCTE

Estable

Inestable

Estandaritzable

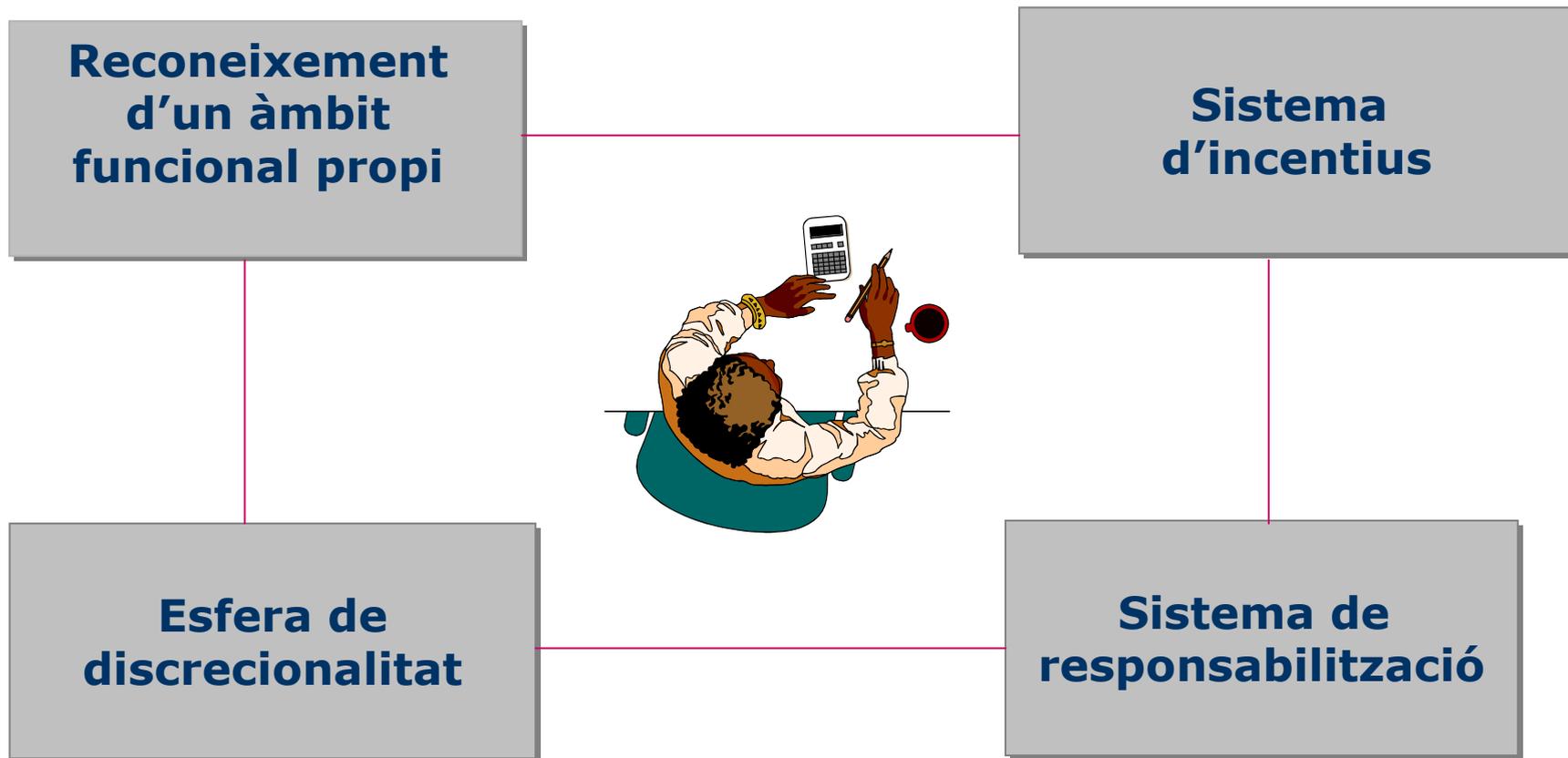
No estandaritz.

**SISTEMA
DE GESTIÓ**

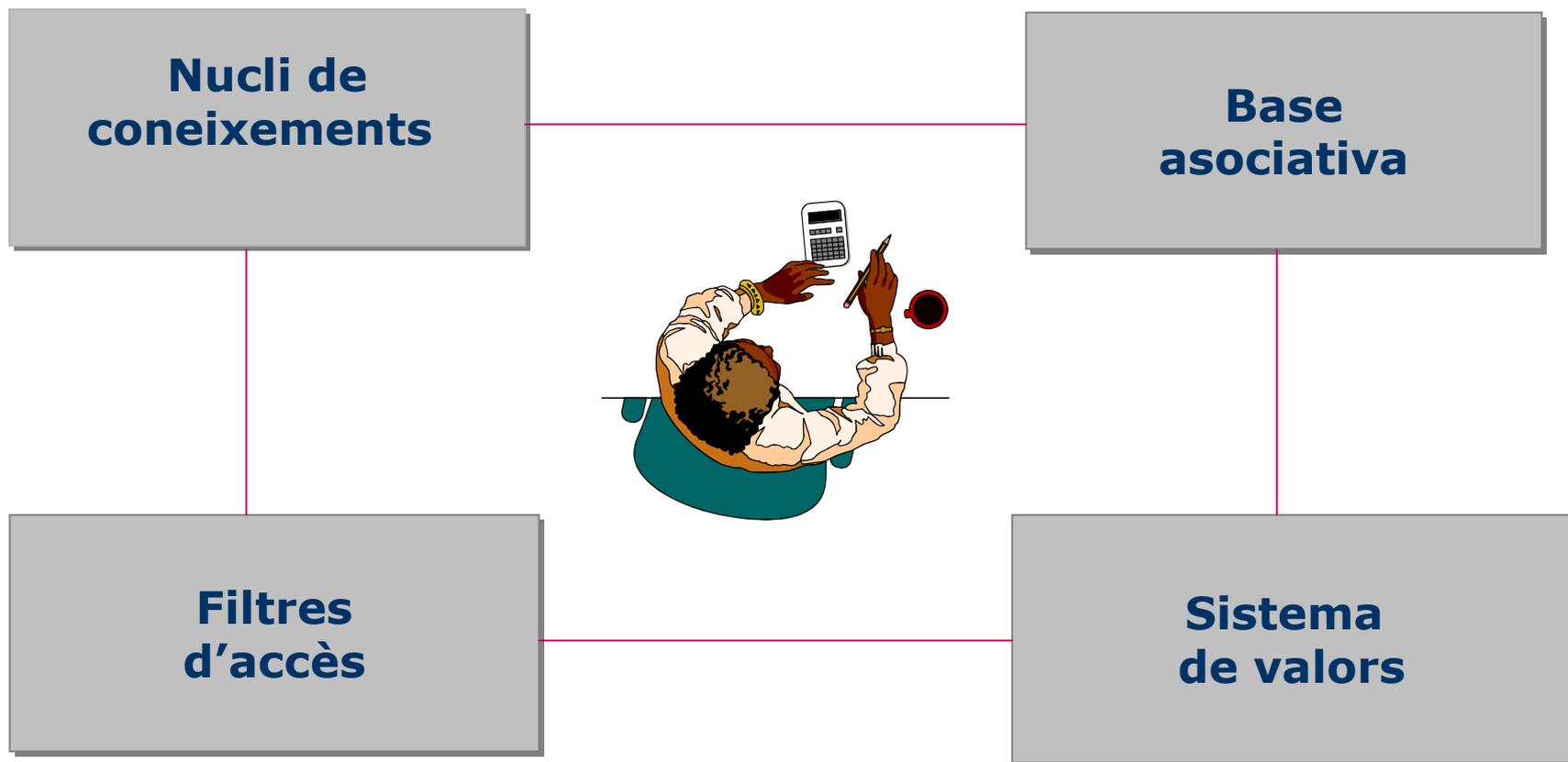
Sofisticat

Simple

LA INSTITUCIONALITZACIÓ DE LA FUNCIÓ DIRECTIVA (ANGLE ORGANITZACIÓ)



LA INSTITUCIONALITZACIÓ DE LA FUNCIÓ DIRECTIVA (ANGLE PROFESSIÓ)

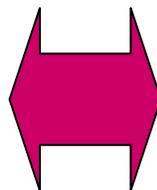
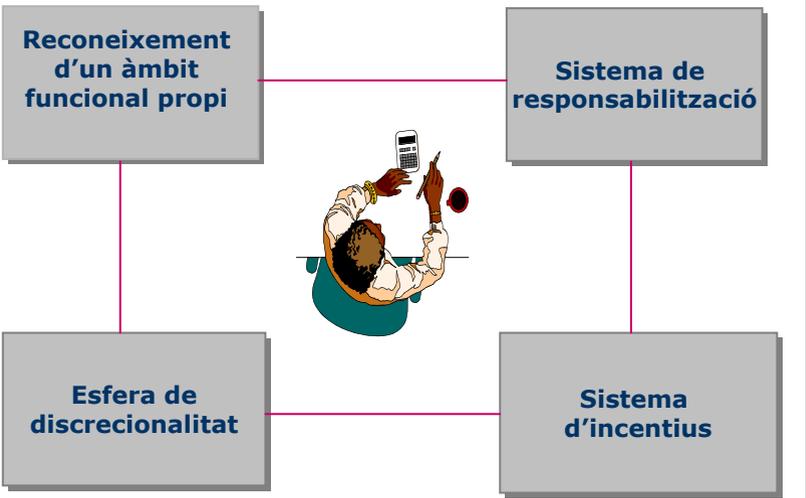


LA INSTITUCIONALITZACIÓ DE LA FUNCIÓ DIRECTIVA: FACTORS D'INCIDÈNCIA

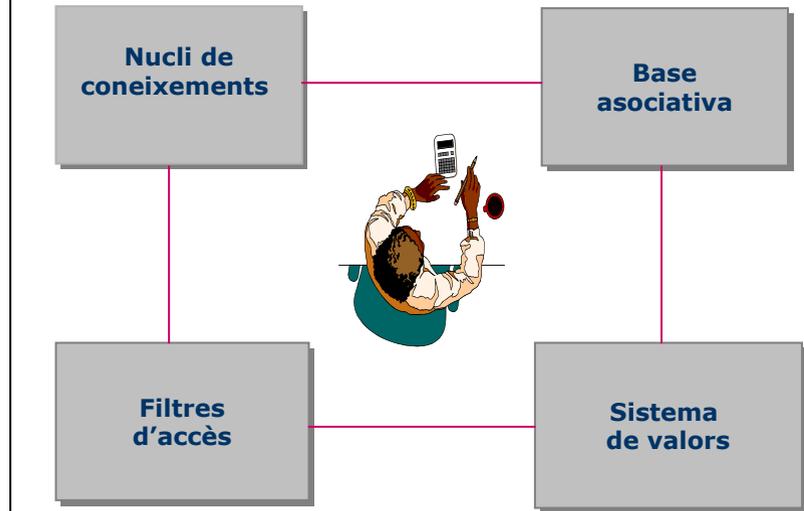
**MARC
JURÍDIC**



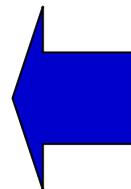
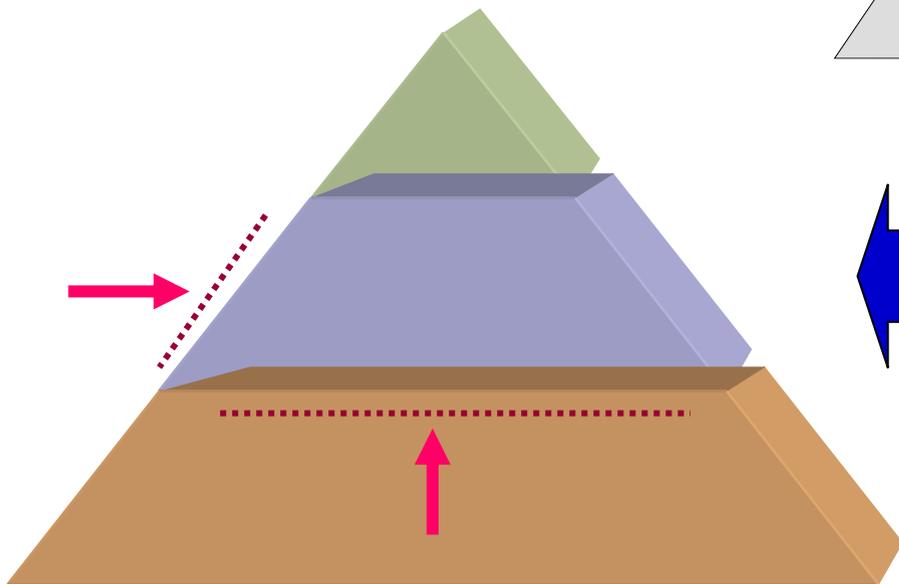
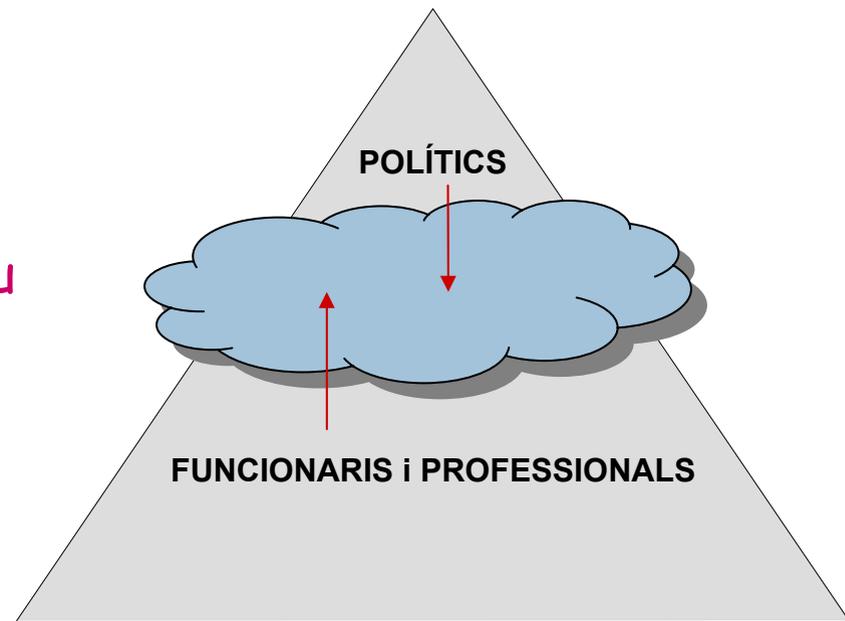
ANGLE ORGANITZACIÓ



ANGLE PROFESSIÓ



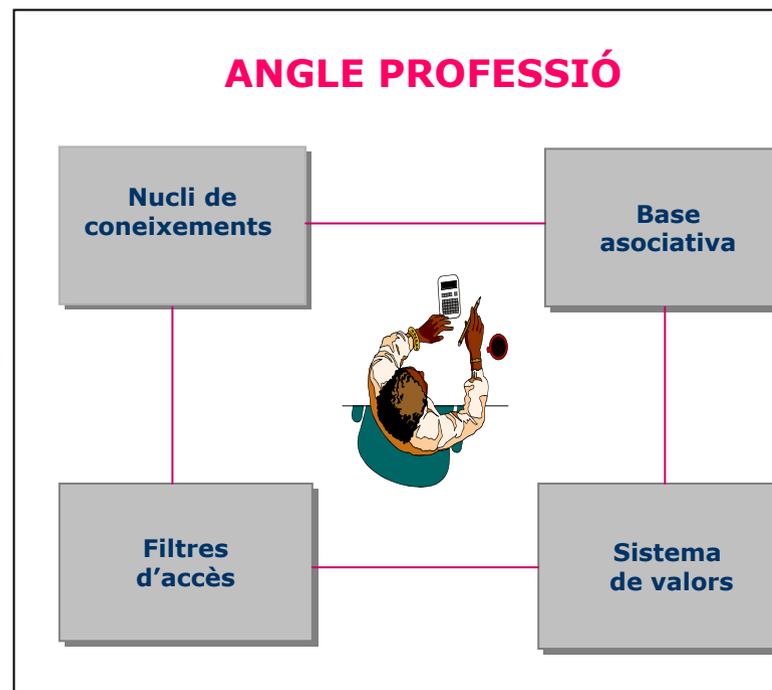
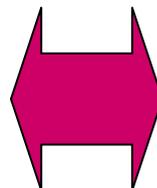
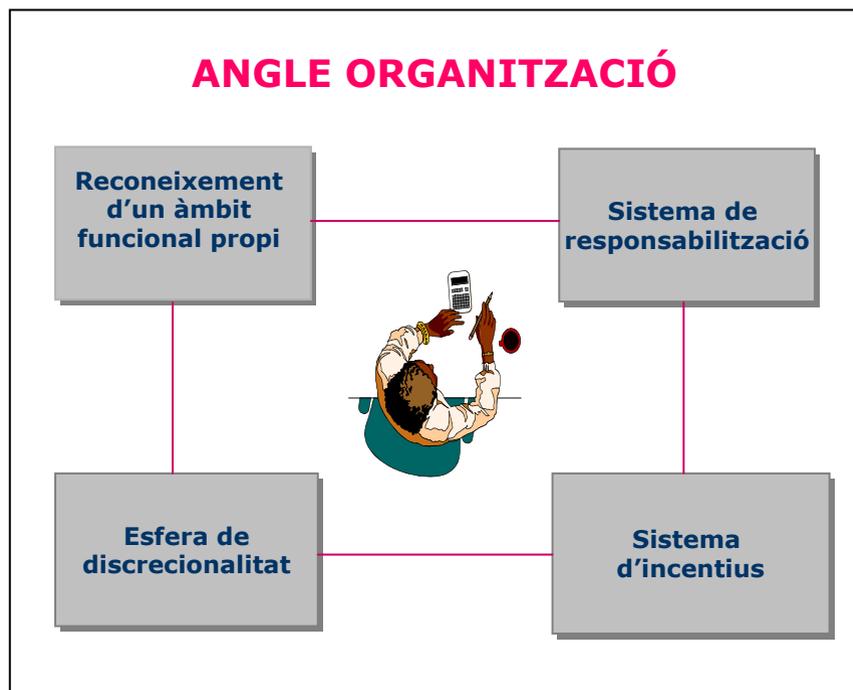
l'espai directiu



**LA DIRECCIÓ PÚBLICA
PROFESSIONAL**

- **Identificació d'un espai per a la DPP. Què són llocs directius. Possible tipologia.**
- **Definició de requisits genèrics d'accés. La qüestió de l' "accés lateral".**
- **Reclutament i selecció per mèrit i capacitat, amb la flexibilitat necessària per a garantir la confiança.**
- **Un sistema contractualitzat de gestió del rendiment.**
- **Retribució parcialment vinculada a rendiment.**
- **La carrera directiva. Possibles opcions.**
- **Estabilitat adequada a les característiques dels càrrecs.**

LA INSTITUCIONALITZACIÓ DE LA FUNCIÓ DIRECTIVA: FACTORS D'INCIDÈNCIA



LA FUNCIÓ DIRECTIVA A LES ADMINISTRACIONS LOCALS

**francisco.longo@esade.edu
www.esade.edu/public**

DIRECTIVOS PÚBLICOS LOCALES: REFLEXIONES SOBRE EL MARCO JURÍDICO Y LOS PROBLEMAS DE IMPLANTACIÓN DE LA FIGURA EN LAS ENTIDADES LOCALES¹

(Text provisional pendent de traducció al català)

Rafael Jiménez Asensio
Advocat

Professor de Dret Constitucional de la Universitat Pompeu Fabra

ÍNDICE

Introducción	1
Directivos públicos profesionales y organización.....	6
Directivos públicos profesionales, racionalización de la organización y gestión de políticas públicas.....	7
Competencias de los directivos públicos profesionales.....	9
Algunas notas sobre régimen jurídico de los directivos públicos profesionales en la Administración local.....	15

Introducción

La aparición en la escena normativa del artículo 13 del Estatuto Básico del Empleado Público, que tiene por objeto la figura de los “directivos públicos profesionales”, ha provocado no poco desconcierto y algunas interpretaciones que –cuando menos- son discutibles.

En este “papel” no pretendo llevar a cabo ningún estudio detenido de esa figura y, más concretamente, de su aplicación al ámbito de las Administraciones locales (una tarea que he llevado a cabo de forma más detenida en un trabajo que será publicado próximamente por CEMICAL: “El personal directivo en la Administración Local”). Únicamente, traeré a colación algunas reflexiones de carácter muy general sobre los problemas que actualmente se plantean en la implantación de esa figura del “directivo público profesional” en la Administración Local y en lo demás suscitaré algunos problemas que plantea su implantación, prestando atención final a lo que afecta principalmente a su régimen jurídico, pues es efectivamente lo que se me ha pedido que haga por quien lleva la responsabilidad de coordinar esta Jornada (Carme Noguer).

Vaya por delante que todos los problemas (que no son pocos) que suscita la implantación de esta figura giran en torno a dos cuestiones principalmente:

- a) La primera es la “baja densidad normativa” y el fuerte carácter “dispositivo” y de “principios” que tiene el enunciado normativo recogido en el artículo 13 EBEP.
- b) La segunda es la “anomia” absoluta a la hora de desarrollar esa figura tanto por parte del legislador como por el poder reglamentario o por el poder normativo local. Salvando la excepción de algunos municipios, que han incorporado la figura en los

¹ El presente trabajo recoge, a partir del segundo epígrafe, una parte sustantiva del “Epílogo” al libro *El personal directivo en la Administración Local* que será publicado próximamente por CEMICAL-Diputación de Barcelona.

Reglamentos Orgánicos correspondientes (aunque de forma muy limitada en cuanto a las previsiones de régimen jurídico), nada se ha hecho en esa dirección.

Por tanto, uno de los “motores” de modernización del empleo público impulsados por la reforma que se llevó a acabo a través del EBEP como es la implantación de una “dirección pública profesional” duerme el “sueño de los justos” y espera pacientemente a que algún día nuestros responsables políticos apuesten por regular tan importante materia.

En verdad, de los cuatro pilares de la modernización del empleo público que puso en circulación el EBEP (carrera profesional, evaluación del desempeño, directivos públicos profesionales y código ético) se puede decir que, tras casi dos años de vigencia del EBEP, ninguno de ellos ha sido activado por los legisladores competentes. El primero, carrera profesional, sin duda por su evidente complejidad técnica, pero sobre todo por el impacto presupuestario que tendría una mala aplicación (como ya se ha hecho en algunos casos) de la denominada “carrera horizontal”. El segundo, evaluación del desempeño, porque las dificultades que conlleva su implantación son sobre todo de carácter cultural y, también en buena medida, de índole técnico (configurar un buen instrumento de evaluación). Y el cuarto, el código ético, ya que a pesar de su importancia intrínseca, sus previsiones están pasando sin “pena ni gloria” dado que el legislador de desarrollo nada ha dicho al respecto ni se han adoptado las medidas necesarias para difundirlo y hacerlo efectivo, así como tampoco se han reforzado los valores de lo público por medio de códigos éticos y de buen gobierno de las diferentes administraciones públicas y sectores que engloban el ámbito del sector público.

Pero, la falta de implantación de la dirección pública profesional tiene otras explicaciones más dirigidas, por una lado, a la relativa desorientación que esta figura ha creado en nuestras administraciones públicas, pero sobre todo a que la reducción o limitación de los espacios de discrecionalidad política en la designación de esos directivos que la implantación del modelo supondría no son vistos con buenos ojos por parte de una clase política acomodada y habituada al uso y abuso del sistema de confianza política.

La tesis que aquí defiende es muy sencilla en su enunciado: la implantación de un modelo de dirección pública profesional en nuestras administraciones públicas (en este caso, locales) no es una opción institucional que sea cara en términos económicos o presupuestarios (es más, producirá una mejor utilización de los recursos y mejorará los resultados de la organización). Tampoco es, con todos los problemas que ahora veremos, una cuestión compleja técnicamente, pues lo que se trata es de que, una vez decidida la implantación de la figura, se defina el régimen jurídico de la misma. Y si esa definición del régimen jurídico se lleva a cabo por Ley los problemas de articulación son, sin duda, menores y de fácil solución.

Si que es cierto que ante “la anomia” del legislador, la puesta en marcha de un sistema de dirección pública profesional encuentra algunas limitaciones considerables. Pero aún así, con todas esas limitaciones, nada debe impedir que a través de la potestad normativa local se desarrolle directamente el artículo 13 del EBEP y se aplique a una determinada organización local el modelo de dirección pública profesional, tal como fue expuesto en un Informe sobre el empleo público local elaborado por el Ayuntamiento de Madrid [*Estudio sobre el Estatuto Básico del Empleado Público*, Ayuntamiento de Madrid/Thompson, Madrid, 2008].

Seamos francos: el problema real es de voluntad política. No hay otro. No se le den más vueltas al argumento. Si se quiere hacer, se hace.

Es verdad, en cualquier caso, que si actúa el legislador autonómico facilitaría mucho las cosas (siempre que su actuación sea respetuosa con la autonomía local constitucional y estatutariamente garantizada), puesto que podría cubrir algunos aspectos importantes de la regulación del régimen jurídico de esa figura que la potestad normativa local no puede alcanzar ya sea porque la materia está reservada a la Ley o regulada por esta.

Y, en esta línea, hay que ser conscientes que el legislador catalán no parece que, a corto plazo, tenga intención alguna de regular esa figura. Ni siquiera por lo que concierne a la Administración de la Generalidad de Cataluña, en donde la competencia que dispone es exclusiva (artículo 150 EAC). Todo apunta, por tanto, que al menos en la presente Legislatura (2006-2010), el Parlamento de Cataluña no va a proceder a aprobar texto normativo alguno en el que se recoja un régimen jurídico general de la figura del directivo público profesional.

Pero en el ámbito local sí que habría al menos alguna oportunidad de que las cosas se corrigiesen; esto es, que la reiterada anomia normativa fuera cubierta. Me refiero al Anteproyecto de Ley de Gobiernos Locales de Cataluña (septiembre de 2008) que, según ha sido anunciado reiteradamente por los responsables políticos de la Generalidad, iniciará su tramitación en el Parlamento de Cataluña a partir del mes de abril de 2009, aunque cabe dudar que –dada la complejidad que ofrece el citado texto y los innumerables temas “sensibles” que aborda– ese calendario se pueda cumplir mínimamente.

En todo caso, la voluntad del departamento de Governació es tramitar ese proyecto en la fase final de la legislatura y que entre en vigor antes de que acabe la misma. Pues bien, en ese Anteproyecto se regula en su Título XX el “personal al servicio de las entidades locales”. No nos interesa ahora detenernos en el análisis de si es oportuno o no que la función pública local se regule en ese Anteproyecto, tampoco es cuestión aquí de analizar su contenido (que suscitaría numerosas reflexiones y algunas objeciones importantes), pero sí es oportuno hacer referencia a lo previsto en el artículo 350, que además es el último, de ese Anteproyecto de Ley.

El Anteproyecto en esta materia de función pública sigue el “viejo” esquema del texto refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña y, en ese sentido, incorpora un artículo dedicado al “régimen del personal directivo” que “sustituye” a la vieja regulación del artículo 306 del texto refundido. Como es harto sabido, ese antiguo artículo 306 apostaba decididamente porque el personal directivo al servicio de las Administraciones locales dispondría de la condición de “funcionario eventual”, estableciendo, por lo demás, una regulación que ahora no es momento de analizar.

Ni que decir tiene que, tras la entrada en vigor del EBEP, la figura del “funcionario eventual” ha desaparecido como clase de personal siendo sustituida por la de “personal eventual”, que ya estaba en la Ley 30/1984, pero que no se había incorporado en la Ley de Bases de Régimen Local, que seguía anclada en la vieja terminología de la Ley de Funcionarios Civiles de 1964.

Pero ese cambio normativo no es meramente terminológico sino que tiene consecuencias más profundas, puesto que, a partir de esos nuevos presupuestos recogidos en el EBEP, la figura del “personal eventual” sólo puede aplicarse a funciones de “confianza o asesoramiento político” (artículo 87 i), en relación con el artículo 12 EBEP). En consecuencia, un problema nada menor es si se puede recurrir a la figura del personal

eventual tras la entrada en vigor del EBEP con la finalidad de cubrir puestos de naturaleza directiva en las Administraciones locales. Sobre este punto volveré de inmediato.

Antes, conviene exponer que el artículo 350 del Anteproyecto de Ley de Gobiernos Locales, que procede a regular el “régimen del personal directivo”, realmente lo que lleva a cabo es una doble función: por un lado, reitera algunos principios recogidos en el artículo 13 del EBEP, aunque con unas limitaciones en su alcance considerables; y, por otro, “reenvía” la solución del problema a lo que regule una indefinida “normativa aprobada por la Generalidad de Cataluña en desarrollo de la legislación básica”.

No es nuestro objetivo llevar a cabo una exégesis de tal enunciado normativo, ni siquiera poner de relieve los problemas que esa regulación propuesta pueda generar (pues “soluciones”, lo que se dice soluciones, no aporta ninguna), pero brevemente podemos traer a colación algunas reflexiones telegráficas:

- a) La referencia al personal directivo local olvida en el enunciado del artículo (“régimen del personal directivo”) el importante adjetivo de “profesional”.
- b) La definición de cuál sea el personal directivo incurre en dos imprecisiones:
 - a. La primera: reproduce la “definición circular” del artículo 13.1 (“el personal directivo de los entes locales es el que desarrolla funciones directivas profesionales en los entes locales ...”), pero omite o “manipula” el final del inciso.
 - b. En efecto, la segunda imprecisión es que se añade: “(...) en los términos establecidos en la ley”. ¿En qué ley? Obviamente, será la Ley la que fije los criterios generales de definición de lo que es un directivo público profesional, pero el artículo 13.1 EBEP es más respetuoso con la autonomía local, puesto que reenvía a lo que establezcan “las normas específicas de cada Administración”.
- c) Se nos indica, igualmente que hace el artículo 13.2 EBEP, que la designación del personal directivo atenderá a principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad y se llevará a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y la concurrencia. Es pura reproducción de la legislación básica.
- d) Sin embargo, nada se dice sobre la evaluación de ese personal directivo, ni sobre la determinación de las condiciones de empleo, ni tampoco sobre la vinculación, en su caso, de ese personal directivo profesional a través de un contrato de alta dirección.
- e) El reiterado artículo 350 establece en su punto tercero que, tal como decíamos, “el régimen jurídico del personal directivo profesional será el que determine la normativa aprobada por la Generalidad de Cataluña en desarrollo de la legislación básica”. Esa llamada a la “normativa” debe entenderse que es a la Ley y nunca a un hipotético desarrollo reglamentario de la Generalidad de Cataluña amparado en una mala inteligencia del alcance del artículo 13 EBEP, puesto que la dirección pública local es una cuestión –como inmediatamente se dirá- directamente ligada con la organización. En consecuencia, el régimen jurídico de esa dirección pública puede ser fijado por el legislador, pero se ha de garantizar un espacio de configuración por parte del poder normativo local en esta materia. Lo que no cabe, en ningún caso, es que se haga uso del poder reglamentario de la Generalidad de Cataluña para regular la dirección pública local.

Por tanto, el artículo 350 del Anteproyecto de Ley de Gobiernos Locales de Cataluña no resuelve el problema de la “anomia” normativa en este tema. Y, es más, en cierta medida

lo agrava, porque parte de la premisa implícita de que ya no se puede recurrir a la figura del personal eventual para el desarrollo de tareas directivas en la administración local, pero no ofrece soluciones alternativas.

Asimismo, reenvía a que “esa normativa” (que cabe presumir sería una Ley del Empleo Público de Cataluña o de la Función Pública de Cataluña adaptada al EBEP) sea la que fije “los requisitos, condiciones, especialidades y características propias del personal directivo en los entes locales”. Algunos de estos elementos tienen un alto contenido vinculado con la organización y deberían ser regulados o desarrollados por el poder normativo local o formar parte de las facultades propias de carácter organizativo que puedan disponer el Alcalde o la Junta de Gobierno Local.

Parece razonable apostar porque sea en el marco de esa Ley de Gobiernos Locales de Cataluña donde se introduzca un marco normativo que regule los principios de configuración y el régimen jurídico general del personal directivo profesional al servicio de las Administraciones Locales. Dado el contenido organizativo que tiene esta figura del personal directivo profesional, puede estar justificado que la regulación se haga en la Ley de Gobiernos Locales y no en la Ley de Empleo Público.

Pero sobre todo las razones que abundarían en la idea expuesta son de tipo coyuntural. En efecto, el marco normativo que regula la dirección local está en estos momentos “roto en pedazos”. Así, por parte del Ministerio de Administraciones Públicas, se ha manifestado que el artículo 176.3 TRRL de 1986 (y, en consecuencia, el artículo 306.4 del texto refundido de la Ley Municipal de Cataluña) debe entenderse derogado por lo dispuesto en el EBEP (artículo 12), con lo que, sin perjuicio de que esa tesis sea o no compartida plenamente, se está asentando el criterio de que ya no se puede recurrir al personal eventual para desempeñar tareas directivas en la administración local.

Por tanto, las administraciones locales catalanas no pueden afrontar el próximo mandato (2011-2015) con un marco normativo tan precario y que suscita tanta dudas, puesto que los actuales problemas se podrían multiplicar. Dicho de otra manera: es necesario que la Ley dé una rápida respuesta a un vacío normativo que genera inseguridades e incertidumbres. Si no lo hace una Ley de Empleo Público o de carácter general, debe hacerlo la Ley de Gobiernos Locales de Cataluña. Es una oportunidad de cerrar los problemas razonablemente y evitar así que se vayan pudriendo.

Ello no es óbice para seguir manteniendo la tesis que desde el principio hemos enunciado en estas páginas: si no actúa el legislador autonómico, deberían ser las propias entidades locales las que, en uso de sus potestades normativas, regulen la figura del directivo público profesional en sus respectivas administraciones, partiendo de que se trata de una figura con conexiones directas con las potestades de organización y llevándola, incluso, en sus grandes criterios, al contenido del propio Reglamento orgánico.

El presente trabajo parte, en esencia, de las posibilidades de respuesta que tienen por sí solas las administraciones públicas locales para institucionalizar una función directiva profesional, sin necesidad de requerir una «ayuda externa», esto es, una intervención del legislador autonómico o estatal, para lograr la efectiva implantación de ese modelo de dirección pública profesional.

Esta opción tiene –y hay que ser consciente de ello- muchas limitaciones. Lo razonable –y, sin duda, óptimo- sería que el legislador actuara convenientemente y estableciera un régimen jurídico de la dirección pública profesional que ahorrara infinidad de problemas que se le pueden plantear a las entidades locales a la hora de proceder a la

institucionalización de esta figura (por ejemplo, la delegación de competencias del alcalde a los directivos públicos en los municipios de régimen común, los requisitos para acceder a esos puestos directivos, las peculiaridades del régimen jurídico de los directivos en materias tales como derechos y deberes, carrera profesional, retribuciones, incompatibilidades, situaciones administrativas o responsabilidad disciplinaria, entre otras).

A pesar de las innumerables limitaciones que las Administraciones locales tienen en este terreno, nada, en principio, les impide –tal como venimos insistiendo– desarrollar directamente el artículo 13 del EBEP y tampoco nada les puede impedir echar mano de esa figura de los directivos públicos profesionales en sus respectivas organizaciones.

Es más, algunos municipios que tienen configurada su función directiva bajo la figura del personal eventual es razonable que apuesten por la institucionalización y profesionalización de esos niveles directivos con el fin de evitar cualquier duda al respecto, puesto que, como se ha visto, tras la entrada en vigor del Estatuto Básico del Empleado Público, hay determinadas posiciones doctrinales e, incluso, institucionales (“Criterios de aplicación del EBEP en la Administración Local elaborados por el MAP”) que defienden la imposibilidad de recurrir a esa figura del personal eventual para realizar tales cometidos. Ya se ha dicho también que esta tesis, cuando menos, habría que matizarla mucho. Pero no es ahora momento de hacerlo. Simplemente que se tenga en cuenta.

El recurso a esta figura del directivo público profesional debería, no obstante, seguir unos pasos que seguidamente se exponen.

Directivos públicos profesionales y organización

La dirección pública profesional es ante todo y sobre todo un problema de organización. Por tanto, si una entidad local desea incorporar esa figura a su organización debería seguir los siguientes pasos:

1. Lo más razonable es que en el propio Reglamento orgánico se establezcan los criterios que definen qué puestos de la organización deben tener carácter o naturaleza directiva y que luego sea la Junta de Gobierno Local (en los municipios de gran población) o el alcalde (en los municipios de régimen común) los órganos que especifiquen en cada caso qué órganos directivos existirán en el respectivo organigrama municipal.
2. Sin embargo, esta operación que es muy razonable formulada en estos términos plantea algunos problemas en los municipios de régimen común, aunque hay que considerar que el Pleno debería limitar su actuación a establecer esos criterios generales sin entrar a detallar en cada caso los puestos concretos que tienen la consideración de directivos. Además, en los municipios de régimen común, a diferencia de los municipios de gran población, no hay reserva en esta materia al Reglamento orgánico, por lo que se podría regular en un Reglamento de directivos públicos profesionales. Aunque, dada su relación directa con la organización, lo más cabal puede ser regularlo en el Reglamento orgánico.
3. Tal regulación normativa debería establecer, asimismo, el régimen jurídico de esos directivos públicos profesionales acogiendo en su seno las propuestas que seguidamente se formulan en relación con esta materia.
4. Cada entidad local deberá, por tanto, identificar con carácter previo qué puestos de trabajo de su estructura tendrán la consideración de puestos de directivos públicos

profesionales. Esta operación es capital, y debe tener vocación de permanencia o estabilidad, a riesgo si no de someter a la organización a una serie de alteraciones que pueden perjudicar la continuidad del sistema y su propia funcionalidad y eficacia.

5. Una vez identificados los puestos que se encuadrarán en la dirección pública profesional, habría que elaborar unas monografías de los puestos de trabajo directivos, en las que se detallan aquellos elementos nucleares que definen el perfil del puesto (funciones que se han de desarrollar, tareas, posición del puesto de trabajo en la estructura, relaciones con otros puestos o con terceros, etc.), lo que determinará unas características o capacidades específicas de la persona para su mejor desempeño (competencias). Tampoco debe complicarse en exceso la construcción del perfil del puesto de trabajo directivo y, por tanto, las monografías del puesto (al menos en un primer momento) pueden y deben ser más bien sencillas, perfeccionándose conforme se tenga un mejor conocimiento del puesto en cuestión.

6. La trascendencia de la construcción de un perfil del puesto directivo es obvia. Este es el documento que ha de proveer de los elementos de predicción necesarios para poder llevar a cabo una correcta selección o un proceso adecuado de designación del personal directivo profesional. O en otros términos: a través de este documento se deberían poder identificar qué competencias genéricas y específicas son necesarias para el correcto desempeño de un puesto de trabajo de carácter directivo, con el fin de apuntalar la profesionalidad del modelo de dirección pública profesional y poder designar a una persona que reúna las competencias exigidas (conocimientos, aptitudes, destrezas y rasgos de personalidad).

Directivos públicos profesionales, racionalización de la organización y gestión de políticas públicas

1. Es impensable implantar un sistema de dirección pública profesional que no esté estrechamente ligado a un proceso de racionalización de los objetivos y metas de la entidad local correspondiente. Por tanto, la DPP requiere un marco de actuación general y otro concreto o particular.

2. A tal efecto, la implantación de la dirección pública profesional (DDP, en lo sucesivo) exige con carácter previo que el municipio o entidad local correspondiente proceda a la aprobación al inicio de cada mandato de un Plan de actuación cuatrienal que deberá impulsar el gobierno local y que, lógicamente, tendrá que ser aprobado por el Pleno de cada entidad local (no se nos escapan los problemas que pueden existir en los casos de gobiernos de carácter minoritario). Al menos, ante la ausencia de aprobación del Plan de actuación municipal por parte del Pleno, el Alcalde y el gobierno municipal deberían ser capaces de formular un instrumento en el que se proyecte el programa de gobierno durante su propio mandato y que sea capaz de establecer o definir líneas estratégicas de actuación sobre las cuales diseñar intervenciones concretas.

3. Ese Plan de actuación debería definir los objetivos estratégicos en las diferentes áreas del gobierno local para los cuatro próximos años, y en el marco de ese Plan se deberían insertar planes anuales, ambos instrumentos servirían a su vez de marco para elaborar los correspondientes acuerdos de gestión o contratos de gestión entre el gobierno local y las respectivas unidades y sus directivos públicos profesionales.

4. En efecto, a través de los acuerdos o contratos de gestión se deberían identificar los objetivos que se han de cumplir en cada unidad organizativa, pero asimismo se deberían

concretar los recursos personales, materiales y financieros que cada unidad y directivo público profesional dispondrá para alcanzarlos.

5. Lo razonable sería que las citadas unidades organizativas dispusieran de autonomía de gestión (o ciertos márgenes de autonomía de gestión) al menos en los campos relativos a organización, recursos humanos y gestión presupuestaria. Esto sólo se podría conseguir actualmente –tal como se ha hecho en la Administración del Estado con las agencias– cuando se eche mano de formas de «Administración instrumental» (entidades públicas empresariales, fundaciones, sociedades mercantiles, etc.), pero se pueden establecer formas de flexibilización interna de la gestión en algunos de estos temas (sobre todo en materia de recursos humanos y de gestión presupuestaria).

6. Sin autonomía de gestión y sin atribuciones propias o delegadas la DPP queda muy limitada y puede transformarse en algo meramente formal, pero aún así se pueden dar pasos en su implantación, pues posiblemente estos requisitos (atribuciones propias o delegadas y autonomía de gestión) se adherirán al modelo como una necesidad objetiva cuando la DPP comience a desarrollarse mínimamente en cualquier organización.

7. La implantación de un modelo de DPP conlleva necesariamente un proceso de racionalización tanto de la política como de la gestión en el funcionamiento del gobierno local y de la propia Administración local. Pero los planes de actuación, los planes anuales y, sobre todo, los contratos o acuerdos de gestión deben ser objeto de evaluación. Y para llevar a cabo la evaluación se han de definir bien cuáles son los objetivos, pero también se han de fijar indicadores que sirvan para medir el logro de los resultados de la gestión, pues sin ellos la determinación de objetivos se configura como un ejercicio vacío.

8. La DPP debe, por tanto, ser evaluada tanto en sus resultados por la gestión como en el desarrollo de las competencias directivas al efecto de poder mejorar alguna de ellas. Para evaluar los resultados de la gestión se habrán de definir indicadores cuantitativos que sirvan para medir el logro de los objetivos planteados. Obviamente, estos indicadores deberían ser lo más objetivos y fiables posibles. Los resultados de la gestión deberían estar relacionados directamente con un sistema de incentivos (retribuciones variables, premios y reconocimientos, «retribuciones indirectas», etc.).

9. La evaluación por competencias requiere como paso previo definir claramente cuáles son las competencias que debe tener un DPP para ejercer correctamente las funciones y tareas asignadas al puesto de trabajo, así como fijar de modo adecuado indicadores. Y esa operación no es sencilla y, menos aún, pacífica. Pero cualquier esfuerzo que se haga en ese sentido mejorará la calidad de la DPP y, en consecuencia, la eficacia y eficiencia de la organización. La evaluación por competencias tiene un fundamento asentado principalmente en la mejora del desarrollo directivo y, en consecuencia, de la propia organización.

10. En efecto, siguiendo un esquema diseñado por Gorriti, identificando carencias en las competencias directivas se pueden diseñar programas de formación que tiendan a solventar los déficits observados (¿por qué el directivo no sabe hacer determinadas cosas?). En otra dimensión, la evaluación por competencias también puede identificar supuestos en los que un directivo «no puede ejercer» las funciones propias del puesto. En este caso, cabría estudiar la posibilidad de removerlo hacia otro puesto directivo que requiera competencias que la persona sí posee. Y, en fin, se podría dar el caso extremo de que un directivo «no quiera» desempeñar sus funciones, que se demostraría a través de determinadas conductas y actitudes: en ese supuesto se han de prever mecanismos

de responsabilidad sancionadora o de remoción inmediata. Pero tales medidas deberían estar siempre conectadas con una declarada y manifiesta voluntad de «no hacer».

Competencias de los directivos públicos profesionales

1. Las competencias de los directivos públicos profesionales sigue siendo, hoy todavía, un terreno poco explorado o mal explorado, pues toda la construcción de las competencias de la DPP se ha asentado sobre modelos preexistentes en el ámbito de la dirección en el sector privado.

2. Se pueden importar algunos conceptos y esquemas argumentales del sector privado al ámbito público, pero en lo que afecta a las competencias de los DPP hay que ser plenamente conscientes del entorno institucional y del contexto organizativo en el que un DPP desarrolla sus funciones, que son muy diferentes al entorno y al contexto en el que operan los directivos del sector privado.

3. Muy unido a lo anterior está, sin duda, la importancia que adopta en la dirección pública la conducta profesional y ética de los DPP. Los valores públicos han de ser plenamente interiorizados y asumidos por quienes desempeñan tareas de dirección pública profesional en las organizaciones públicas. Una mala conducta de un directivo público tiene «resonancia» y produce unos efectos letales sobre la imagen y la legitimidad de las instituciones, aparte de los efectos destructivos sobre un intangible como es la moral de las organizaciones y de los miembros que las integran.

4. Las competencias de los directivos públicos se han pretendido construir a través de los «roles» que ejerce un directivo público. Es un camino aparentemente sencillo que nos puede ayudar a identificar algunas competencias que debe tener un directivo público y a estratificar cuáles son las competencias de los directivos públicos en función de los niveles de responsabilidad. Pero esta opción metodológica tiene indudables limitaciones en su recorrido.

5. Así, por ejemplo, del «rol» de líder se ha derivado una competencia de liderazgo, de los de «portavoz» y «monitor» una de comunicación eficaz, del de gestor de recursos una de conductor o director de equipos, del de negociación la de requerir determinadas habilidades directivas en ese campo, y un largo etcétera.

6. Sin embargo, la extracción de las competencias del DPP a través de los roles de un directivo se inspira en exceso en los papeles que lleva a cabo un directivo en el sector privado. No en vano, la construcción de ese modelo está inspirada en el esquema propuesto por Mintzberg en su ya clásica obra de La naturaleza del trabajo directivo.

7. Las competencias de los DPP, en cambio, deben construirse a través de su encuadre y desarrollo profesional en el sector público y, por tanto, algunas competencias propias de los directivos del sector privado nos serán útiles, pero habrá que añadir una serie de competencias (sobre todo conocimientos y experiencia) que son propias y exclusivas del sector público.

8. En última instancia, y en su aplicación concreta al mundo local, se trata de evitar la construcción de modelos muy sofisticados, que luego sean de difícil aplicación a la práctica cotidiana. En el campo de «las competencias» se tiende a sofisticar mucho las construcciones, con lo cual «vender» la aplicación o puesta en marcha de un modelo de gestión por competencias no es fácil, y menos aún para entidades locales cuya capacidad

de gestión en esta materia es muy limitada. Es cierto, en cualquier caso, que en las Administraciones locales de Cataluña, por ejemplo, ya se tiene algún recorrido y experiencia en esta materia. Así, el Ayuntamiento de Manlleu dispone de un completo sistema de gestión por competencias de los recursos humanos, que se aplica también a los puestos directivos (Noguer-Guzman). E, igualmente, en la Diputación de Barcelona se ha desarrollado en estos últimos años un modelo de gestión por competencias que no está exento de notable interés (Pascualena).

9. Las competencias, como ha sido reconocido desde la aportación doctrinal también ya clásica de Boyatzis, deben ser comprendidas como una serie de «características subyacentes a una persona, casualmente relacionadas con una actuación exitosa en el puesto directivo». Como se ha dicho, las competencias, en buena medida, no son sólo conocimientos técnicos sino rasgos de carácter de la persona.

10. Por tanto, las competencias se tienen, aunque también se pueden aprender y, en su caso, «adquirir». Bien es cierto que determinadas habilidades directivas son más fáciles de aprehender por personas que ya disponen de «predisposición» de carácter o de aptitudes para desarrollarlas. Pero, en definitiva, lo que hay que ser plenamente conscientes es que, a pesar del aprendizaje, hay determinadas personas que tienen más aptitudes y/o actitudes para el desempeño de tareas directivas que otras. ¿Por qué? Simplemente porque acreditan disponer de las competencias requeridas para el desempeño del puesto o, cuando menos, muestran un catálogo de aptitudes y actitudes que permiten predecir que esa persona puede disponer de un buen perfil directivo.

11. La construcción de las competencias de los DPP debe ensayarse a través de dos líneas básicas:

- a) La primera es la de identificar cuáles son las competencias genéricas o básicas que ha de tener un DPP para el correcto desempeño de sus funciones como «directivo» en una organización del sector público.
- b) La segunda es concretar cuáles son las competencias específicas que de debe acreditar un DPP para el correcto desempeño de las funciones del puesto de trabajo concreto de directivo público.

12. Manuel Villoria parte de otra construcción de las competencias de los DPP, dividiéndolas en «competencias básicas gerenciales» y «competencias transversales».

Entre las primeras (las competencias básicas gerenciales) incluye a las siguientes:

- a) Pensar en términos estratégicos.
- b) Extraer lo mejor de las personas.
- c) Aprender a perfeccionarse.
- d) Concentrarse de resultados.
- e) Dar dirección y sentido (visión).
- f) Producir impacto personal (dar ejemplo)
- g) Capacidad de crear y generar redes y coaliciones para la prestación de los servicios públicos.

Entre las segundas (las competencias transversales) incluye a las siguientes:

Habilidades interpersonales

Comunicación Oral

Integridad/Honestidad

Comunicación escrita

- a) Aprendizaje continuo

b) Motivación por el servicio público

13. El panorama de competencias propuesto es, ciertamente, muy completo, pues cada competencia genérica se subdivide en tres competencias de desarrollo. Pero el resultado final es un modelo muy sofisticado o complejo. En cualquier caso, este primer modelo de definición de competencias directivas ha sido perfeccionado por el citado autor en un completo trabajo que no puede ser analizado aquí en estos momentos y que verá la luz en breve plazo².

14. De hecho, hay algunas competencias tanto gerenciales básicas como transversales que son más bien «metacompetencias» (Gastón). Así, por ejemplo, las de comunicación oral y escrita se pueden sintetizar en una metacompetencia como es la de «comunicación eficaz» (que se proyecta sobre numerosos ámbitos o roles del directivo: portavoz, monitor, negociador, etc.). Las organizaciones públicas actúan en un sistema de redes internas y externas y la comunicación se ha convertido en una competencia central para poder trasladar mensajes, directrices, marcar objetivos, negociar o, en fin, responder frente a determinadas críticas. Lo mismo podría decirse de algunas competencias transversales, que claramente se encuadran dentro de la noción de liderazgo, que asimismo puede ser calificada de «metacompetencia».

15. Mikel Gorriti dentro de las competencias de los DPP se ha centrado recientemente en el estudio del liderazgo, que aglutina a los conocimientos, aptitudes, destrezas y rasgos de personal requeridos para el ejercicio de funciones directivas. Posiblemente sea, tal como decíamos, una suerte de metacompetencia, que incorpora en su seno a muchas de aquellas competencias básicas y transversales. Pues, efectivamente, como bien señala este autor, el liderazgo tiene como meta final la obtención de la «eficacia del grupo», pues éste y no otro es el verdadero criterio del éxito del directivo público profesional.

16. También Gorriti nos proporciona en su trabajo qué conductas (o, si se prefiere, qué competencias) son predicables del liderazgo para alcanzar a ser un liderazgo eficaz. Y a tal efecto nos propone diferentes modelos de conductas o competencias directivas. Veamos.

En primer lugar, se hace eco de siete conductas del liderazgo, tal como fueron propuestas por Cunningham-Snell & Wigfield. A saber:

- Comunicación
- Motivar y conformar equipos
- Confianza e integridad
- Planificación y supervisión
- Resolución de problemas

² Sobre este tema se puede consultar su trabajo: "La función directiva profesional". Allí analiza una serie de competencias clave para el éxito del directivo público y, entre ellas, recoge las siguientes: que sean capaces de proporcionar a sus ministros información clara, simple y concisa; que tengan habilidad para decidir por sí mismos lo no relevante políticamente; que sean capaces de reducir el conflicto y asegurar las relaciones fluidas con los agentes críticos del área correspondiente; que tengan sensibilidad política y sepan dónde y con quién hablan y comparten información y confidencias; que no dejen de observar a sus ministros, para conocer su psicología, sus prioridades personales y su personalidad.

- Autoconciencia y eficacia situacional
- Conseguir metas

Cada una de estas conductas se desglosa en diferentes competencias y, a su vez, en una serie de criterios que ahora no pueden ser desarrollados en esta sede.

En segundo lugar, recoge las conductas o competencias que un directivo ha de disponer para un desempeño eficaz de sus funciones, tal y como han sido formuladas por el Cabinet Office de la Administración del Reino Unido en 2008. Veamos:

- *Dirigir y dar sentido*: crear y comunicar una visión de futuro.
- *Impacto personal*: Dirigir con el ejemplo
- *Pensamiento estratégico*: Emparejar ideas y oportunidades para conseguir metas.
- *Conseguir lo mejor de las personas*: motivar y desarrollar a las personas para conseguir metas.
- *Aprender y mejorar*: extraer de la experiencia nuevas ideas para mejorar resultados.
- *Centrarse en el producto*: lograr valor por dinero y resultados

El modelo propuesto parte de un planteamiento dicotómico entre «conductas eficaces» y «conductas ineficaces». Obviamente, las competencias del directivo público hay que construirlas a partir de las conductas eficaces, que al fin y a la postre son las que proveen de un modelo de referencia para el buen rendimiento del trabajo directivo.

18. Como bien puede verse, en este rápido repaso a diferentes ensayos por crear una taxonomía de competencias directivas, hay puntos de encuentro evidentes entre los modelos propuestos, pero también hay una cierta dispersión a la hora de estructurar de forma estable qué competencias son necesarias para desempeñar el trabajo directivo en el sector público. Y para dar un cierto orden y sentido a este tema tal vez convenga llevar a cabo una primera aproximación conceptual y sistemática.

19. ¿Para qué sirve identificar las competencias de los directivos públicos? La pregunta no es baladí. Pues se puede afirmar que es el presupuesto para un ensayo de definir lo que sería un modelo de gestión por competencias directivas. Así, la identificación de las competencias directivas tiene cinco grandes proyecciones o utilidades:

- a) Sirve para diseñar programas para la formación de cuadros directivos de personas que ocupan puestos de trabajo pre-directivos. O si se prefiere: Formación previa al acceso a funciones directivas.
- b) Es una herramienta imprescindible para seleccionar directivos a través de la adecuación de las competencias profesionales y personales al perfil del puesto de trabajo.
- c) Tiene una proyección importante también para construir sistemas de evaluación de directivos a partir de competencias.
- d) Resulta una herramienta capital para construir programas de desarrollo directivo a partir de las necesidades y déficit que se identifiquen en los procesos de evaluación.
- e) Y, en fin, es una pieza necesaria para diseñar planes de carrera profesional de directivos públicos profesionales y, asimismo, como elemento central en la provisión de puestos de naturaleza directiva (movilidad horizontal o vertical de los directivos públicos).

20. Sí tenemos claro que las competencias directivas tienen esas cinco proyecciones estructurales sobre el modelo de dirección pública profesional, la tarea siguiente –por cierto nada sencilla- es procurar sistematizar cuáles son las competencias que un directivo público profesional debe disponer para desempeñar correctamente las funciones y tareas de un determinado puesto directivo.

21. Y la respuesta no puede ser unívoca, porque la dirección pública profesional (incluso en el ámbito local de gobierno) tampoco obedece a patrones comunes. En efecto, la dirección pública profesional tiene diferencias de calado entre sí en dos dimensiones: a) en la dimensión vertical; y b) en la dimensión horizontal. En la dimensión vertical, puesto que se puede afirmar que existen dos grandes estratos o niveles en la DPP: i) la DPP «superior», en contacto epidérmico con la política y mucho más expuesta «al exterior» (control político y medios de comunicación); ii) la DPP «básica», de naturaleza más técnica, sin perjuicio de que coadyuve a la formulación y ejecución de políticas públicas. Y, en la dimensión horizontal, porque habitualmente las organizaciones del sector público disponen de niveles directivos con funciones muy diferentes entre sí, particularmente entre las «direcciones transversales» (asesorías jurídicas, intervención, recursos humanos, etc.) y las «direcciones finalistas» o de un área sectorial concreta. Ni que decir tiene que las competencias requeridas en unos y otros supuestos varían ostensiblemente.

22. En el ámbito de la Administración Local (o de los gobiernos locales), las competencias de los directivos públicos profesionales deben construirse con el mínimo de sofisticación posible, con el fin de poder ofrecer un modelo de salida a partir del cual se pueda desarrollar este embrionario sistema de gestión por competencias directivas. Pues, insisto, se trata de que los gobiernos locales puedan construir razonablemente un sistema de gestión que les permita:

- a) Formar directivos locales.
- b) Seleccionar directivos locales.
- c) Evaluar directivos locales y retribuir en función de resultados.
- d) Articular programas de desarrollo directivo
- e) Establecer modelos de carrera profesional de directivos y sistemas idóneos de provisión de puestos directivos.

23. A tal efecto, el modelo de competencias directivas que se propone giraría sobre los siguientes ejes:

1) *Competencias vinculadas con el contexto y el entorno del sector público local:*

- Conocimiento del marco institucional de la dirección pública local. Imprescindible para el diseño y ejecución de políticas públicas. El ciudadano como centro de atención de la actuación del DPP.
- Valores públicos y ética pública. Transcendental para transmitir una imagen de integridad (vinculada como factor a los rasgos de personalidad) y para la legitimidad de las instituciones. Transparencia y código de conducta.
- Conocimiento y aprendizaje continuo, así como «familiaridad» sobre la organización local y su contexto: ¿Cuáles instrumentos son necesarios para poner en marcha políticas públicas?
- Conocimiento y manejo (experiencia) del entorno del trabajo directivo en el sector público y, especialmente, en el local (por tanto, destrezas). Los DPP se encuentran en una encrucijada en la que intervienen muchos (infinitos) actores: políticos, oposición, gerentes y directivos públicos, sindicatos, empleados públicos, medios de

comunicación, grupos de presión y ONG, *stakeholders*, etc. Todos ellos interactúan con poco orden y concierto con los directivos públicos locales

2) *Competencias genéricas o básicas que debe acreditar un directivo público profesional en el ámbito local:*

- Planificación, supervisión y evaluación. Especialmente buen manejo de los instrumentos de planificación estratégica y operativa y de los sistemas de evaluación. Saber fijar metas y objetivos, establecer prioridades, uso del cuadro de mando, determinar indicadores, etc.
- Gestión de personas. Buen conocimiento y aplicación de las técnicas de gestión de recursos humanos (descripción de puestos, selección, carrera profesional, provisión, retribuciones, etc.).
- Gestión presupuestaria. Conocimiento y aplicación del papel de los Presupuestos en el diseño y aplicación de las políticas públicas.
- Gestión de tecnologías de la información y de las comunicaciones. Aprovechar todas las potencialidades de los sistemas de información en la gestión e impulsar la implantación de la e-Administración en los gobiernos locales.
- Gestión de la calidad y del marketing público e institucional. Herramientas imprescindibles para prestar mejores servicios a los ciudadanos y posicionar a los gobiernos locales en un mercado público competitivo.

3) *Competencias personales y destrezas que debe acreditar un DPP en el ámbito local*

- Comunicación eficaz. Tanto oral como escrita. Las herramientas comunicativas son fundamentales en el desarrollo del trabajo directivo y, en especial, a la hora de interactuar con el entorno mediato e inmediato plagado de actores y de procesos de negociación y transacción.
- Dirigir equipos. Es una competencia necesaria del DPP, que, entre otras cosas, requiere un estilo de dirección abierto y receptivo, así como ser capaz de estimular a las personas que trabajan en su entorno para que desarrollen sus funciones de forma más eficiente, coordinada y mediante el contraste permanente de los diferentes puntos de vista.
- Resolución de problemas. Identificación correcta del problema y búsqueda inmediata de soluciones. Una competencia vinculada a la inteligencia o al manejo de la complejidad. El DPP es, sobre todo, al menos en organizaciones de «respuestas inmediatas» como son las administraciones locales, un «gestor de anomalías». El desarrollo de habilidades en este campo es capital para el buen quehacer del DPP. Saber gestionar la contingencia y dar respuestas rápidas y eficientes a los problemas es una necesidad objetiva en el ámbito local.
- Trabajar por resultados. El DPP debe centrar su trabajo en la obtención de resultados, siendo en todo momento consciente que los recursos son ajenos y que los ciudadanos deben recibir los mejores servicios y al menor coste. Ha de saber involucrar a sus empleados en la obtención de las metas marcadas y poder premiarlos si su gestión es eficiente.
- Equilibrio personal y emocional, así como focalizar la atención sobre la mejora continua. El DPP debe ser plenamente consciente de que su «imagen» trasciende

externamente a la organización. Su carácter y estilo de dirección «contamina», positiva o negativamente, a las personas que con él trabajan. Una organización será «sana» o «tóxica» dependiendo en buena medida del estilo de dirección. El equilibrio emocional representa, entre otras cosas, saber gestionar con inteligencia el tiempo, los silencios y tener el don de la oportunidad (no del «oportunismo»).

4) *Competencias específicas del puesto directivo concreto*

Se han de determinar en cada momento, pero en este caso han de vincularse estrechamente con los conocimientos y la experiencia contrastada en el desempeño de puestos directivos que pertenezcan a la misma «familia de puestos» o a «familias próximas». Las competencias específicas pueden existir en cualquier tipo de puestos, pero deben ser mínimas, salvo en los puestos directivos de naturaleza «transversal» en los que el conocimiento, la experiencia y las destrezas acreditadas en ese campo concreto deben ser generalmente un «prius» o un elemento de predicción clave del buen desempeño futuro del puesto de trabajo directivo.

24. Esta propuesta es, simplemente, un primer esbozo en el largo y complejo camino de identificar competencias directivas en el ámbito local. Un DPP «completo», o con un desarrollo profesional excelente, debería acreditar todas esas competencias. Pero, en la práctica, ningún gobierno local encontrará ese «mirlo blanco», pues podrá hallar personas con buenas competencias del entorno o del contexto, pero posiblemente tenga algún déficit en materia de competencias genéricas o de alguna de ellas, o viceversa. Se podrá hallar un perfil directivo (procedente por ejemplo del sector privado) que nos ofrezca un conjunto de competencias personales directivas muy potente, pero que tenga carencias fuertes o intensas en lo que afecta a competencias de contexto y entorno, así como a competencias genéricas de los directivos públicos.

25. Por tanto, este cuadro o esquema de competencias (que habrá que desarrollar y, posiblemente, corregir en algunos puntos), nos sirve como punto de partida para intentar construir una DPP en la Administración local, pero siendo conscientes de esa construcción se trata de un proceso que, como quien dice, estamos comenzado a dar los primeros pasos. En todo caso, este cuadro-esquema nos puede ayudar para cubrir, al menos, tres proyecciones de la gestión por competencias directivas: a) formación previa; b) selección; y c) programas de desarrollo directivo. Nos puede ser útil para construir la evaluación por competencias de los directivos públicos, así como –si da buenos resultados en la selección y evaluación- puede ser una herramienta importante de gestión de carreras profesionales, pero sobre todo es un indicador fiable en la provisión de puestos directivos.

Algunas notas sobre régimen jurídico de los directivos públicos profesionales en la Administración local

1. Determinados los puestos de trabajo que tendrán el carácter de directivos públicos profesionales en cada organización, será necesario reflejar los mismos en una relación de puestos de trabajo o instrumento similar. A nuestro juicio, sería pertinente que las relaciones de puestos de trabajo u instrumentos similares de los DPP se previeran en un documento diferente del resto de las relaciones de puestos de trabajo de los empleados públicos.

2. En efecto, las condiciones de trabajo de los DPP no son objeto de negociación colectiva y se determinan unilateralmente por parte de la respectiva Administración.

Además, los datos que se incluyan en la relación de puestos de trabajo del personal DPP no tienen por qué ser los mismos (o, al menos, no idénticos) que los recogidos para los empleados públicos funcionarios ni para los empleados públicos laborales.

3. Es muy importante que los procesos de designación de DPP se definan de ese modo. Esto es, las convocatorias para cubrir puestos de DPP deben enunciarse así: convocatoria o procedimiento para «designar» un puesto de directivo público profesional.

4. El sistema de designación que prevé el EBEP para los DPP no es ni un procedimiento de libre designación ni, mucho menos, un concurso de méritos. Algunos ayuntamientos han procedido a convocar este tipo de procedimientos de provisión, olvidando que el sistema de designación de DPP puede ser tanto un «procedimiento de provisión» (cuando se convoca determinado puesto directivo para su cobertura entre personal funcionario de la propia entidad) o un «procedimiento de selección» (en aquellos casos en que el puesto directivo se oferta también a personas externas a la organización).

5. Cualquiera que sea la dimensión del proceso de designación (sistema de provisión o de selección), lo cierto es que el EBEP exige únicamente que estos procedimientos de selección se lleven a cabo de acuerdo con los principios de publicidad (que no tiene que ser una publicidad «formal», o en diarios oficiales) y de libre concurrencia (esto es, que garanticen la competición entre diferentes candidatos).

6. Asimismo, se exige que el proceso de designación «atienda» a los principios de mérito, capacidad e idoneidad. Ello no es óbice para que, acreditadas las competencias exigidas para el desempeño del puesto de DPP por diferentes candidatos, no puedan actuar márgenes razonables de discrecionalidad en el proceso de designación. Es decir, encaja perfectamente dentro del espíritu del EBEP que se constituya un órgano técnico que evalúe las diferentes candidaturas y, previas las pruebas o entrevistas que considere pertinentes (entrevista de incidentes críticos, entrevista conductual estructurada, etc.), presente a la autoridad encargada del nombramiento una terna con los mejores perfiles de candidatos para ese puesto directivo. Aquí, acreditadas previamente las competencias, puede entrar la discrecionalidad a actuar plenamente.

7. Nos hemos detenido en detallar todas estas cuestiones relacionadas con el proceso de designación porque el éxito o fracaso de este sistema de dirección pública profesional depende en buena medida de evitar a toda costa su judicialización. Dicho de otra manera, es un sistema de provisión o selección de candidatos, que atiende a los méritos, competencias e idoneidad de los mismos, pero que admite márgenes más o menos amplios, según los casos, de discrecionalidad. El control jurisdiccional tiene, aquí, indudables limitaciones.

8. En el acto de nombramiento del DPP o, en su caso, en el contrato de alta dirección (si es personal laboral), deberían incluirse cuáles son los objetivos que se deben alcanzar en ese puesto de trabajo directivo, así como los medios (personales, materiales, financieros y tecnológicos) para alcanzarlos. Al menos, se debe contener la previsión de que la Administración local (el gobierno municipal), de acuerdo con la persona designada, confeccionará en el plazo de tres meses un acuerdo o contrato de gestión complementario al nombramiento o al contrato de alta dirección, en el que se determinarán los extremos citados.

9. La entidad local correspondiente puede requerir como mérito relevante para el acceso a la condición de DPP, la realización de programas de dirección pública o de función directiva impartidos por instituciones públicas u homologados por éstas.

10. Si la Administración local se inclina por implantar un sistema de dirección pública profesional, será conveniente que a través de un reglamento o acuerdo que regule el Estatuto del Directivo Público Profesional, se determinen unilateralmente las condiciones de empleo de este personal (derechos, permisos, deberes, vacaciones, jornada, sistema retributivo, régimen disciplinario, etc.). Tales condiciones, que se han de determinar unilateralmente por la Administración, conviene que al menos se elaboren para cada mandato.

11. Es importante, siquiera sea como herramienta de mejora de la gestión, incluir algún sistema específico de evaluación de los resultados de la gestión del DPP (o, al menos, de su unidad), así como una evaluación por competencias, dirigida a mejorar continuamente el desempeño que el DPP desarrolle en cada organización. A estas evaluaciones se les puede anudar un sistema de retribuciones variables, que no sea superior en ningún caso al 10 por ciento del total de retribuciones. Se recomienda en todo caso que los efectos retributivos sólo se incluyan cuando el sistema de evaluación sea relevante, fiable y no contaminado por nada que no sea desempeño directivo y, por tanto, haya sido comprobada empíricamente su objetividad.

12. En cuanto a la situación administrativa en la que quedan los funcionarios que son nombrados directivos públicos profesionales, si los titulares de los órganos directivos de los municipios de gran población se califican como DPP, es obvio que en estos casos podrían ser declarados en situación de servicios especiales (artículo 87 EBEP). No así los DPP de las diputaciones provinciales ni de los municipios de régimen común, a los que se les debería aplicar la situación de servicio activo.

13. Al no poderse acudir, en principio, a la figura del personal eventual para el desarrollo de funciones de DPP, la solución más cabal es que el legislador autonómico, cuando desarrolle el EBEP, extienda la situación administrativa de servicios especiales (aunque sea sin reserva concreta del mismo puesto de trabajo), también al personal DPP de los municipios de régimen común. Otra solución, más forzada, es interpretar que la referencia del artículo 87 EBEP a los «directivos municipales» lo es también a los DPP de los municipios de régimen común y a las Diputaciones provinciales.

14. En materia de incompatibilidades de los DPP parece obvio que se les aplica la Ley 53/1984, con la modificación prevista en la disposición final tercera del EBEP. En lo que afecta a los «conflictos de intereses» se ha de tener en cuenta la modificación de la LBRL que llevó a cabo la Ley 8/2007, del suelo. No sería improcedente que las diferentes administraciones locales, o las propias federaciones o asociaciones de municipios, elaboraran códigos de transparencia y conducta de los directivos públicos profesionales.

15. Y, en fin, el régimen jurídico del cese del DPP es la clave de bóveda para saber si existe realmente un sistema de dirección pública profesional. Lo razonable es que la regulación local que se elabore prevea expresamente este punto. Y, asimismo, lo razonable es que, si se han seguido criterios de profesionalización para la designación del DPP, si este lleva a cabo sus funciones cumpliendo los objetivos marcados y, por tanto, percibe una serie de incentivos por su gestión, el DPP no sea cesado discrecionalmente (esto es, no se admita este tipo de cese).

16. Sin embargo, este es un punto en el que la «cultura» y las «resistencias al cambio» serán mucho más fuertes. El abanico de soluciones que cabe en este caso, sería el siguiente:

- a) El DPP sólo podría ser cesado por resultados insuficientes en su gestión, si no su puesto tendría carácter permanente.
- b) El DPP sería designado para un período de tiempo (3, 4 o 5 años), en el que permanecería con garantía de puesto siempre y cuando sus resultados de gestión fueran buenos. Podría ser cesado en caso de resultados insuficientes.
- c) El DPP sería designado para un período de tiempo (3, 4 o 5 años), finalizado el cual cabría una prórroga por igual período siempre que los resultados de la gestión fueran buenos.
- d) El DPP podría ser removido discrecionalmente sólo en aquellos casos en que cambiara el responsable político que le designó.
- e) El DPP podría ser removido discrecionalmente en todo caso y en cualquier momento.

17. Por tanto, este «continuo» de soluciones expuestas va desde un «modelo de profesionalización de la dirección pública» muy elevado (soluciones *a* y *b*, a un modelo de profesionalización de la dirección pública muy débil o poco consistente (alternativas *e* y *f*). Tal vez, en las opciones intermedias esté la virtud (alternativas *b* y *c*). Pero, en todo caso, en este tema –como decía- las decisiones no serán precisamente fáciles.



Seminari
**d'actualització de
Funció Pública Local**



2a

sessió

27/04/09

Personificacions instrumentals locals: identificació i règim jurídic del seu personal

Les personificacions instrumentals locals de Catalunya: característiques principals i vicissituds de funcionament.

José Luis Martínez-Alonso Camps, director dels Serveis de Secretaria de l'Àrea de Presidència de la Diputació de Barcelona.

Model d'ocupació pública en les personificacions instrumentals públiques i règim jurídic d'aplicació.

Rafael Catalá Polo, professor de Polítiques Públiques de la Universitat Carles III de Madrid i exdirector general de la Funció Pública de l'Administració General de l'Estat.



***JORNADA: LES PERSONIFICACIONS
INSTRUMENTALS LOCALS: IDENTIFICACIÓ I
RÈGIM JURÍDIC DEL SEU PERSONAL***

***PONÈNCIA: LES PERSONIFICACIONS
INSTRUMENTALS LOCALS DE CATALUNYA:
CARACTERÍSTIQUES PRINCIPALS I VICISSITUDS DE
FUNCIONAMENT***

J.L. Martínez-Alonso Camps

**Director dels Serveis de Secretaria de la
Diputació de Barcelona**

**Professor associat de la Universitat de
Barcelona**

Barcelona, abril de 2009

ÍNDEX		PÀGINA
1.	INTRODUCCIÓ.....	4
2.	EL FENOMEN DE LES PERSONIFICACIONS INSTRUMENTALS I LES TIPOLOGIES A L'ÀMBIT LOCAL	6
	2.1. El fenomen de les personificacions instrumentals.....	6
	2.2. Dimensions i problemàtica de les personificacions instrumentals locals (PIL).....	14
	2.3. Tipologies de PIL	16
3.	EL SUBSISTEMA LOCAL; APROXIMACIÓ MATERIAL	27
	3.1. Introducció: criteris d'organització i estructuració	27
	3.2. Dimensions quantitatives a Catalunya	28
	3.3. Caracterització de la multiplicitat	38
4.	EL FENOMEN DE LES PERSONIFICACIONS INSTRUMENTALS; APROXIMACIÓ QUALITATIVA	43
	4.1. Introducció	43
	4.2. Necessitat de replantejar-se la funcionalitat de les PIL com a solucions organitzatives.....	47
	4.3. Complexitat normativa	49

ÍNDEX	PÀGINA
4.4. Complexitat dels processos decisionals derivats de la constitució i del funcionament dels OA, EPE i SMP.....	51
4.5. Aplicació de la complexitat dels processos decisionals a la PIL constituïda per dues o més entitats públiques (consorci i mancomunitat).....	55
4.6. El funcionament dels òrgans i la presa de decisions en les PIL	60
4.7. Factors de funcionalitat de les PIL	64
5. MILLORES I ALTERNATIVES A LES PIL	65
5.1. Introducció	65
5.2. Organització especial desconcentrada (OED)	67
5.3. Creació d'òrgans de participació	67
5.4. Els convenis de col·laboració	68
5.5. Coordinació i assistència entre la PIL i les administracions matriu	69
6. RECAPITULACIÓ	75
7. BIBLIOGRAFIA	76

J.L. Martínez-Alonso Camps
 Director dels Serveis de Secretaria de la Diputació
 de Barcelona
 Professor associat de la Universitat de Barcelona

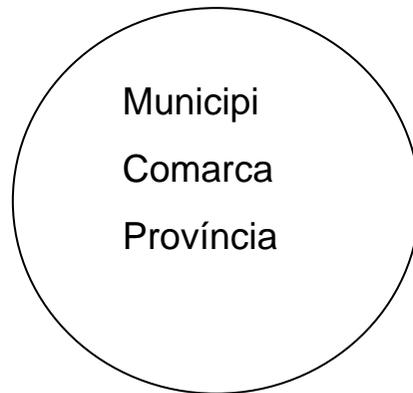
1. INTRODUCCIÓ

Objecte de la ponència: les personificacions instrumentals, característiques principals i vicissituds de funcionament.

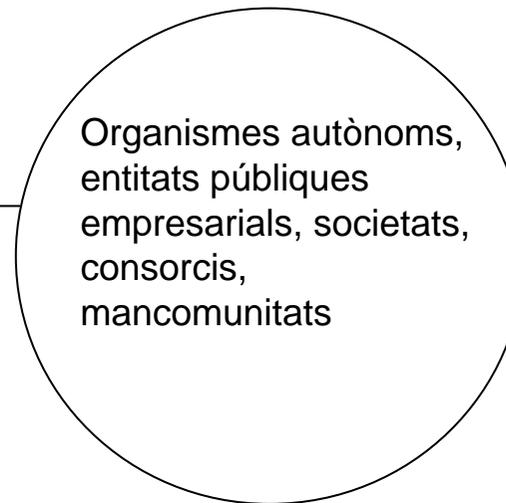
En aquesta introducció jo voldria destacar 3 idees:

1a. Idea: Que les personificacions instrumentals locals (per acrònim, PIL) continuen sent un poder públic, constituïdes per Administracions públiques i que projecten la seva actuació vers els ciutadans.

ENTITA MARIU:
ADMINISTRACIÓ PÚBLICA



PERSONIFICACIÓ
INSTRUMENTAL LOCAL



C
I
U
T
A
D
A
N
S

2a. idea: Que el de les PIL és un fenomen que no disminueix; desitjaria dir que no creix, però això no és segur. De tota manera ha arribat a uns nivells que constitueix per si mateix un problema.

3a. idea: Que, malauradament, en l'àmbit de recursos humans i d'ordinari, a les PIL no podem trobar opcions de gestió de personal, sinó que la política de personal és captiva de l'opció prèvia de la creació de la personificació instrumental.

En l'anàlisi abordarem:

ELS PROBLEMES en la creació de les PIL i en el seu funcionament; i farem un diagnòstic per veure:

- si resulten funcionals per al subsistema local;
- o si, en canvi, venen a afegir problemes als que ja té el món local.

Les ALTERNATIVES a les PIL: és a dir, si allò que es pretén aconseguir amb la personificació instrumental no es pot aconseguir d'una altra manera.

2. EL FENÓMEN DE LES PERSONIFICACIONS INSTRUMENTALS I LES TIPOLOGIES A L'ÀMBIT LOCAL

2.1. EL FENOMEN DE LES PERSONIFICACIONES INSTRUMENTALS

2.1.1. Configuració del fenomen

Personificacions instrumentals: entitats de caràcter derivat o no obligatori que les administracions (territorials) creen o institueixen per prestar serveis o exercir activitats.

Crítica generalitzada de la doctrina administrativa (Clavero, Garrido Falla, López Menudo, Nieto, Santamaría, Bauzá, etc):

- Nega la legalitat i la legitimitat d'excepcionar l'aplicació del dret administratiu.
- "Huida del derecho administrativo (...) auténtica desbandada"
- "Islotes privilegiados"

- “Desadministración pública”

Configuració específica a l'àmbit de l'Administració central (AC).

- Creació per llei: la pretesa limitació i com això acaba permetent una configuració *ad hoc*.
- LEEA/58; LGP/77; LLEIS GRALS. PRESSUPOSTOS I D'ACOMPANYAMENT; LOFAGE/97; LMFAOS i LLEIS ESPECÍFIQUES.

A l'Administració General de l'Estat:

LOFAGE/97: Organismes públics (Organismes Autònoms i Entitats Públiques Empresarials) i Societats Mercantils.

Altres: ens públics *atípics* i Administracions independents.

Exemples d'ens públics *atípics*:

- *Agencia Estatal de Administración Tributaria, Instituto Cervantes, Ente Público RTVE* i altres citats a les D. Addicionals LOFAGE.

Exemples de les Administracions independents:

- *Banco de España, Consejo de Seguridad Nuclear, Comisión Nacional del Mercado de Valores, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, Agencia Española de Protección de Datos y Tribunal de Defensa de la Competencia* (Magide Herrero, 2000).

COMISIÓN ESTUDIO Y PREPARACIÓN DEL ANTEPROYECTO DE LEY DE AGENCIAS PÚBLICAS (2004)

Llei 28/2006, de 18.7, de Agencias Estatales para la mejora de los servicios públicos.

- Nova figura: *Agencias Estatales*.
- Preferència respecte OA i EPE (L 28/2006, DA 6^a).
- Règim de dret públic (contractació i personal, L 25/2006, 2, 16 i 18).

Extensió a les CCAA de les tendències i figures de l'AC.

A l'Administració autonòmica de Catalunya, TREstatut Empresa Pública Catalana (Dleg 2/2002) i LMFA:

- Organismes (o entitats) autònoms: administratius i econòmics.
- Entitats de dret públic sotmeses a dret privat.
- Societats mercantils.
- Altres (Entitats gestores SS i ens públics *atípics*)

L 15/2008, PRESSUPOSTOS GENCAT 2009

Exemples:

- OOAA administratius: Institut Català de les Dones, Consell Català de l'Esport i Escola d'Administració Pública de Catalunya.
- OOAA industrials, financers o anàlegs: EA del Diari Oficial i de Publicacions GENCAT, EA de Difusió Cultural i Institut Català de Crèdit Agrari.

- EDPubDPriv: Ferrocarrils de la Generalitat de Catalunya, Institut Cartogràfic de Catalunya i Institut Català del Sòl (INCASOL).
- Societats mercantils: Televisió de Catalunya, S.A., Teatre Nacional de Catalunya, S.A. i Intracatalonia, S.A.
- Entitats gestores de la Seguretat Social (ICS i ICASS).
- Altres ens públics: Servei Català de la Salut (CatSalut); Corporació Catalana de Mitjans Audiovisuals (CCMA), avui ja EDPubPriv.
- Autoritats i organismes independents: Consell de l'Audiovisual de Catalunya, Consell de Treball Econòmic i Social i Agència Catalana de Protecció de Dades.

Altres Administracions autonòmiques, models:

- Tipus LOFAGE
- Tipus LGP/77
- Model andalús; L 9/2007: agències administratives (antics OA), agències empresarials (antigues EDPDP) i agències de règim especial (model estatal agències); a més, SM i fundacions sector públic andalús.

EPÍLEG; l'últim *ens atípic*: les fundacions públiques.

2.1.2. Caracterització del fenomen en el subsistema local

- Personificacions instrumentals locals (PIL): entitats de caràcter derivat o no obligatori que les administracions territorials locals institueixen per prestar serveis o exercir activitats.
- Nexes o element comú: caràcter instrumental, doblement: medial i subordinat a les administracions matriu.

- Tipologia i fonament:
- Descentralització funcional; raons juridicoadministratives i/o tècniques:

Organisme autònom (OA)

Entitat pública empresarial (EPE)

Societat mercantil pública (SMP)

- Descentralització cooperativa; raons juridicoadministratives i/o tècniques i, a més, ingredient polític:

Mancomunitat (associació municipis)

ConSORCI (associació municipis, província, comarca i altres administracions i entitats privades sense ànim de lucre); naturalesa local del consorci?

SMP plural (capital social compartit per diverses administracions)

- Multiplicitat del subsistema local: pluralitat, diversitat i heterogeneïtat d'actors públics locals; *atomització*.

- Configuració normativa:
 - Subordinació a la configuració legal bàsica (L 7/85 i TR/86) i autonòmica; desplegament reglamentari i potestat d'autoorganització.

 - Impossibilitat del recurs a la llei *ad hoc* (Ad. central i autonòmica).

 - L'adaptació *pendent* del Reglament de Serveis de les Corporacions locals de 1955, i els problemes d'interpretació que generà.

L'adaptació a Catalunya:

- L 8/1987 i TRLCat/2003 (243-257 i 269-272)
- ROAS/1995 (136-226 i 312-324)

La modificació de la L 7/1985 mitjançant la L 57/2003:

- *LOFAGIZACION* (Parejo) dels OA i les EPE
- *Hipernormació* dels OA i conflicte normatiu amb legislació autonòmica

EAC/2006: dret d'associació dels ens locals, convenis, mancomunitats, consorcis i altres formes d'actuació conjunt (art. 87.2).

2.2. DIMENSIONS I PROBLEMÀTICA DE LES PERSONIFICACIONS INSTRUMENTALS LOCALS (PIL).

2.2.1. QUANTITATIVA: nombre molt elevat (Ad. Central, Administracions Autonòmiques i local de Catalunya), i tendència al creixement.

2.2.2. QUALITATIVA: problemes i dificultats de funcionament.

b.1) Susceptibles de solució (p.e., adequat disseny dels estatuts).

b.2) *Variables independents.*

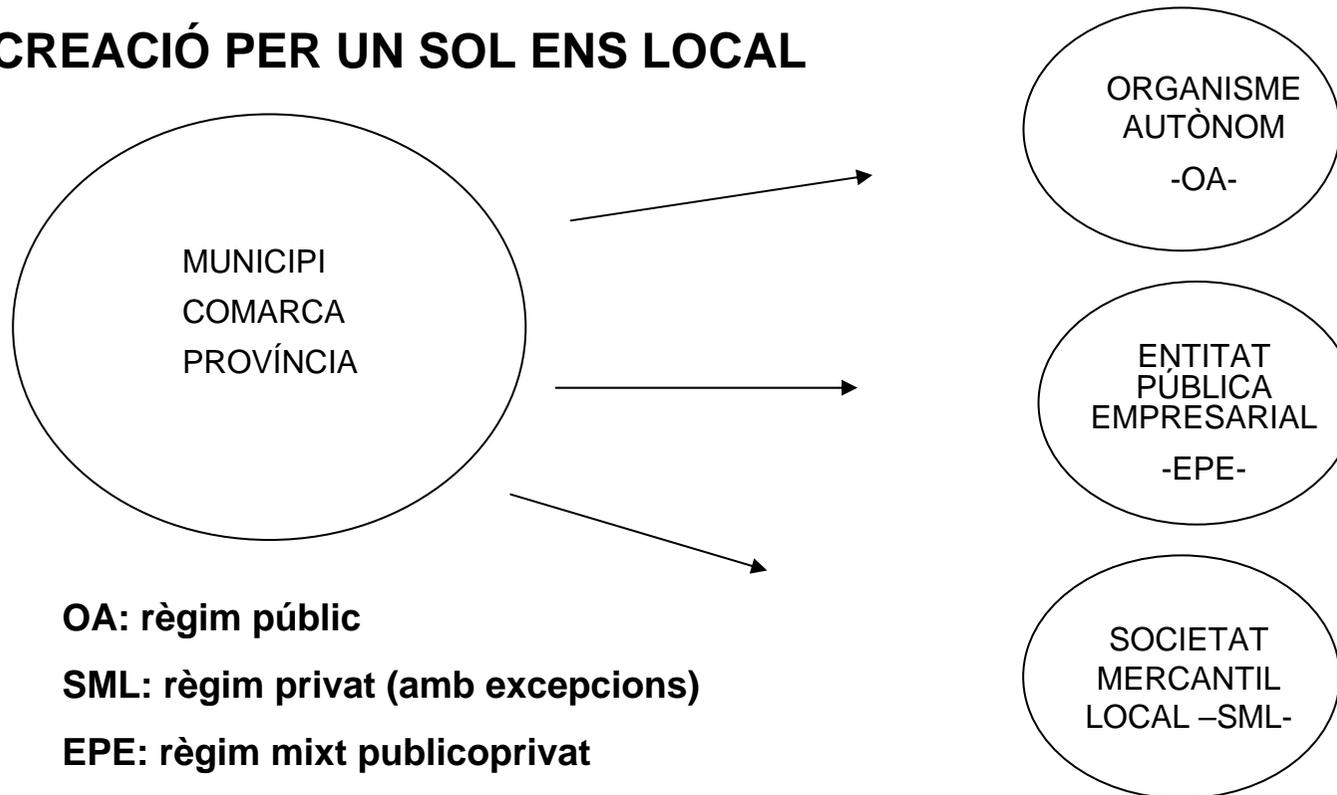
- Constreyniments legislació: aplicació legislació local a les PIL juridicopúbliques, amb complicacions afegides.
- Complexitat inherent a tot procés d'interrelació d'organitzacions públiques.

2.2.3. DE DIAGNOSI: necessitat de replantejar-se la funcionalitat de les PIL com a solucions organitzatives.

2.3. TIPOLOGIES DE PIL

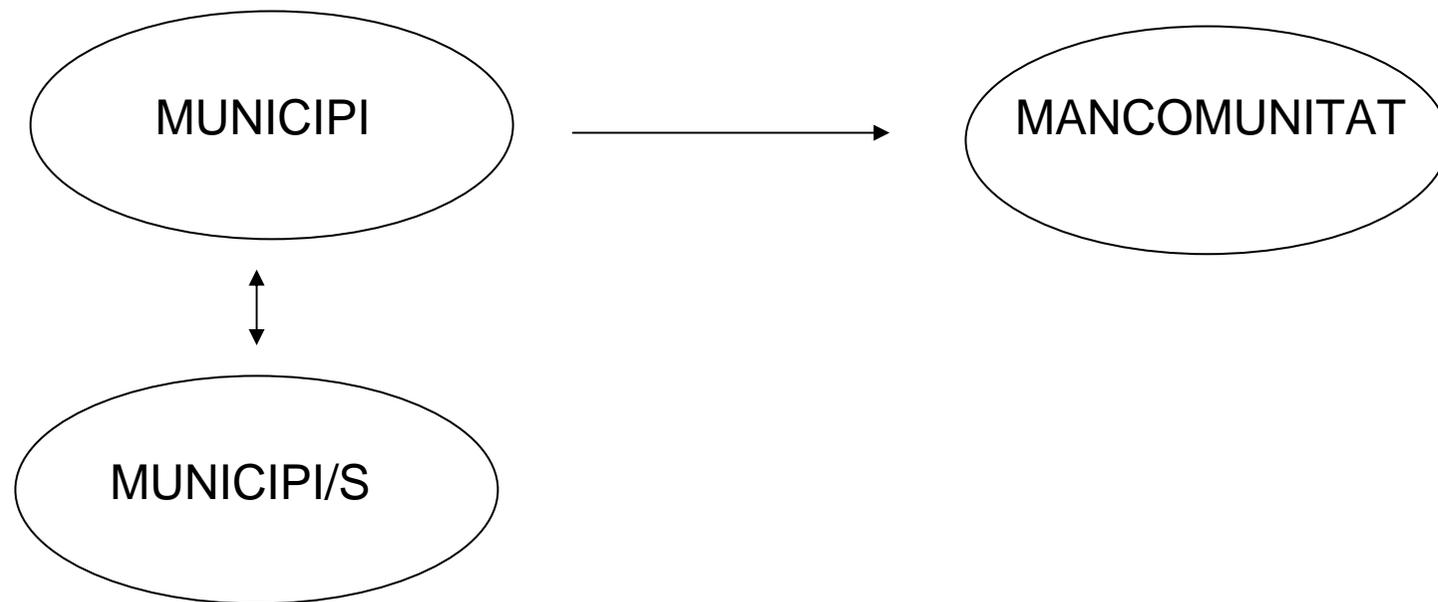
2.3.1. MODALITATS I ACTORS QUE INTERVENEN.

A) CREACIÓ PER UN SOL ENS LOCAL

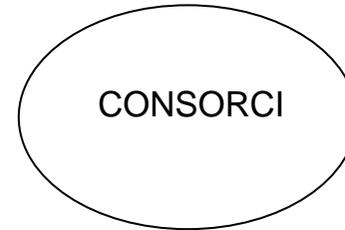
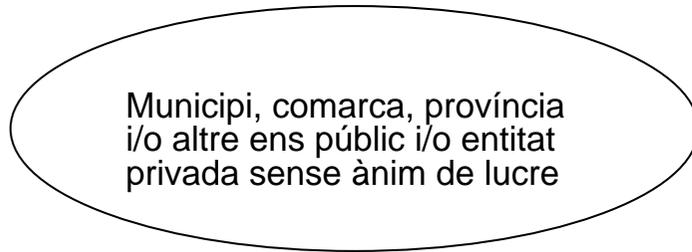


B) CREACIÓ PER DOS O MÉS ENS LOCALS

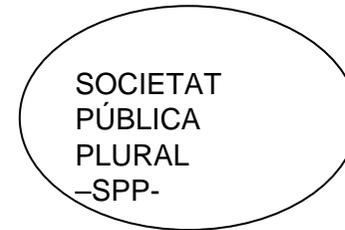
ASSOCIACIÓ DE



ASSOCIACIÓ DE



ASSOCIACIÓ DE



Mancomunitat: règim públic

ConSORCI: règim públic

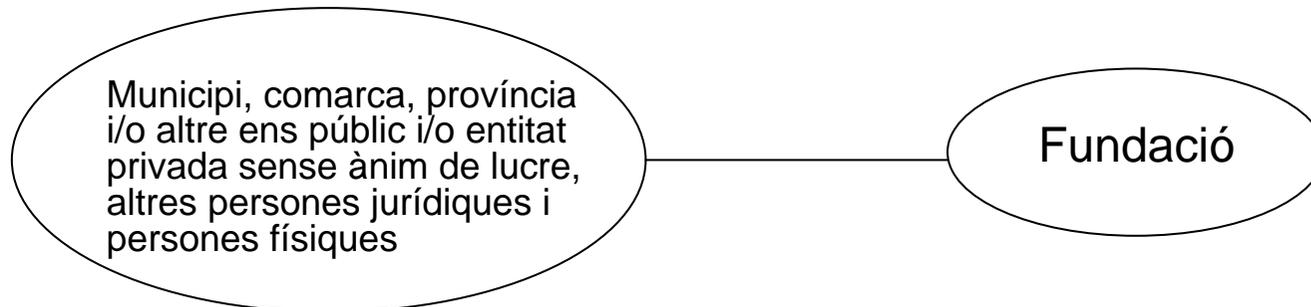
SPP: règim privat (amb excepcions)

C) ALTRES POSSIBLES PIL



Queda relativitzada la idea d'instrumentalitat.

ASSOCIACIÓ DE



Relativització idea d'instrumentalitat i poder públic; excepció: fundació que compleix requisits organisme públic del dret comunitari.

2.3.2. L'ORGANISME AUTÒNOM LOCAL (OAL)

Definició: personificació instrumental de règim jurídicopublic creada per un ens local per gestionar directament serveis o activitats de la seva competència.

Constitució: acord del ple de l'ens local i aprovació dels estatuts.

Òrgans i dependència: president, consell rector o junta de govern i gerent; sotmès al control i direcció de l'administració matriu.

Regulació: L 7/1985, 85 i 85 bis; LOFAGE/1997; TRLCat/2003, 254; ROAS/95, 199-210.

2.3.3. L'ENTITAT PÚBLICA EMPRESARIAL LOCAL (EPEL)

Definició: personificació instrumental de règim mixt, públic i privat, creada per un ens local per gestionar directament serveis i activitats o produir béns d'interès públic susceptibles de contraprestació.

Constitució: acord del ple de l'ens local i aprovació dels estatuts.

Òrgans i dependència: president, consell d'administració i gerent; sotmès a la direcció de l'administració matriu.

Regulació: L 7/1985, 85 i 85 bis; LOFAGE/1997.

Règim públic: formació voluntat òrgans, exercici potestats admtives. i aspectes específics regulats en estatuts i legislació (pressupostària, contractual o altri).

2.3.4. LA SOCIETAT MERCANTIL LOCAL (SML)

Definició: personificació instrumental constituïda per un ens local, sota la forma de societat (anònima o de responsabilitat limitada), per exercir activitats o serveis econòmics i que es regeix majoritàriament pel dret privat.

Constitució: acord del ple de l'ens local, aprovació dels estatuts i formalització de tràmits exigits per la legislació mercantil.

Òrgans: junta general, consell d'administració i gerència;

Regulació: L 7/1985, 85 ter; TRLCat/2003, 255; ROAS/95, 211-226;
Text Refós LSA/1989; LSResponsabilitat Limitada/1995.

Supòsit especial: SML participada per diverses administracions (ROAS/95, 227 i L 7/1985, 85.2.d: "*sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública*", modificació LCSP/2007, DF 1^a).

2.3.5. LES MANCOMUNITATS

Definició: associacions voluntàries de municipis per a l'execució d'obres o la prestació de serveis en comú.

Constitució: acord conjunt de dos o més municipis i aprovació dels estatuts.

Òrgans: president i assemblea (amb representació de tots els municipis).

Noves perspectives: modificació L 21/2002, i TRLCat/2003 (115-122), també L 57/2003 (modernització govern local); potenciació

2.3.6. ELS CONSORCIS LOCALS

Definició: entitats públiques de caràcter associatiu i voluntari, que poden constituir els ens locals amb altres administracions (central, autonòmica, locals o institucionals-universitats) o amb entitats privades sense ànim de lucre, per a l'exercici d'activitats o la prestació de serveis d'interès comú.

Constitució: acord conjunt de les entitats consorciades i aprovació dels estatuts.

Òrgans: president i assemblea (amb representació de tots els consorciats), gerent, etc.

Regulació: L 7/1985 (87), TRLCat/2003 (269-272) i Reglament català d'obres, activitats i serveis-ROAS/95 (312-324).

2.3.7. ENTITATS MUNICIPALS DESCENTRALITZADES (EMD)

Definició: Instituïdes per identificar la representació de concentracions de població que dins d'un municipi constitueixen nuclis separats; creades per acord Govern Generalitat.

Òrgans jurídicoadministratius: president (elecció directa i caràcter executiu) i junta de veïns (designació en funció dels resultats de la secció electoral) amb funcions de control i fiscalització.

Competències: execució d'obres, prestació de serveis i gestió patrimonial.

Regulació: L 7/1985 (45) i TRLCat/2003 (79 a 83).

2.3.8. LES FUNDACIONS PRIVADES INSTRUMENTALITZADES PER UNA O MÉS ENTITATS LOCALS DE CATALUNYA

Definició: Personificació instrumental de règim jurídicoprivat, constituïda a l'empara de la legislació reguladora de les fundacions, i que compleixi alguna de les condicions següents:

- a) Aportació majoritària d'ens locals de Catalunya o d'ens que en depenguin, tant si l'aportació es fa de manera directa com indirecta.
- b) Més del 50% patrimoni fundacional format per béns o drets aportats o cedits per les entitats lletra a).
- c) Més de la meitat membres òrgans de govern nomenats per entitats lletra a).

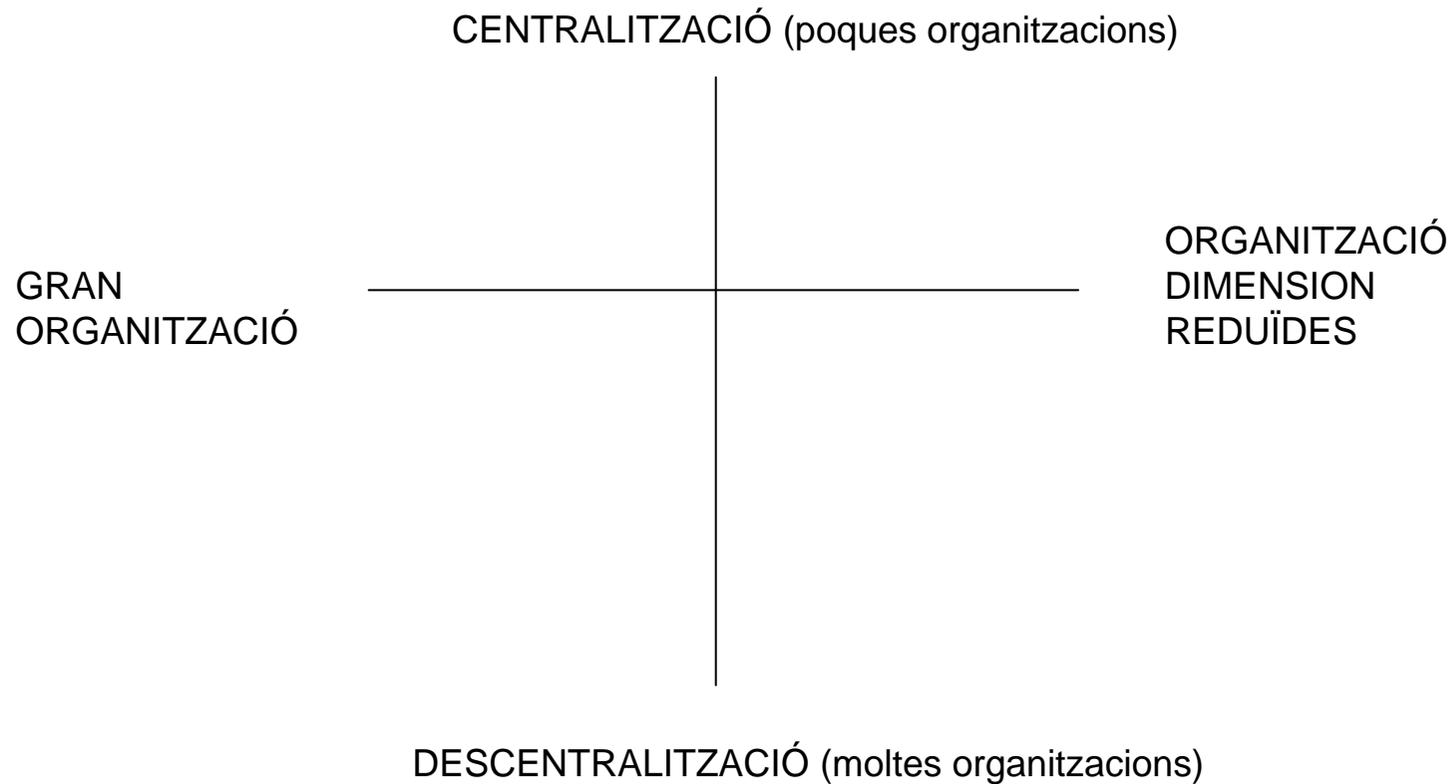
Regulació: L 4/2008, del llibre 3r. Codi civil Catalunya (art. 331 a 336, DA2a, DT1a a 4a, DD2a, DF1a, 3a i 5a).

Temes rellevants: òrgans de govern (Patronat) i de direcció; adquisició personalitat (inscripció Registre Fundacions); dotació inicial (60.000 EUR); incidència dret públic (LCSP/2007, selecció de personal i CE, 103, LGS/2003, etc); tutela del Protectorat.

3. EL SUBSISTEMA LOCAL; APROXIMACIÓ MATERIAL

3.1. INTRODUCCIÓ: CRITERIS D'ORGANIZACIÓ I ESTRUCTURACIÓ

FIGURA 1



3.2. DIMENSIONS QUANTITATIVES A CATALUNYA

A) ANY 1998 (MARTÍNEZ-ALONSO, 1998:330)

	Nombre	Org. Autònoms (1)	Soc. Mercan tils (2)	Total (1+2)
Municipis	946	552	169	721
Comarques	41	26	12	38
Diputacions	4	25	5	30
Entitats mpals. Descentralitzad .	50	-	-	-
Entitats metropolitanes	2	1	5	6
Mancomunitats	88	3	1	4
Consortcis	67	-	-	-
TOTAL	1198	607	192	799

PERSONES JURÍDICO PÚBLIQUES LOCALS: un total de 1997

Mancomunitats: 88
 Consortcis: 67
 Org. Autònoms: 607
 Soc. Mercantils: 192

TOTAL PIL $954 + 50 \text{ EMD} = 1004$

B) ANY 2000 (T. YSA, E. PANO I MARTÍNEZ-ALONSO)

ENS DE GESTIÓ		MANCOMUNITATS	CONSORCIS	EMD
OA	SM			
592	164			
756		85	141	53
TOTAL				1035

C) ANY 2006 (ABRIL) (E. PANO I MARTÍNEZ-ALONSO)

ENS DE GESTIÓ			MANCOMUNITATS	CONSORCIS	EMD
OA	EPE	SM			
481	9	215			
705			68	221	58
TOTAL					1052

D) ANY 2007 (ABRIL) (E. PANO I MARTÍNEZ-ALONSO)

ENS DE GESTIÓ			MANCOMUNITATS	CONSORCIS	EMD
OA	EPE	SM			
458	11	247			
716			66	246	58
TOTAL					1086

E) Anàlisi comparada.

Del contrast d'aquestes dades poden formular-se les consideracions següents:

-El número total de PIL no ha deixat de créixer: 1998 (1004), 2000 (1035), 2006 (1052) i 2007 (1086).

PERCENTATGES DE CREIXEMENT TOTALS DE LES PIL

1998	2000	$\Delta\%$ 1998-2000	2006	$\Delta\%$ 2000-06	2007	$\Delta\%$ 2006-07	$\Delta\%$ 1998-2007
1004	1035	3,09	1052	1,64	1086	3,23	8,17

- La personificació instrumental que més creix són els consorcis. Passen de 67 el 1998, a 141 l'any 2000, 221 l'any 2006 i, finalment, 246 l'any 2007. Aquestes xifres indiquen que s'ha produït una multiplicació del número inicial per 3,67.
- Les mancomunitats s'han reduït de manera més intensa al llarg de l'últim període : 88 (1998), 85 (2000), 68 (2006) i 66 (2007).

- Les entitats municipals descentralitzades han experimentat un creixement significatiu: 50 (1998), 53 (2000) i 58 (2006 i 2007).
- Els organismes autònoms s'han reduït sensiblement: 607 (1998), 592 (2006), 481 (2006) i 458 (2007), per bé que caldria afegir les EPE, 9 (2006) i 11 (2007), figures possibles a partir de 2004.
- Les societats mercantils experimenten primer un descens, de 192 (1998) es passa a 164 (2000), per augmentar després fins a 215 (2006) i 247 (2007).

TAULA 1. EVOLUCIÓ DE LES PIL A CATALUNYA

Modalitat	1998	2000	2006	2007	Variació total (%)
OA	607	592	481	458	-149 (∇ 24,6%)
EPE	----	---	9	11	+11 (Δ 100%)
SML	192	164	215	247	+55 (Δ 28,7%)
EMD	50	53	58	58	+8 (Δ 16%)
Mancomunitats	88	85	68	66	-22 (∇ 25%)
Consortcis	67	141	221	246	+179 (Δ 367,2%)
Total	1004	1035	1052	1086	+82 (Δ 8,17%)

Font: elaboració pròpia

TAULA 2
ENTITATS LOCALS I PERSONIFICACIONS INSTRUMENTALS
LOCALS A CATALUNYA- 2007

MUNICIPIIS	946
COMARQUES	41
PROVÍNCIES-DIPUTACIONS	4
ENTITATS METROPOLITANES	2
ENTITATS MUNICIPALS DESCENTRALITZADES	58
ORGANISMES AUTÒNOMS	458
ENTITATS PÚBLIQUES EMPRESARIALS	11
SOCIETATS MERCANTILS LOCALS	247
CONSORCIS	246
MANCOMUNITATS	66

TOTAL: 2.079 actors públics

F) RECAPITULACIÓ: NOMBRE D'ENS LOCALS I PIL A CATALUNYA (abril – 2007)

Primer grup: municipis (946); comarques (41); províncies-diputacions (4); EM (2) i EMD (58). Total: 1051. Relativament estable: procés complex de creació i intervenció actors diversos (executius i legislatius)

Segon grup: consorcis (246); OA (458), EPE (11) i SML (247); mancomunitats (66); Total: 1028. Variable: creats per la decisió d'un sol actor (OA, EPE i SML) o de dos o més (mancomunitats i consorcis).

TOTAL; 2079 entitats públiques locals (xifra indicativa, en *permanent procés de canvi*).

G) PIL I ENTITATS LOCALS A ESPANYA

TAULA 3. Personificacions instrumentals locals a Espanya

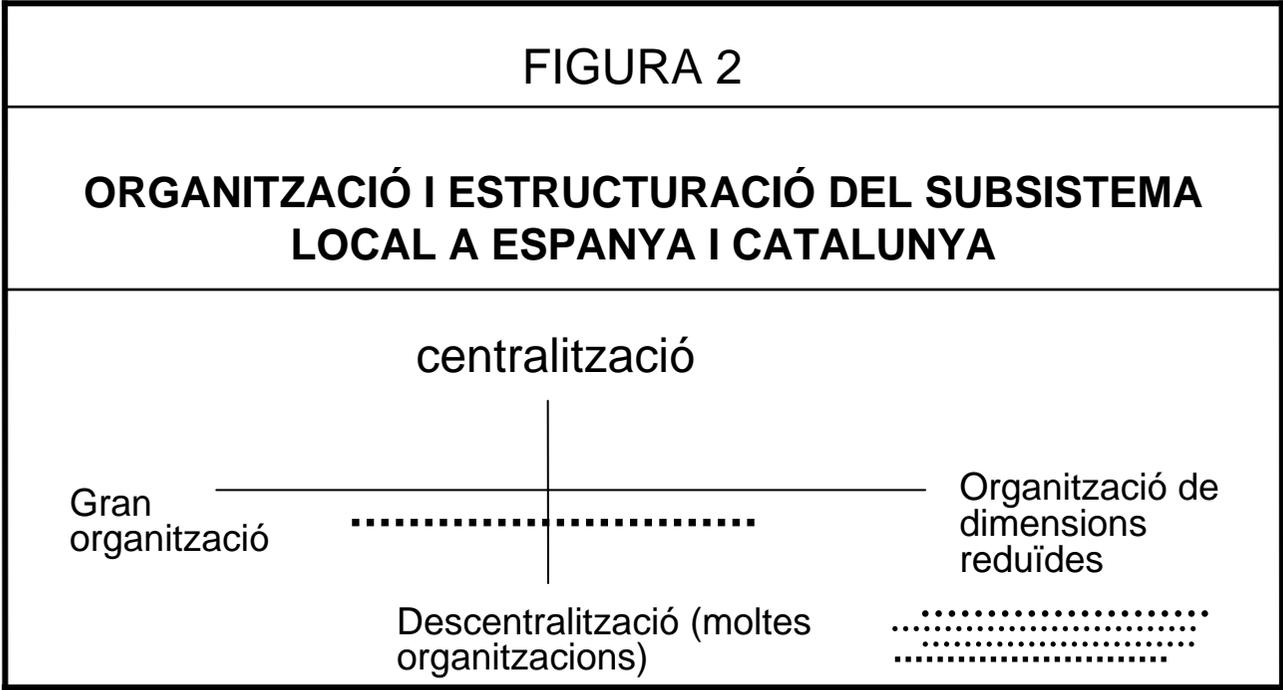
OA	EPE	SM	EMD	Mancomunitats	Consortis	Total
1.876	34	1.227	3.721	1.008	1.055	8.921

Font: www.meh.es, 17.2.2009; Pano.

TAULA 4. Total actors públics locals a Espanya

PIL	MUNICIPIIS	PROVÍNCIES	ILLES	COMARQUES	EM	ALTRES	TOTAL
8.921	8.112	41	11	81	4	22	17.170

Font: www.map.es, 16.4.2009.



Font: elaboració pròpia

3.3. CARACTERITZACIÓ DE LA MULTIPLICITAT

A) ELEMENTS OBJECTIUS.

- Multiplicitat (+2079 actors públics locals)
- Diversitat (946 municipis; 41 comarques; 4 diputacions provincials, 2 EM, i 1086 PIL)
- Heterogeneïtat i les seves causes.

1a. Població en municipis (any 2007).

2a. La distribució de població en el territori:

- 74% en província Barcelona.
- 30,7% en comarca Barcelonès.
- 64% en conurbació Barcelonès, Baix Llobregat, Vallès Occidental, Vallès Oriental i Maresme.

- 113 municipis +10.000 h. (11,9% Catalunya): resideix el 80,8% població catalana.
- 22,1% en ciutat Barcelona.
- 608 municipis (64,3%): -2.000 h.
- 748 municipis (79%): -5.000 h.
- 9,8% en província Girona.
- 5,7% en província Lleida.
- 10,5% en província de Tarragona

3a. Altres causes (termes municipals no homogenis, diferents activitats, configuracions, funcions i estructura distribució població dels municipis).

* Nombre de municipis i població agrupats per trams (2007)

	Fins a 10.000 habitants	Entre 10.001 i 50.000	Més de 50.000 habitants
Nombre de municipis (1)	833 (88,1%)	90 (9,5%)	23 (2,4%)
Població acumulada (2)	1.386.349 (19,2%)	1.865.162 (25,9%)	3.958.997 (54,9%)
TOTAL POBLACIÓ CATALUNYA: 7.210.508 hab.			

(1) Indica el percentatge que representa respecte del total de municipis de Catalunya.

(2) Indica el percentatge que suposa respecte del total de població a Catalunya.

Font: Institut d'Estadística de Catalunya.

ALTRES RAONS DE LA MULTIPLICITAT D'ENS LOCALS

- Disseny jurídicopolític: obligatorietat municipis, províncies i comarques.
- Mapa municipal molt fragmentat i arrelat històricament
- Efecte de lliure disponibilitat i poder de decisió ens locals territorials: creació de les personalitats instrumentals locals (PIL)

B) CONSIDERACIONS

- Tendències organitzatives administracions locals catalanes: 2.079 entitats
 - 1a. Núm. reduït organitzacions complexes: 65 ens, el 3,13% (61 municipis +20.000 h. i 4 diputacions).
 - 2a. Organitzacions semicomplexes: 93 ens, 4,47% (52 municipis +10.000 i -20.000 h. i els 41 consells comarcals).
 - 3a. Organitzacions poc complexes: 1921 ens, el 92,4% (833 municipis -10.000 h. i les PIL).
Subtipus: Organitzacions esquemàtiques: 1330 ens, el 64% (334 municipis -500 h. i majoria de les PIL).

- Funcionament real ajuntaments.
- Pressió de la ciutadania i el seu impacte
- Tensions
 - entre polítics;
 - entre polítics i empleats;
 - entre ajuntament i veïns.
- Disparitat entre obligacions a complir i mitjans per fer-ho (limitada capacitat de gestió).

4. EL FENOMEN DE LES PERSONIFICACIONS INSTRUMENTALS; APROXIMACIÓ QUALITATIVA

4.1. INTRODUCCIÓ

Dimensions quantitatives del fenomen de les PIL, *indicadors alarmants*.

L'anomenat recurs legal a la fugida del dret administratiu li està vedat a les administracions locals.

Creació de la PIL, *decisió organitzativa costosa*: compromet recursos i el seu funcionament revela dificultats:

- Les PIL són entitats públiques i el seu funcionament està sotmès a regles formals; *rigidesa*.
- *Interessos i sensibilitats* no coincidents (ideològics, territorials i municipals).
- Complexitat contractació administrativa, gestió de recursos humans i logística; *capacitat limitada de les PIL*.

a) Problemàtica en la contractació

- Aplicació de la Llei de contractes del sector públic en els 2 primers nivells (art. 3):
 - Administracions públiques/AP (OA, mancomunitats i consorcis).
 - Poders adjudicadors no AP (EPE, societats i fundacions).
 - Excepcionalitat ens públics no poders adjudicadors.
- Complexitat tècnica i juridicoadministrativa de l'expedient de contractació (plecs, memòria, etc).
- Licitació, actuació, si escau, de la mesa de contractació (publicació Butlletí Oficial, recepció propostes, actes d'obertura documentació, informes i proposta d'adjudicació) i resta de tràmits exigits en tot cas.

- Control en l'execució del contracte.

b) Problemàtica en la gestió de recursos humans

Accés i selecció de personal (reclutament extern): complexitat disseny (bases) i execució (tribunals)

Provisió de llocs de treball: complexitat disseny i execució

Relació jurídica d'ocupació que vincula el personal amb la PIL; tipus:

- Funcionari: adscrit (per les administracions matrius) o incorporat (mobilitat).
- Laboral.
- Eventual.

Caràcter: definitiu o temporal

Dificultats per implementar polítiques de personal

- Incentius per incorporar personal experimentat.

- Formació i reciclatge.
- Promoció professional.

c) Problemàtica en l'àmbit de logística

- Prestacions imprescindibles per a la PIL, però de provisió difícil i/o costosa.
- La major capacitat de les administracions matriu, ja sigui per actuar per si mateixa, ja sigui per reduir els *costos de transacció* de les relacions amb altres organitzacions o particulars (Perrow, 1990: 289).
- Treballs o tasques de suport en comunicacions, impremta, reprografia i anàlegs.
- Manteniment d'edificis, subministrament de béns, direcció i execució d'obres, vigilància d'instal·lacions, seguretat i higiene en el treball i protecció de riscos laborals.
- Prestacions derivades de les tecnologies de la informació i la comunicació (TIC); vessants actiu (optimització) i de garanties (protecció de dades personals, LO 15/1999).

4.2. NECESSITAT DE REPLANTEJAR-SE LA FUNCIONALITAT DE LES PIL COM A SOLUCIONS ORGANITZATIVES

a) Les raons que s'addueixen per a la PIL

- Agilitat en la presa de decisions?

Una part dels assumptes requereixen el pronunciament de les administracions matrius: de manera més visible en els OA (pressupost, plantilla, ordenances, etc) i EPE; però apreciable també en consorcis i mancomunitats (ratificació).

- Especialització i personalitat diferenciada?

- Cooperació permanent entre ens locals i PIL (consorci o mancomunitat)?

- Incorporació de representants del sector (OA, EPE i consorci)?.

- Altres raons no confessades (ocupació càrrecs, repartiment àrees de poder i defugir dret públic).

b) Principis clàssics de les teories sobre les organitzacions:

- Tendència inversa a l'atomització, ja per garantir capacitat, ja per reduir els costos de transacció.
- Principi de divisió del treball: especialització de funcions i garanties professionalització.
- Generació d'economies d'escala.
- Optimització de recursos humans i dels mitjans tècnics i econòmics a l'abast.

Problemàtica relacions jurídiques d'ocupació (funcionarial o laboral).

Complexitat tecnologies de la informació i la comunicació (TIC).

4.3. COMPLEXITAT NORMATIVA

Hipernormativisme: normes estatals, generals (TRLCAP, LCSP/2007, L 30/1992, etc.) i locals (L 7/1985, TRLHL/2004, etc.), autonòmiques (TRLCat/2003, ROAS/1995) i del propi ens local.

Problemes d'aplicació de normes:

- Escassetat de regulació de les PIL; majorment aspectes organitzatius i no substancials o materials.
- Tasca continua d'interpretació i transpolació:
 - de l'Administració general de l'Estat i autonòmica catalana a l'àmbit local;
 - de l'ens local territorial (municipi, província o comarca) a la PIL.

- Dubtes permanents sobre els límits de l'autonomia de la PIL, més en el cas de les dependents (OA, EPE i SML), però també sobre les capacitats de les vinculades (consorci i mancomunitat), respecte de les administracions matriu.
- Necessitat de trobar un model i uns criteris-guia.

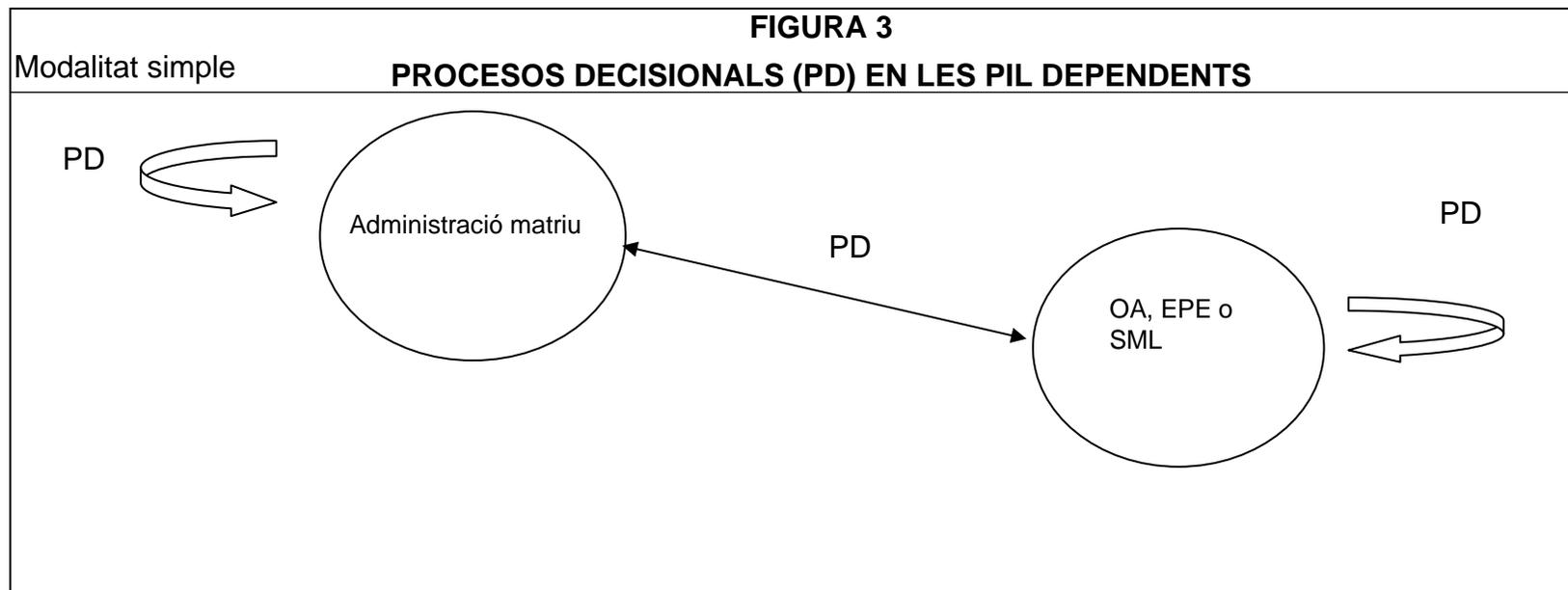
Anàlisi conceptes de competència subjectiva i orgànica, i de les figures de la descentralització, desconcentració i delegació.

4.4. COMPLEXITAT DELS PROCESSOS DECISIONALS DERIVATS DE LA CONSTITUCIÓ I DEL FUNCIONAMENT DELS OA, EPE I SMP

Punt de partida: en una organització pública, tot procés decisonal té una complexitat que li és inherent, i que augmenta en funció del nombre de

- tràmits o fases que han de seguir-se (dimensió objectiva);
- membres o parts que participen en el procés de decisió (dimensió subjectiva).

En el cas de las PIL dependents, més que d'un procés de decisió, s'ha de parlar de *processos decisionals* (fig.3).



ÀMBITS més rellevants sobre els quals es projecta el PROCÉS DECISIONAL:

POLITICOREPRESENTATIU:

- designació persones per als càrrecs unipersonals (presidència i una o més vicepresidències), i per als col·legiats;
- les exigències de la representativitat política (electes i no-electes);
- la incidència del criteri de confiança;
- la projecció de la pluralitat política de la Corporació en el si dels òrgans de govern de la PIL (OA, EPE o SMP);

ECONOMICOPRESSUPOSTARI:

- grau de dependència financera de la PIL respecte de l'administració matriu;
- rendibilitat ingressos de la PIL;
- negociació del pressupost de l'OA (aprovat per l'administració matriu);
- les peculiaritats en la EPE i la SMP

UNITATS FUNCIONALMENT CONNEXES I DEL PERSONAL DE L'ADMINISTRACIÓ MARIU:

- Impacte més notable si es segrega l'activitat que ja exercia l'administració matriu (menor si és nova)
- Recels i competitivitat unitats connexes
- Actituds diverses del personal (des d'inquietuds per la destinació forçosa a la predisposició davant els incentius)

JURIDICORELACIONAL:

- Grau d'autonomia conferida (estatuts de l'OA i l'EPE i facultats de control o tutela que es reserva l'administració matriu: sols les indelegables o més?)
- Evolució al llarg del temps (cicles de centralització i descentralització)

SITUACIONS DE CONFLICTE

- Dimensió jurídica: dificultats dels mecanismes articulats per a relacions amb tercers, no per a OOAA i EPE-Administració matriu (recursos d'alçada i reposició i revisió d'actes), i decisions últimes de l'Administració matriu.

Supòsits: no aprovació per l'Administració matriu de la proposta de la PIL (per ex. un programa d'actuació), o la seva modificació (del projecte de reglament elevat al Ple)

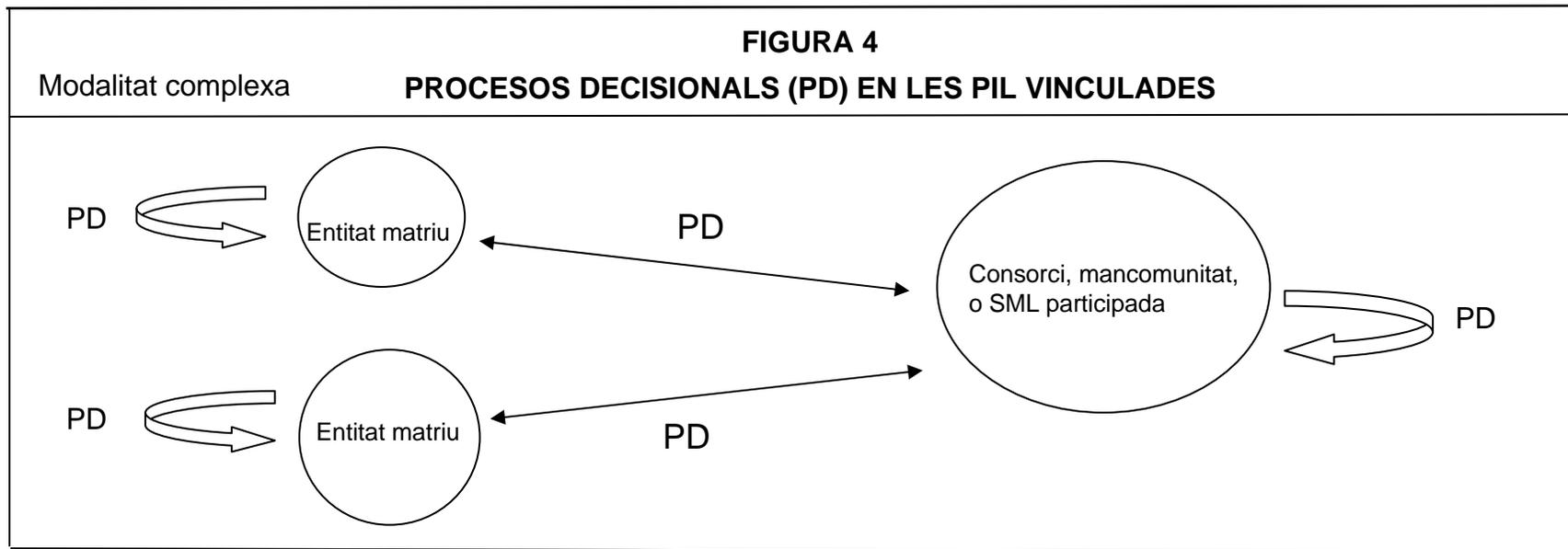
A la PIL li és negat el recurs contenciós administratiu contra els actes de la l'Administració matriu (LJCA/ 1998, 20. c).

- Dimensió política: tensions intraorganitzatives i extraorganitzatives (més encara en OA amb representacions alienes a la Corporació).

4.5. APLICACIÓ DE LA COMPLEXITAT DELS PROCESSOS DECISIONALS A LA PIL CONSTITUÏDA PER DUES O MÉS ENTITATS PÚBLIQUES (CONSORCI I MANCOMUNITAT)

Punt de partida: sengles processos decisionals, un per cada un dels Ens integrants de la nova personificació a més del d'aquesta (fig 4).

Altra perspectiva: el *macroprocés decisional*



Altra perspectiva: el *macro procés decisonal*

Aquests processos tindran una dimensió doble:

- participaran internament de les característiques pròpies dels OOAA i les EPE's com són:

A) Politicorepresentatiu:

- designació persones per als càrrecs unipersonals (presidència i una o més vicepresidències), i per als col·legiats;
- les exigències de la representativitat política (electes i no-electes);
- la incidència del criteri de confiança;
- la projecció de la pluralitat política de la Corporació en el si dels òrgans de govern de la PIL (OA, EPE o SMP).

B) Economicopressupostari:

- grau de dependència financera de la PIL respecte de l'administració matriu;
- rendibilitat ingressos de la PIL;
- negociació del pressupost de l'OA (aprovat per l'administració matriu);
- les peculiaritats en la EPE i la SMP

C) Unitats funcionament connexes i del personal de l'Ad. matriu:

- Impacte més notable si es segrega l'activitat que ja exercia l'ad. matriu (menor si és nova)
- Recels i *competivitat* unitats connexes
- Actituds diverses del personal (des d'inquietuds per la destinació forçosa a la predisposició davant els incentius)

- però trobarem noves variants derivades de la interrelació entre organitzacions públiques.

El cas del consorci com a paradigma d'organització pública amb uns processos decisionals complexos. Manifestacions:

- Negociacions a nivells diferents: intraorganitzatiu i interorganitzatiu (entre els ens consorciats, combinacions diferents).
- Relacions bilaterals (entre el consorci i cadascuna de les administracions matrius), trilaterals, etc.
- Fase preparatòria i de constitució.

Riscos procedimentals (discrepàncies entre els textos dels estatuts aprovats inicialment, períodes d'informació pública no compassats en el temps, reclamacions que provoquen canvis en els estatuts, etc.).

Asimetries quan intervenen ens no locals (Ad. Central i autonòmica o entitats sense ànim de lucre).

Necessitat de *lideratge* d'una de les administracions.

- Fase d'inici: dependència de les administracions matrius i dificultats per començar la gestió autònoma.

Problemàtica per incorporar personal (gerència, tècnics especialitzats i suport administratiu).

Oficialització de la nova PIL (número patronal SS, NIF, etc.).

Dotació d'infraestructures (seu, oficines instal·lacions i resta de mitjans tècnics) i aspectes logístics (seguretat i altres).

- Fase de funcionament:

Tensions en el si del consorci (òrgans col·legiats i entre els òrgans de govern i administració).

Conflictes entre els ens consorciats.

L'extinció com a derivació última del conflicte i el conflicte de l'extinció.

4.6. EL FUNCIONAMENT DELS ÒRGANS I LA PRESA DE DECISIONS EN LES PIL.

4.6.1. ANÀLISI DES DEL PUNT DE VISTA FORMAL

Formalització de les decisions de les PIL: actes jurídics; distinció en funció del règim jurídic.

- SML: normativa juridicoprivada (TRLSA/89, LSRL/95)
- Resta de PIL: normativa juridicopublica (L 7/85, L 30/92 i altres)

Diferenciació entre òrgans unipersonals i col·legiats; principis i tendències:

- Especificitat òrgans col·legiats locals: aplicació legislació local (7/85, 46 i 47, TRLCat, 97 a 114); no aplicació L 30/92 (22 a 27).
- Potestat d'autoorganització desplegada en relació amb els òrgans complementaris (L 7/85, 4.1.a, 20.3 i 32.3)

- Tendència a crear òrgans col·legiats i a configurar-los amb un nombre elevat de membres i competències (raons de representativitat i constreyniments per a la presa de decisions i tramitació d'assumpes).
- Dificultats materials perquè es reuneixin els òrgans (repetició de la representació dels membres electes, en els diferents òrgans col·legiats i dificultats per aplicar la delegació de vot en els de règim juridicopublic, SSTS 30.11.1995-Ar 8947 i 8.2.1999- Ar 1550).
- Aspecte novedós: possibilitat que no electes exerceixin òrgans unipersonals i s'integrin en els col·legiats.
- Conveniència de distribució de competències adient entre òrgans col·legiats i unipersonals.
- Assumpes que requereixen l'aprovació o la ratificació de les Administracions matriu: més amplia en el cas d'OAL i EPEL; variabilitat en funció del grau d'autonomia conferida i dubtes recurrents.

4.6.2. ANÀLISI DES DEL PUNT DE VISTA MATERIAL

a) Tensions en OAL, EPEL i SML:

A més de les característiques generals (tensions entre polítics, entre polítics i empleats, i entre Administracions i ciutadania), altres variants:

- Entre polítics i empleats (dimensions reduïdes i personalització dels enfrontaments).

-Entre responsables de la PIL i la ciutadania: l'apel·lació a l'Administració matriu i a la seva màxima autoritat (President) i l'autonomia de la PIL.

-Els conflictes entre la PIL i altres Administracions.

-Els conflictes d'interessos de les persones que tenen la doble condició de membre dels òrgans de la PIL i dels de l'Administració matriu (1^a modalitat).

b) Tensions en el si de consorcis i mancomunitats.

- Reproducció de les tensions assenyalades, normalment amb més intensitat.
- Supòsit específic del conflicte d'interessos derivat de la dualitat de representacions (2^a modalitat); dimensions de la situació:
 - el dilema personal dels membres sobre quin interès han d'atendre i quin interès ha de prevaler en el moment de la decisió (vot): el de la PIL o el de l'Administració que el va nomenar;
 - la resolució del conflicte vista des de la perspectiva de l'Administració matriu (problemàtica s/ l'ús de mitjans legítims i legals perquè els seus interessos no es vegin perjudicats);
 - rellevància dels aspectes s/autonomia de la voluntat i inadequació del mandat imperatiu en un règim democràtic.
 - la participació dels representants de les entitats sense ànim de lucre en els consorcis i altres PIL.

4.7. FACTORS DE FUNCIONALITAT DE LES PIL

Les consideracions anterior no ens han de portar a negar la possibilitat de crear, en qualsevol cas, les personificacions instrumentals.

En quins casos poden resultar funcionals les PIL? Factors:

- Objecte definit clarament i d'alt contingut tècnic.
- Dimensions significatives quant a mitjans econòmics i personals.
- Alt grau de finançament.
- Constituir un referent com a institució.

5. MILLORES I ALTERNATIVES A LES PIL

5.1. INTRODUCCIÓ

La primera alternativa a la PIL és la no creació de la personificació instrumental.

I cal tornar a recordar els principis sobre les organitzacions:

- Tendència inversa a l'atomització, ja per garantir capacitat, ja per reduir els costos de transacció.
- Principi de divisió del treball: especialització de funcions i garanties professionalització, i generació d'economies d'escala.
- Optimització de recursos humans i dels mitjans tècnics i econòmics a l'abast.

No obstant això,

- Hi ha vegades en què ja s'ha decidit crear la PIL.
- Això pot obeir a raons o compromisos diversos.

Davant d'aquesta situació pot intentar-se:

- Proposar una alternativa a la PIL (supòsits en què es pot respondre als compromisos adquirits);
- Crear la PIL però configurar-la de manera que es limitin les seves disfuncionalitats o contraefectes (coordinació i assistència per l'Administració matriu).

5.2. ORGANIZACIÓ ESPECIAL DESCONCENTRADA (OED)

Funcionalitat: alternativa a OA i EPE (i eventualment a consorci); gerència i consell.

Regulació: L 7/85 (85.3); TR/86 (101 i 102) i ROAS (192-198).

5.3. CREACIÓ D'ÒRGANS DE PARTICIPACIÓ

Dimensions diferenciades:

- Exercici acció de govern, per part dels representants legítimats i amb voluntat de fer-ho (adopció jurídica de la resolució i responsabilitat política).
- Participació d'altres actors en el procés de formació de la política pública.

Funcionalitat: incorporació representació del sector o de la ciutadania (consell assessor com alternativa a OA, EPE o consorci).

Regulació: exercici potestat d'autoorganització, mitjançant desconcentració que exigeix reglament (L 7/85, 4.1. a i 49).

5.4. ELS CONVENIS DE COL.LABORACIÓ

Funcionalitat: alternativa a consorci i mancomunitat

Regulació: L 7/85 (57); ROAS (303-311) i, supletòriament, L 30/92 (6, 7 i 8).

Caràcter voluntari i base negocial: principi d'igualtat i prescripcions sobre relacions interadministratives.

Objectes possibles:

- prestació serveis públics
- exercici d'activitats d'interès comú;
- desenvolupament competències atribuïdes legalment (gestió d'un servei per compte de l'administració titular, delegació, assignació i transferències de funcions o activitats).

Les figures de la comunitat de municipis i la comunitat d'ens locals.

5.5. COORDINACIÓ I ASSISTÈNCIA ENTRE LA PIL I LES ADMINISTRACIONS MATRIU

5.5.1. CONFIGURACIÓ DE LA COORDINACIÓ, criteris:

- Conveniència d'una formulació o disseny de caràcter general.
- Des de la perspectiva jurídicoformal de la PIL, els seus estatuts constitueixen l'instrument idoni per a l'establiment de mesures de coordinació i assistència per l'administració matriu.
- Des de la perspectiva de l'Ad. matriu, les mesures de coordinació i assistència seran adoptades pels òrgans de govern depenent de la seva transcendència (ple, alcalde o president, junta de govern).
- Finalment, un disseny general de la funció de coordinació i assistència de l'Ad. matriu pot formalitzar-se mitjançant la incorporació en el seu Reglament orgànic (RO) dels principis generals de les mesures.

La interiorització dels principis en el RO constitueix la clau de volta del sistema.

5.5.2. L'ENCOMANDA DE GESTIÓ (L 30/1992, 15).

L'objecte de l'encomanda (o encàrrec) de gestió:

- realització d'activitats de caràcter material, tècnic o de serveis de la competència dels òrgans administratius o de les entitats de dret públic que s'encomana a altres òrgans o entitats de la mateixa o de distinta Administració,
- per raons d'eficàcia o quan no es posseeixin els mitjans tècnics idonis per al seu desenvolupament.

Relació entre la PIL i l'Ad. matriu: reconeguda expressament a l'apartat 3 de l'art 15 de la L 30/1992.

5.5.3. LA DELEGACIÓ

Justificació de l'aplicació: per a aquells casos en què l'encomanda resulta insuficient, com ara:

- execució d'obres o prestació de serveis complexos (o que ultrapassin la capacitat de gestió de la PIL),
- i/o que requereixin l'exercici de potestats administratives

Règim jurídic:

- Es configura des de la PIL a favor de l'Ad. matriu (en sentit invers al de les previsions generals; L 7/85, 27.1: de l'Ad. Central o autonòmica a favor del municipi).
- Aplicació analògica previsions normatives (L 30/92, 13 i L 7/85, 27, 37.3, 47.2.h).
- Àmbit necessitat d'aplicació: des del consorci o la mancomunitat, o des dels ens vinculats pel conveni de col·laboració, a favor de l'Ad. matriu (en els casos de l'OA, l'EPE o la SMP, l'Ad. matriu ja està autoritzada per actuar directament).

5.5.4. FORMALITZACIÓ DE LA COORDINACIÓ (Fig. 5)

Previsions genèriques en el Reglament orgànic de l'Administració matriu sobre (per exemple, Reglament orgànic de la Diputació de Barcelona, RODB, annex).

- Coordinació (imperativa) dels organismes autònoms:

- Competències l'aprovació de les quals es reserva l'Ad. matriu (RODB, 44.2)
- Habilitació adopció mesures de coordinació contingents o generals (RODB, 44.5)
- Via excepcional: assumpció per l'Ad. matriu (Ple) de les competències de l'OA (RODB, 44.6).

- Coordinació (voluntària) d'OA, consorcis i altres ens participats:
 - Principis generals sobre l'encomanda de gestió, per configurar la “normativa pròpia” de la qual en parla la L 30/92, 15.3 (RODB, 45), el que permet desplegar-la amb resolucions al llarg del temps (RODB 45.3).
 - Altres mesures d'assistència: adhesió de la PIL a les que habilita l'Ad. matriu (RODB, 46.1) i sol·licitud específica (RODB, 46.2).

Previsions correlatives en els estatuts de l'organisme autònom (p.e., Institut del Teatre de la Diputació de Barcelona, Estatuts, 28, 29, 30 i 31, annex)

Desplegament mitjançant acords i resolucions.

FIGURA 5

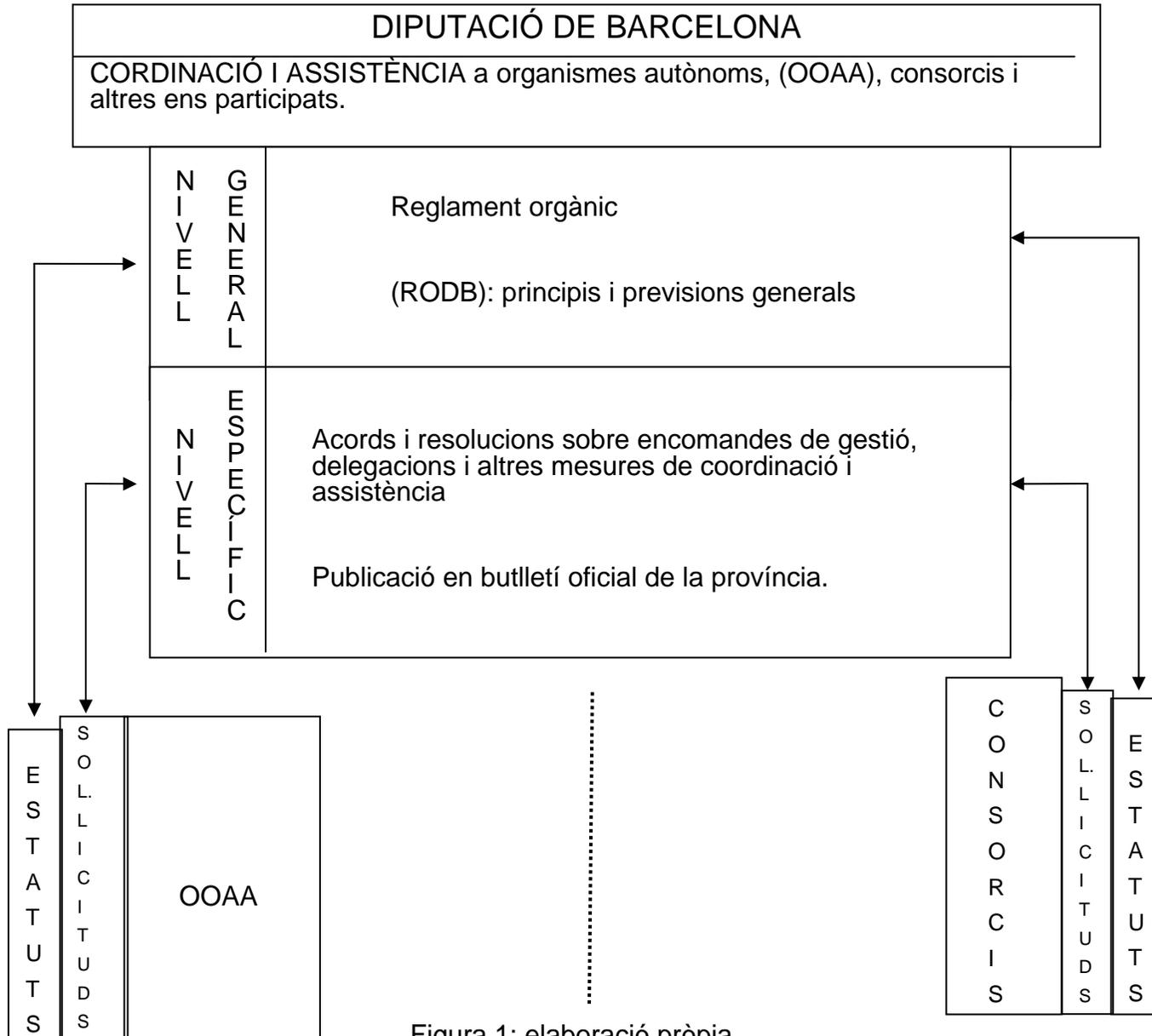


Figura 1: elaboració pròpia

6. RECAPITULACIÓ

- Dimensions quantitatives del fenomen de les PIL, *indicadors alarmants*.
- L'anomenat recurs a la fugida del dret administratiu li està vedat a les administracions locals.
- Creació de la PIL, *decisió organitzativa costosa*: compromet recursos i el seu funcionament revela dificultats.
- Necessitat d'exhaurir les alternatives: gestió directa, organització desconcentrada i convenis de col·laboració.
- Cooperació i consens entre ens locals, però això no ha de comportar sempre la creació d'un consorci.
- Codecisió no exigeix necessàriament cogestió.
- Defugir estructures rígides i potenciar mecanismes i instruments flexibles de relació: actuacions en xarxa i concertació de voluntats.
- Coordinació i assistència de les administracions matriu a les PIL instituídes.

7. BIBLIOGRAFIA

BARQUERO, J.M. (1998): “La organización de las administraciones locales para el ejercicio de sus competencias de gestión tributaria”. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 276.

CASTILLO BLANCO, F.A. (2009): “Mitos y realidad del personal propio al servicio de los organismos autónomos locales”. *Revista española de derecho administrativo*, núm. 141. Madrid.

DE LA CUÉTARA, J.M.; VILLAR, F.J.; BERNARDOS, J.; BORDON, E.; HERNÁNDEZ, F.; MOLINA, C. (1991): *Introducción a los Servicios Locales. Tipos de prestación y modalidades de gestión*. Madrid. MAP.

DE ASÍS, A.E (2001): “Las Gerencias de Urbanismo. Marco Jurídico General. Estructura, Competencia y funcionamiento”. Ponencia de las jornadas *Modelos de gestión urbanística: gerencias de Urbanismo y empresas municipales de suelo*. Federación Española de municipios y Provincias. Madrid, 24 y 25 d'octubre de 2001.

ENTRENA, R (1983): *Curso de Derecho Administrativo II (Organización administrativa)*. Madrid. Tecnos.

GARRIDO FALLA, F.; FERNÁNDEZ PASTRANA, J.M. (2000): *Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas (un estudio de las leyes 30/1992 y 4/1999)*. 3ª. Ed. Madrid. Cívitas

GONZALEZ PEREZ, J.; GONZALEZ NAVARRO, F. (1999): *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*. Vol I i II. Madrid. Civitas.

LLISET BORRELL, F.; LLISET CANELLES, A. (1995): *Obres, activitats i serveis dels ens locals*. Barcelona. Bayer.

MALARET, E. (1993): *Público y privado en la organización de los Juegos Olímpicos de Barcelona 1992*. Madrid. Cívitas.

- MAGIDE HERRERO, M (2000): *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*. Madrid. Ministerio de Administraciones Públicas. INAP.
- MARTÍNEZ-ALONSO, J. L. (1998): “L’organització territorial i els governs locals a Catalunya.” A: CAMINAL, M. i MATAS, J. (eds). *El sistema polític de Catalunya*. Barcelona. Tecnos/Ed. Universitat de Barcelona/S. Publicacions Universitat Autònoma de Barcelona.
- MARTÍNEZ-ALONSO, J.L. i T. YSA (2003a): *Les personificacions instrumentals locals a Catalunya: organismes autònoms, consorcis, mancomunitats i societats públiques*. Barcelona. Col·lecció “Estudis”, 17. 2a ed. Escola d’Administració Pública de Catalunya.
- MARTÍNEZ-ALONSO, J.L. i T. YSA (2003b): *Las personificaciones instrumentales locales en Cataluña: organismos autónomos, consorcios, mancomunidades y sociedades públicas*. Madrid. Instituto Nacional de Administración Pública (INAP) y Escola d’Administració Pública de Catalunya (EAPC).

MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L. (2004): “Las personificaciones instrumentales y la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local”. En FONT LLOVET, T.: *Anuario del Gobierno Local 2003*, Barcelona. Madrid. Fundación Democracia y Gobierno Local.

MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L. i E. PANO (2006): “Personificacions instrumentals locals”. A: MAGRE FERRAN, J. (Ed): *Informe de l'Observatori de Govern Local*. Barcelona. Fundació Carles Pi i Sunyer d'Estudis Autonòmics i Locals.

MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L. (2007): “Medidas de mejora en el funcionamiento de las personificaciones instrumentales para la gestión de los servicios públicos locales”. *Revista de Estudios Locales*, núm. extraordinari-juliol 2007.

MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L.(2007): *Los servicios públicos locales: concepto, configuración y análisis aplicado*. Barcelona. Bayer Hnos, S.A.

MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L. (2008): “Serveis públics (I): introducció i prestació directa”. A: GIFREU I FONT, J. i J.R. FUENTES I GASSÓ: *Règim jurídic dels governs locals de Catalunya*. València: Tirant lo Blanc.

MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L. i E. PANO (2009): “Personificacions instrumentals locals”. A: MAGRE FERRAN, J. (Ed): *Informe de l'Observatori de Govern Local - 2007*. Barcelona. Fundació Carles Pi i Sunyer d'Estudis Autonòmics i Locals. En premsa.

NIETO, E. (1997): *El Consorcio Administrativo*. Barcelona. Cedecs.

PERROW, Ch. (1999): *Sociología de las organizaciones*. Mèxico. McGraw-Hill.

QUINTANA, T. (1991): “La desconcentración de los Municipios”.
Documentación Administrativa, núm. 228.

TIMON, M. (1997): “Els Consorcis com a Administració Instrumental Mixta” En: FONT, T. Coordinador. Dret local: Ordenances, activitats i serveis públics. Barcelona. Marcial Pons/Ed. Universitat de Barcelona/S. Publicacions Universitat Autònoma de Barcelona.

Barcelona, abril 2009

J. L. Martínez-Alonso Camps
Director dels Serveis de Secretaria
de la Diputació de Barcelona i
Professor associat de la Universitat
de Barcelona



MODELO DE OCUPACIÓN PÚBLICA Y PERSONIFICACIONES INSTRUMENTALES



MODELO DE OCUPACIÓN PÚBLICA Y PERSONIFICACIONES INSTRUMENTALES

- ORÍGEN HISTÓRICO
- STC 99/1987
- LEY 23/1988
- FUNCIONARIOS/LABORALES
- PERSONALIDAD JURÍDICA ÚNICA



MODELO DE OCUPACIÓN PÚBLICA Y PERSONIFICACIONES INSTRUMENTALES

- EBEP :
 - CARACTERÍSTICAS :**
 - PRINCIPIOS GENERALES
 - ELEMENTOS COMUNES
 - NORMA BÁSICA
 - GRUPO NORMATIVO
 - ARQUITECTURA :**
 - ÁMBITO APLICACIÓN
 - MODELOS PROPIOS
 - NORMAS ESPECIALES
 - ELEMENTOS COMUNES :**
 - SERVICIO
 - IGUALDAD, MÉRITO Y CAPACIDAD
 - SOMETIMIENTO LEY Y DERECHO
 - IGUALDAD TRATO
 - PROFESIONALIDAD
 - EFICACIA GESTIÓN Y PLANIFICACIÓN
 - DESARROLLO
 - TRANSPARENCIA
 - EVALUACIÓN
 - JERARQUÍA
 - NEGOCIACIÓN
 - COOPERACIÓN



MODELO DE OCUPACIÓN PÚBLICA Y PERSONIFICACIONES INSTRUMENTALES

- ORGANIZACIÓN Y PERSONAL
- FUNCIÓN ADMINISTRATIVA Y ACTIVIDAD ECONÓMICA
- RESERVA DE POTESTADES
- LIMITACIÓN ECONÓMICA



MODELO DE OCUPACIÓN PÚBLICA Y PERSONIFICACIONES INSTRUMENTALES

- RÉGIMEN ORGANIZATIVO LOCAL
- RÉGIMEN COMÚN
- GRANDES CIUDADES



MODELO DE OCUPACIÓN PÚBLICA Y PERSONIFICACIONES INSTRUMENTALES

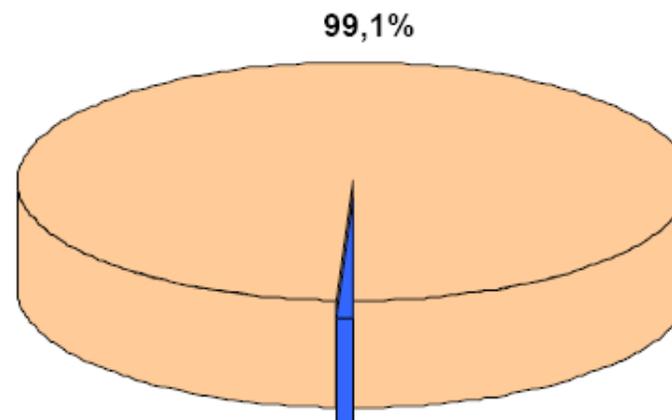
PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ENTIDADES QUE INTEGRAN LA ADMINISTRACIÓN LOCAL : AYUNTAMIENTOS Y DIPUTACIONES/CABILDOS/CONSEJOS INSULARES*

Julio 2008

Número de efectivos %

FUNCIONARIOS CON HABILITACIÓN DE CARÁCTER ESTATAL	5.561	0,9
RESTO DE PERSONAL	614.386	99,1
TOTAL	619.947	100,0

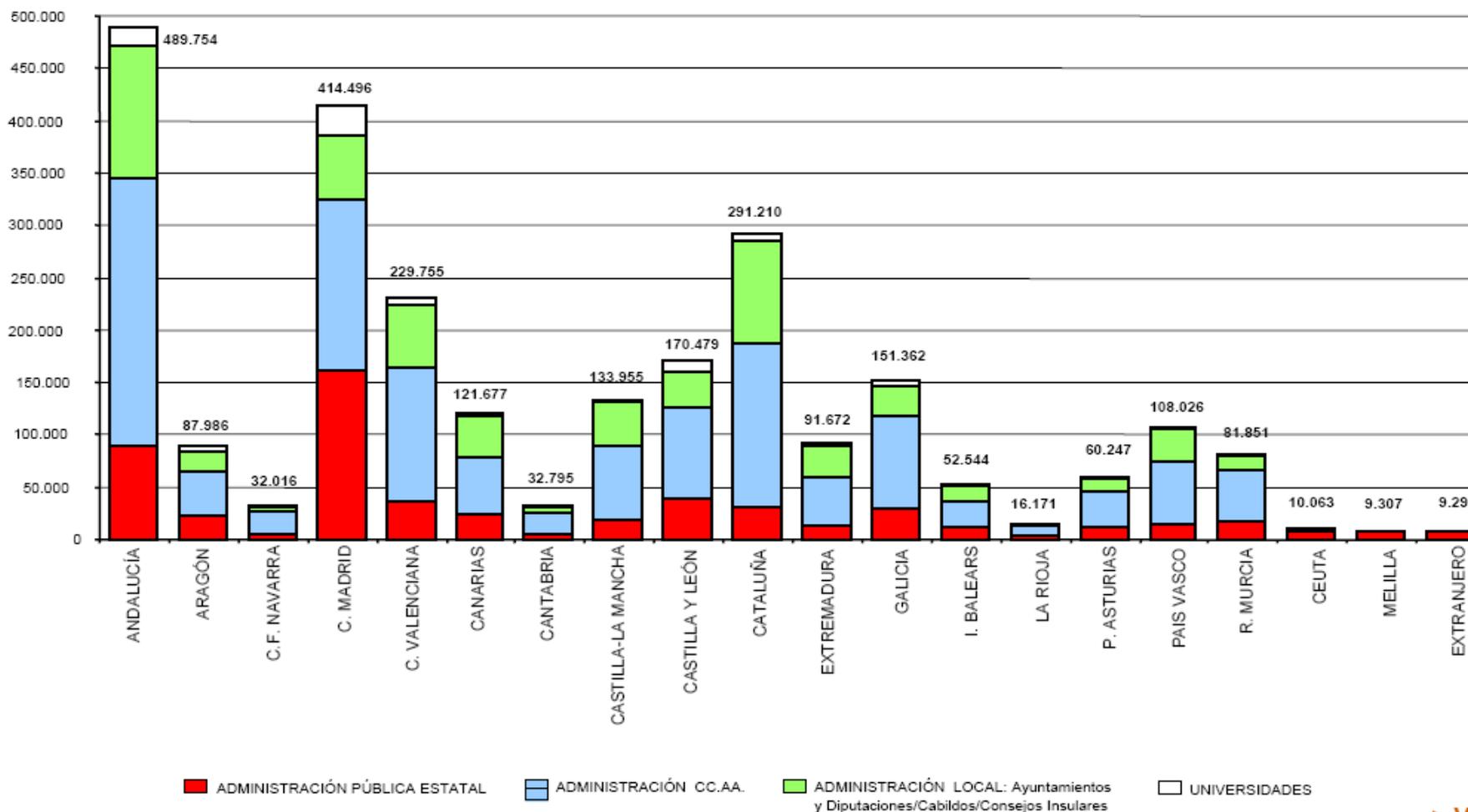
-  FUNCIONARIOS CON HABILITACIÓN DE CARÁCTER ESTATAL
-  RESTO DE PERSONAL



MODELO DE OCUPACIÓN PÚBLICA Y PERSONIFICACIONES INSTRUMENTALES

GRÁFICO DE LA DISTRIBUCIÓN TERRITORIAL DE EFECTIVOS POR ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS

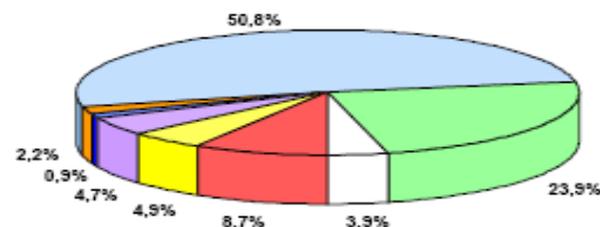
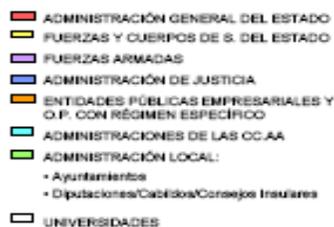
Julio 2008



MODELO DE OCUPACIÓN PÚBLICA Y PERSONIFICACIONES INSTRUMENTALES DISTRIBUCIÓN DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Julio 2008

	Número de efectivos	%
-ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ESTATAL	557.363	21,4
- Administración General del Estado	225.834	8,7
- Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado	128.261	4,9
- Fuerzas Armadas	122.779	4,7
- Administración de Justicia	24.470	0,9
- Entidades Públicas Empresariales y Organismos Públicos con régimen específico	56.019	2,2
-ADMINISTRACIONES DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS	1.316.683	50,8
- Consejerías y sus OO.AA.	250.239	9,7
- Área de la Docencia no Universitaria	524.200	20,2
- Instituciones Sanitarias Sistema Nacional de Salud	482.765	18,6
- Administración de Justicia	36.557	1,4
- Fuerzas de Seguridad	22.922	0,9
-ADMINISTRACIÓN LOCAL	619.947	23,9
- Ayuntamientos	536.175	20,7
- Diputaciones/Cabildos/Consejos Insulares	83.772	3,2
-UNIVERSIDADES	100.671	3,9
TOTAL	2.594.664	100,0
- Agencias Estatales (Ley 28/2006)	11.757*	

ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO	Nº efec.	%
Ministerios y OO.AA. y Áreas vinculadas	224.205	99,3
• Ministerios y OO.AA.	136.403	60,4
• Docencia no Universitaria	6.609	2,9
• Centros Penitenciarios	20.779	9,2
• Seguridad Social (Entidades Gestoras y Servicios Comunes)	30.769	13,6
• Patrimonio Nacional	1.462	0,7
• Agencia Estatal Administración Tributaria	28.192	12,5
Instituciones Sanitarias S. Social ²	1.629	0,7
Total	225.834	100,0



MODELO DE OCUPACIÓN PÚBLICA Y PERSONIFICACIONES INSTRUMENTALES

Rafael Catalá Polo

ÍNDICE

1. El Personal Laboral al Servicio de la Administración Pública	1
2. Personal Laboral. Marco de Actuación y Contratación	2
El marco de actuación del derecho laboral.....	2
La problemática específica de la contratación en el ámbito local	2
3. Personalidad Jurídica Común y el Derecho Laboral	3
El problema de la personalidad jurídica única y el Derecho laboral.....	3
4. Estatuto Básico del Empleado Público	4
La arquitectura jurídica del EBEP.....	5
a) Ámbito de aplicación coextenso para funcionarios y personal laboral.	5
b) Conformación de modelos propios.	5
5. Organización y Personal	6
La facultad organizativa de las respectivas Administraciones se ha conformado sobre la base del principio general de autonomía	6
Un problema adicional: la inexistencia de una línea clara de división entre la función administrativa, estrictamente considerada, y la función de las Administraciones Públicas en la iniciativa económica	7
6. Limitación de la capacidad organizativa desde las políticas de gasto.	8

1. El Personal Laboral al Servicio de la Administración Pública

Durante algún tiempo el régimen laboral se presentó como la alternativa al régimen de Derecho público de carácter estatutario que regía la regulación jurídica de los funcionarios públicos. Aunque las reformas normativas nunca llegaron a avalar el cambio es lo cierto que la opción produjo, de facto, el claro fenómeno consistente en el incremento real de las plantillas de personal laboral de los órganos públicos. Como característica más importante debe indicarse que dichas plantillas contenían puestos de trabajo de toda índole, de forma que no existía una delimitación funcional entre el personal laboral y el personal funcionario al servicio de las Administraciones Públicas.

Esta circunstancia fue reconducida por la STC 99/1987 de 11 de junio, que enjuició, con carácter general como se ha analizado en el Capítulo I, la constitucionalidad de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública y respecto al tema aquí planteado y en relación con el artículo 15 de aquella, precisó que el sistema de función pública por el que opta el legislador constitucional español de 1978 es el de derecho público y no el de régimen laboral. Esto da origen a la Ley 23/1988, de 28 de julio, que modifica la Ley 30/1984, de 2 de agosto, precisamente para adaptar sus prescripciones a la Sentencia del Tribunal Constitucional que acaba de analizarse.

Desde el punto de vista de lo que aquí se está analizando, la Ley 23/1988 intenta zanjar la polémica sobre el ámbito posible de actuación del personal laboral al servicio de la función pública indicando que éste sólo puede prestar servicios en: —los puestos de naturaleza no permanente y aquéllos cuyas actividades se dirijan a satisfacer necesidades de carácter periódico y discontinuo; —los puestos cuyas actividades sean propias de oficios, así como los de vigilancia, custodia, porteo y otros análogos; —los puestos de carácter instrumental correspondientes a las áreas de mantenimiento y conservación de edificios, equipos e

instalaciones, artes gráficas, encuestas, protección civil y comunicación social, así como los puestos de áreas de expresión artística y los vinculados directamente a su desarrollo, servicios sociales y protección de menores; —los puestos correspondientes a áreas de actividades que requieran conocimientos técnicos especializados, cuando no existan cuerpos o escalas de funcionarios cuyos miembros tengan la preparación específica y necesaria para su desempeño; —los puestos de trabajo en el extranjero con funciones administrativas de trámite y colaboración y auxiliares que comporten manejo de máquinas, archivos y similares. Este artículo fue objeto de una nueva adición por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y de orden social, que incluye en el ámbito de los puestos de trabajo que pueden ser provistos por personal laboral los de apoyo administrativo.

Desde esta consideración cabe señalar que el régimen laboral como alternativa organizativa de la función pública debe entenderse abandonada ya que, según establece el propio Tribunal Constitucional el modelo por el que opta el artículo 103.3 de la Constitución es precisamente un modelo de derecho público y de carácter estatutario.

El planteamiento anterior justificaría la negación del fenómeno y probablemente haría inútil la continuación de la presente exposición, ya que el marco legal para el personal laboral en la Administración Pública es realmente estrecho y marcadamente restrictivo. Sin embargo, la evolución que en los últimos años está sufriendo el sector público, en su conjunto, nos llevan a indicar que el proceso laboralizador lejos de estar arrumbado aparece ahora con mayor fuerza aunque por una vía diferente. Los datos estadísticos indicados demuestran palpablemente esta realidad.

2. Personal Laboral. Marco de Actuación y Contratación

El marco de actuación del derecho laboral

La lectura de lo anterior nos permite indicar que este ámbito coextenso entre funcionarios y laborales asimétrico y heterogéneo se inserta en el marco clásico de permitir a las organizaciones una cierta capacidad de opción y, por tanto, de elección entre una y otra categoría jurídica con el límite, por tanto, del ejercicio de potestades públicas que constituye el ámbito funcional reservado a los funcionarios públicos y donde, por tanto, no es posible la designación de personal laboral. Es cierto, eso sí, que esta capacidad de opción se establece, por lo que a la Administración Local se refiere en dos momentos: uno, el del propio EBEP cuando establece la reserva del ejercicio de potestades a los funcionarios públicos y, otro, en el ejercicio de la competencia que le atribuye el artículo 11. 2. del EBEP cuando señala que <<... Las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto establecerán los criterios para la determinación de los puestos de trabajo que pueden ser desempeñados por personal laboral, respetando en todo caso lo establecido en el artículo 9.2...>>.

Pero, más allá, de esta determinación inicial es lo cierto que la determinación del conjunto del régimen jurídico del personal en cuestión plantea algunas referencias diferenciales que se plasman en el artículo 7 del EBEP cuando determina que <<...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...>>.

Desde esta perspectiva podríamos indicar que se produce una regulación del régimen jurídico en la que operan de una forma simultánea dos grupos normativos: por un lado, el derecho laboral y la normativa convencional que pudiera derivar del mismo y por otro los preceptos del EBEP cuando así lo dispongan los mismos.

En orden a intentar explicar la relación entre ambos vectores y en el marco de una interpretación sistemática podríamos indicar que la aplicación se produce, en primer término, con las normas de Derecho público que proceden del EBEP siempre que las mismas contengan expresamente una aplicación al “empleado público” y, por las normas de Derecho Laboral – necesario y convencional- en el resto la relación jurídica.

La problemática específica de la contratación en el ámbito local

Llegados a este punto podemos centrarnos en la problemática de la contratación en el ámbito local que, en realidad, presenta alguna peculiaridad adicional pero que en el fondo no hace sino añadirse a la problemática que venimos analizando.

La aproximación a esta problemática comienza por recordar que el personal funcionario de las Entidades Locales aparece dentro de la regulación que se contiene en el EBEP con dos referencias. La primera, en el artículo 2.2. cuando establece el ámbito de aplicación territorial del EBEP e incluye dentro de las Administraciones a las que el mismo se aplica a <<las Administraciones de las Entidades Locales>>. La segunda, se indica en el artículo 3º en el que se indica que <<...1. El personal funcionario de las Entidades Locales se rige por la legislación estatal que resulte de aplicación, de la que forma parte este Estatuto y por la legislación de las Comunidades Autónomas, con respeto a la autonomía local...>>.

Estas menciones, como puede apreciarse, no hacen referencia alguna al personal laboral de lo que se deduce que la voluntad del legislador del EBEP ha sido que en este ámbito no existan diferencias respecto de la regulación que, con carácter general, se establece para este personal. Siendo esto así resultará de aplicación lo dispuesto en el artículo 7 del EBEP cuando señala que <<...el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se rige por los preceptos de esta Ley que así lo dispongan, por la legislación laboral y por los convenios colectivos aplicables...>>. Los términos de esta remisión ya han sido analizados y, desde luego, admiten toda clase de valoraciones salvo la de indicar que conforman un régimen jurídico sencillo y sin matices.

Es claro, por tanto que el esquema organizativo es relativamente sencillo: personal funcionario (conforme a un estatuto peculiar) y personal laboral (conforme al estatuto general aplicable a todas las Administraciones Públicas).

En este estado de cosas la cuestión que inmediatamente surge es la intentar aclarar cómo se conforma el estatuto peculiar aplicable al personal de las Entidades Locales. Una interpretación literal del artículo 5º del EBEP nos lleva a indicar que la voluntad del legislador es la establecer un conglomerado normativo que, en el citado artículo, no merece para el legislador la necesidad de su priorización. De hecho la simple lectura del precepto transcrito nos indica que la voluntad es la aplicación primaria del EBEP por la sencilla razón de que es esta la norma que se coloca en primer lugar en el esquema de fuentes, pero a continuación remite – sin indicar si lo es con carácter supletorio o concurrente- a la legislación básica del régimen local y a las normas de las Comunidades Autónomas. Esta remisión no impediría, en el plano teórico, que las normas de régimen local contuvieran referencias al empleo público y, en lo que aquí interesa, al personal laboral máxime cuando es posible la utilización en esa sede de la competencia derivada del artículo 194.1.7.

3. Personalidad Jurídica Común y el Derecho Laboral

El problema de la personalidad jurídica única y el Derecho laboral

La contratación en régimen de Derecho laboral viene planteando en el ámbito de la Administración Pública un claro problema derivado de las unidades de contratación. Nos referimos al hecho de que los contratos son suscritos —sin duda por influjo de la forma de compromiso que deriva de la Ley de Contratos del Sector Público— por cada Departamento Ministerial o ente personificado con capacidad de comprometerse en Derecho. El resultado final es que frente a la tesis general de la personalidad jurídica única de la Administración Pública que se encontraba ya en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y que se recoge ahora de forma indubitada en el apartado 4. del artículo 3.º de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de LRJAP, cuando indica que «cada una de las Administraciones Públicas actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única», en el ámbito laboral la personalidad jurídica no es única, sino que es únicamente la del contratante.

Este hecho deriva, como antes indicábamos, de una serie difusa de circunstancias, entre ellas la confusión entre personalidad jurídica y órgano de contratación, por un lado y, por otro, los procedimientos del derecho laboral y la propia consideración de los órganos de contratación como empresas individualizadas.

La problemática que, en el plano gestor se deriva del hecho anterior es notablemente compleja, especialmente, en épocas de fuerte crisis económica y, además, de profundas reestructuraciones en el ámbito organizativo de la Administración en general. La intercomunicabilidad del personal por razón de la «empresa» de pertenencia, la incomunicabilidad de las ofertas y de los procesos de promoción interna, la existencia de esquemas que permitan, incluso, de forma exclusivamente voluntaria la prestación de servicios idénticos para empresas diferentes dentro de la misma Administración y, por tanto, dentro del mismo fenómeno de personificación condiciona claramente las capacidades de cambio y adaptaciones de la Administración a las nuevas necesidades. Es necesario indicar cómo este sistema choca con el del derecho funcional en la que se acepta sin condicionantes que el funcionario lo es, como regla, de la

Administración en su conjunto y no de ninguno de sus órganos en concreto, todo ello, claro está, con independencia, de que por virtud de la forma y del sistema de provisión de puestos de trabajo, el hecho pueda ser matizado en algunos supuestos.

La configuración de los distintos órganos administrativos de una misma Administración como «empresas» diferenciadas, con procesos productivos claramente separados y, en último término, sometidos en exclusiva a un ámbito de dirección perfectamente reconocible e identificable es hoy, a nuestro juicio, un hecho bastante dudoso en el ámbito de las Administraciones Públicas actuales y está basada en elementos accesorios o coyunturales cuya subsistencia debería plantearse.

El problema ha sido detectado hace ya algún tiempo y así Sala Franco proponía la aplicación al ámbito de las Administraciones Públicas de la teoría de los grupos de sociedades por entender que aspectos tales como la «caja única», la dirección única o la viabilidad de la prestación simultánea o sucesiva de servicios para uno o varios de esos empresarios justificaban suficientemente su consideración como grupo de empresas, aún cuando, como indica López Gómez nuestra jurisprudencia mantiene el principio de independencia y no comunicación entre las sociedades, en nuestro caso, entidades públicas integradas en el grupo, cuestión esta que se aprecia ya desde la STS de 3 de marzo de 1984 que niega la aplicación de la teoría del «levantamiento del velo» de la personalidad y ha imputado las diferentes responsabilidades al respectivo órgano contratante.

4. Estatuto Básico del Empleado Público

Podemos indicar que la publicación del EBEP constituye uno de los hitos más trascendentes en materia de ordenación de la función pública y, probablemente, la culminación de uno de los problemas pendientes en la Administración Pública española para conseguir un nuevo marco moderno y actual de funcionamiento de la misma.

Se trata de una norma que nace con la condición de norma básica, esto es, pensada para aplicarse al conjunto de las Administraciones Territoriales que componen la estructura del Estado. No obstante es necesario adelantar que esta condición ha sido administrada por el legislador con suma prudencia hasta el punto de poderse afirmar que supone un cambio radical en la conformación de la potestad organizatoria de las distintas Administraciones Públicas que encuentran en el mismo su régimen esencial.

Como características centrales del Estatuto podemos referirnos a las siguientes:

- Establece los principios generales aplicables al conjunto de las relaciones de empleo público, empezando por el de servicio a los ciudadanos y al interés general, ya que la finalidad primordial de cualquier reforma en esta materia debe ser mejorar la calidad de los servicios que el ciudadano recibe de la Administración.
- Contiene aquello que es común al conjunto de los funcionarios de todas las Administraciones Públicas, más las normas legales específicas aplicables al personal laboral a su servicio. Partiendo del principio constitucional de que el régimen general del empleo público en nuestro país es el funcional, reconoce e integra la evidencia del papel creciente que en el conjunto de administraciones públicas viene desempeñando la contratación de personal conforme a la legislación laboral para el desempeño de determinadas tareas. En ese sentido, el Estatuto sintetiza aquello que diferencia a quienes trabajan en el sector público administrativo, sea cuál sea su relación contractual, de quienes lo hacen en el sector privado.
- En tanto normativa básica parte de la consideración del amplio proceso de descentralización administrativa que ha tenido lugar durante las últimas décadas por lo que proyecta, finalmente, un esquema no uniforme en la conformación de las respectivas burocracias territoriales. Las Administraciones Territoriales adquieren un amplio margen de maniobra en la conformación de sus respectivos modelos de organización del empleo público.
- El EBEP es el vértice de un grupo normativo más amplio y complejo que corresponde definir al conjunto de Administraciones. En desarrollo de este Estatuto Básico, el legislador estatal y el de las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, habrán de aprobar o modificar las leyes de función pública de sus Administraciones, así como las normas aplicables a la Administración local, respetando en este último caso la autonomía organizativa de las entidades

locales. Dichas leyes podrán ser, asimismo, generales o referirse a sectores específicos de la función pública que lo requieran.

En sintonía con lo que anteriormente se ha indicado en relación con la asimetría entre las referencias organizativas y de empleo público, el EBEP no contiene una referencia mínima a los aspectos organizativos. Se limita a indicar el régimen jurídico del personal funcionario o del personal laboral relegando a las respectivas normas de organización la determinación de cuando un puesto de trabajo debe ser servido en una u otra condición jurídica.

La arquitectura jurídica del EBEP.

En la situación descrita en el apartado anterior se produce la publicación del EBEP cuyas líneas generales, a los efectos de lo que aquí se analiza, podemos centrar en las siguientes:

a) Ámbito de aplicación coextenso para funcionarios y personal laboral.

Sin duda es esta una de las líneas centrales del EBEP. Tiene su reflejo en el artículo 1º del mismo cuando indica que "...1. El presente Estatuto tiene por objeto establecer las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos incluidos en su ámbito de aplicación. 2. Asimismo tiene por objeto determinar las normas aplicables al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas...".

Se trata, como estamos indicando, de señalar algunos principios y reglas comunes que, después, deben ser objeto del correspondiente desarrollo por parte de las Administraciones competentes que, formalmente, puede llegar a establecer un verdadero modelo propio de función pública.

La inclusión de ambos colectivos en un mismo Texto legal es, sin duda, una opción ya conocida en nuestro Derecho de la función pública. De hecho es el que ya se traduce en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio del Sector Público. No obstante esta falta de novedad, es lo cierto que se trata de una cuestión llamada a ser compleja y, probablemente, a ser zanjada por el Tribunal Constitucional.

Es claro, no obstante, que la ubicación en el plano de los principios comunes y no de mezcla en los esquemas de organización y desarrollo de las respectivas funciones públicas hace que el debate sea menor y, desde luego, de menor intensidad que el que traduce en el planteamiento previo de la STC 99/1987.

b) Conformación de modelos propios.

La arquitectura del denominado EBEP no es sencilla. De hecho la propia opción por un EBEP y no por un estatuto (que es la expresión contenida en el artículo 103.3 de la CE) introduce un primer factor de complejidad porque nos obliga, por tanto, a construir este concepto desde una perspectiva constitucional. A nuestro juicio esta perspectiva constitucional exige integrar las distintas categorías de funcionarios. Así el artículo 2.3º del EBEP indica que "el personal docente y el personal estatutario de los servicios de salud se regirán por su normativa específica y supletoriamente por lo dispuesto en esta Ley".

De esta forma podemos indicar que el concepto estatuto será para el personal general el EBEP y para los que conforman los regímenes especiales su propio Estatuto. Podemos por tanto indicar que la opción de conformación constitucional es dual: un régimen general que se plasma en el EBEP y una serie de regímenes especiales que constituyen para los colectivos incluidos en las mismas su primer nivel normativo de aplicación con preterición del efecto directo del EBEP que solo resulta aplicable de forma supletoria.

Fuera de esta doble entrada en la conformación del modelo es lo cierto que el artículo 6º del EBEP prevé una clara opción: el establecimiento de modelos propios hechos sobre la base de los elementos materiales que suponen los principios comunes que se establecen en el EB. Así lo indica cuando señala que <<...en desarrollo de este Estatuto, las Cortes Generales y las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas aprobarán, en el ámbito de sus competencias, las leyes reguladoras de la función pública de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas...>>.

Desde esta perspectiva podemos indicar que el papel que están llamadas a cubrir estas normas que se habilitan en el artículo 6º es doble. Por un lado, desarrollarán el modelo que para el denominado personal general se prevé en el EBEP y, de otro, tendrán el grado de desarrollo que habiliten las normas que configuran los estatutos especiales y que por la misma dinámica que ahora se hace explícita en el EBEP no

puede agotar el papel regulatorio ni gestor que corresponde a las Comunidades Autónomas en el esquema previsto en el artículo 149.1.18 de la CE.

Es evidente que lo anterior puede producirse tanto con normas únicas que incluyan un desarrollo sobre la base de ambos títulos (régimen general y regímenes especiales) o bien realizarse sobre la base de normas diferenciadas.

5. Organización y Personal

El análisis del régimen jurídico de la gestión de cualquier colectivo de empleados públicos, exige, en estos momentos, efectuar un conjunto de prescripciones y delimitaciones, fruto de un Ordenamiento Jurídico ciertamente complejo en la determinación del régimen jurídico de las Administraciones Públicas. En el presente apartado se trata de analizar un elemento de tensión casi remanente cual es el del régimen del personal y de la organización administrativa.

De esta forma podemos adelantar que uno de los problemas centrales que se aprecian en la organización pública española – con carácter general y, al margen, por tanto, de la Administración respectiva – es la diferente configuración, en términos constitucionales, de la potestad organizativa y de la regulación del empleo público lo que ha conducido a una formulación no sincrónica que se percibe ante cualquier cambio normativo. En este punto parece necesario adelantar que mientras la regulación del empleo público tiene o busca una mínima referencia común ex EBEP para el conjunto del empleo y para el conjunto de las Administraciones Públicas, la potestad organizativa se inserta en el régimen propio de cada organización y, por tanto, no tiene ni busca una regulación mínimamente común.

Desde esta perspectiva podemos indicar que el artículo 137 de la Constitución de 1978 indica que <<...El Estado se organiza territorialmente en municipios, provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de los respectivos intereses...>>. Esta formulación se completa, como nos recuerda Entrena Cuesta <<respecto de los municipios en el artículo 140 y en cuanto a las provincias en el artículo 141.2. Por otra parte, es sabido que el artículo 2 reconoce el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones, en ejercicio del cual podrán acceder a su autogobierno conforme al artículo 143 y siguientes...>>

La facultad organizativa de las respectivas Administraciones se ha conformado sobre la base del principio general de autonomía

Se ha entendido que una de las manifestaciones de la autonomía es, precisamente, la estructuración interna, la propia capacidad de decidir la forma y la manera en la que se articula su organización. Así lo recuerda Parejo cuando señala que <<...en la medida que en toda organización precisa contar, como condición para su viabilidad y permanencia, con una cierta disposición sobre su propia estructura y funcionamiento, a toda organización es inherente – desde el momento de su existencia y en distinto grado ...- la potestad organizativa en tanto que potestad <<reflexiva>> y <<doméstica>>..Con todo, es tradicional la idea, que aún posee gran fuerza inercial, de la disposición por el poder ejecutivo, a partir de la Constitución, de una amplia potestad organizativa propia, que puede ejercer a través de disposiciones de rango reglamentario independientes de la ley. Huelga decir que, en semejantes construcción, está inscrita la naturaleza discrecional de dicha potestad. Como resulta de la precedente exposición sobre el orden consuetudinario referida a la organización de poder público, es claro que la aludida idea carece de cualquier encaje en la CE, lo que es natural, toda vez que, como acabamos de señalar, la potestad de organización carece de entidad definida propia: esta potestad carece de estatuto constitucional diferenciado, rigiendo para ella el general de las potestades administrativas que nos consta...>>.

A partir de esta esquema intenta Santamaría Pastor una delimitación del alcance de la potestad organizativa que resume en la siguiente manera :

<<...1º.- La creación, modificación y extinción de entes públicos se encuentra afectada de una reserva de ley, material y forma, bastante amplia: las Comunidades Autónomas (art.81, 146 y 151 CE) y las Provincias (art.141) han de ser necesariamente creadas por ley (estatuto y ley Orgánica, respectivamente...>>

2º.- La potestad dirigida a la creación, modificación y extinción de órganos se halla viene, en nuestro vigente Derecho positivo supeditada entre la ley y el reglamento, si bien con claro predominio del segundo...>>.

Sobre la base de estas consideraciones teóricas podríamos indicar, por tanto, que la potestad organizatoria se presenta en nuestro Ordenamiento Jurídico directamente ligada a la propia capacidad de un ente o una organización de señalar sus formas de estructuración para la consecución de sus fines. Esta facultad se atribuye, en unos casos, de forma incondicionada – en el plano normativo- y, en otras vinculada a la utilización de una determinada forma legal para su ejercicio, todo ello en función de la propia naturaleza del órgano y de los esquemas de habilitación legal para el ejercicio de esta potestad. Como anteriormente se ha indicado esta concepción nos sitúa ante esquemas y formas propios de cada una de las Administraciones Públicas. Las referencias comunes se deben únicamente a la decisión propia y la capacidad de imitación que suele ser propio de las Administraciones Públicas.

A modo de conclusión podríamos, por tanto, indicar que mientras el título competencial que se inserta en la autonomía y en la organización administrativa se concibe como pleno en materia de régimen de empleo público la competencia se escinde entre la normativa básica que corresponde al Estado y la de desarrollo y formulación de modelos propios que corresponde a las respectivas Comunidades Autónomas

Esta falta de sincronía entre los títulos competenciales ha propiciado, en términos históricos, una situación ciertamente compleja y caracterizada por la incidencia de las decisiones organizativas sobre el régimen jurídico real de empleo público. Podemos indicar que, en esencia, lo que se ha producido, esencialmente, es una detracción o reducción de la proyección general del régimen jurídico del empleo público por medio de la potestad organizatoria que ha podido sustraer parcelas del empleo público a la regulación general por la sencilla técnica de excluir la regulación.

Un problema adicional: la inexistencia de una línea clara de división entre la función administrativa, estrictamente considerada, y la función de las Administraciones Públicas en la iniciativa económica

Uno de los elementos de mayor dificultad en la conformación del modelo de organización viene de la indefinición del papel de la Administración Pública o, para ser más exactos, de la posibilidad de que la misma realice- muy a menudo con las mismas formas organizativas- un papel netamente diferenciado. Nos referimos a la función administrativa, estrictamente considerada, que encuentra su amparo en el artículo 103 de la Constitución y la actividad empresarial que es posible realizar ex artículo 128 de la CE que, como es sabido, <<reconoce la iniciativa pública en la actividad económica>>.

Es evidente que el estatus real de realización de ambas funciones no puede considerarse homogéneo ni en el Texto constitucional ni, sobre todo, en el ámbito del Derecho Comunitario. Como mínima e inicial referencia podríamos indicar que mientras la actividad administrativa está presidida por el presupuesto público y la solidaridad y financiación puramente presupuestaria (incluso de los déficit) en la segunda de las actividades es cada vez más perceptible un entorno de gestión caracterizado por la igualdad de reglas del mercado, la prohibición de ayudas de financiación y la realización de la actividad en términos de competencia.

Las dificultades en lo que aquí nos interesa se presentan en la idea de que dos actividades que tienen una función y una filosofía diferenciadas no encuentran un reflejo en las formas de organización produciendo, muy a menudo, una confusión que no resulta esclarecedora ni identificativa de la verdadera función. Esto es consecuencia de “la libertad de formas” que es uno de los atributos esenciales de la organización pública española.

Es cierto, sin embargo, que esta aplicación del principio de libertad de formas está siendo impugnado en sede doctrinal. Señala, sobre este punto, Parejo que <<...de acuerdo con el orden constitucional, existencia básicamente dos estatutos de la organización y la actividad del poder público administrativo con ámbitos en principios diferenciados: el acotado por el artículo 128.2 CE para el supuesto de iniciativa pública en la actividad económica (fundamentalmente en concurrencia con la actividad de los agentes económicos privados) y el señalado en el artículo 103.1 CE, ya citado, para todo lo demás. Quiere esto decir que la potestad organizatoria de las Administraciones Públicas aparece constitucionalmente limitada en los siguientes términos: las entidades que se crean en el ámbito del artículo 128.2 CE pueden y deben tener como regla, forma jurídico-privada y su actividad puede y debe quedar sujeta al Derecho privado (no así el acto mismo de su creación que- en cuanto producido por una Administración- está sometido al Derecho administrativo); las restantes entidades, cuya creación sólo puede obedecer ya al mejor servicio del interés general en los términos del artículo 103.1 CE pueden y deben adoptar forma jurídico-pública y regirse, en su actividad, por el Derecho Administrativo...>>.

Esta clara diferenciación conceptual no tiene en nuestra legislación un reflejo evidente por la sencilla razón de que la utilización del derecho privado y de las fórmulas organizativas de éste han penetrado en nuestra organización sin poder establecerse una línea clara en su utilización. La “reserva” al Derecho Público de la actuación administrativa no se ha consolidado en nuestra organización y eso ha hecho que una parte de la actividad pública que debería nuclearse en el marco del artículo 103 de la CE se confunda, por la utilización de las mismas formas de organización que las que se corresponden con el Derecho Privado y con la actuación en el ámbito del artículo 128.2 de la CE.

Esta confusión no es buena en ninguno de los ámbitos que componen la gestión pública porque tienden a proyectar las características esenciales de un modelo sobre el otro. De esta forma si, por ejemplo, la inamovilidad en el empleo puede ser un elemento central de la organización del empleo público no tiene porque serlo cuando la Administración actúa en el marco de la iniciativa económica pública donde el elemento central debe ser la rentabilidad. Pero esta proyección y difuminación del respectivo régimen jurídico y de los principios esenciales que deben inspirarlo desde el ámbito público están servidos si las formas organizativas son las mismas y pertenecen a la misma propiedad.

6. Limitación de la capacidad organizativa desde las políticas de gasto.

Las referencias que se han hecho en el apartado anterior nos sitúan ante un entorno de limitación genérica de la capacidad organizativa con el establecimiento de mínimos directamente establecidos por el Estado, referidos al régimen de función pública cuyo objeto es, establecer un marco homogéneo de función pública que, no debe olvidarse, puede resultar justificado porque va destinado a más de 8.000 centros de decisión con una problemática ciertamente diferenciada.

En este marco se contempla en los últimos tiempos y desde una perspectiva constitucional, la previsión constitucional, como hemos indicado, del establecimiento de un régimen jurídico básico de la función pública, de un lado, y la prevista en el artículo 149.1.18, en relación con las bases de régimen local (en cuanto régimen de las Administraciones Públicas una limitación adicional), con la procedente de las normas de gasto público y del marco general de estabilidad presupuestaria en particular. Es cierto que esta última limitación es inespecífica pero su mismo carácter hace que sea proclive a recaer sobre aquellas partes del gasto público que revisten un carácter más estructural y menos contingente.

En este punto es necesario recordar que el tema de autonomía financiera de la que la presupuestaría no es sino un reflejo es abordado por todos como parte integrante de la autonomía local. Alonso Más indica, sobre este punto, que <<lógicamente, sin un mínimo de autonomía financiera la autonomía de las entidades locales sería puramente ficticia. Si no existe capacidad de disposición sobre el propio gasto, mediante la aplicación de los ingresos a las finalidades públicas priorizadas en cada caso por la propia entidad, difícilmente podrá hablarse de autogobierno local; y las competencias propias quedarán en una pura declaración nominal...>>

Situados ya en este plano podemos indicar, a su vez, que la limitación procedente de la regulación del gasto público, se concreta, sucesivamente, en dos momentos y normas diferenciadas. El primero, el que limita o “concuerta” en estos procedimientos en lo que se ha venido a llamar el techo de gastos en el incremento retributivo anual.

El segundo, es ya de un carácter más general y afecta a la propia potestad de gasto. De esta forma si el primer límite se refiere, como acabamos de ver, al hecho puntual del incremento anual de las retribuciones y lo es en función del título general de planificación económica e igualdad de definición del estatuto de los funcionarios públicos.

La aplicación del citado límite permite algún margen de maniobra, en la práctica, utilizando la potestad organizativa y propiciando una clasificación y ordenación de los puestos de trabajo que realmente permita que el personal local tenga unas condiciones de trabajo – en lo retributivo – que pueden ser netamente mejores que las del resto de funcionarios al servicio de las Administraciones Públicas.

Lo que ocurre, en síntesis, es que utilizando la potestad organizatoria en la clasificación inicial de los puestos y aprovechando, por tanto, el establecimiento de un esquema de entrada, potencialmente diferente, exento de inmisión real del Estado (dado que la potestad organizatoria es consustancial a la autonomía que a las entidades locales otorga el artículo 137 de la Constitución Española) se podía conseguir la superación del tope de gasto establecido con carácter general.

L'anomenada fugida del dret administratiu ha implicat l'aparició d'un univers de personificacions jurídiques de tipus instrumental, que, sota el paraigua d'una entitat local matriu, actuen com a instruments de gestió de determinats serveis i polítiques públiques. Aquest fet permet ampliar l'acció social i econòmica de l'Administració mitjançant fórmules que intenten acostar-se al dret privat. La premissa que ho ha fonamentat ha estat aconseguir una eficàcia més gran i la disminució i/o l'eliminació de determinades càrregues procedimentals, per tal de permetre una operativitat millor en l'actuació de l'Administració pública.

Una de les perspectives des de les quals podem analitzar aquesta situació és la de la gestió i la regulació de les condicions de treball dels empleats que presten serveis en aquestes personificacions instrumentals, si bé, amb caràcter previ, cal abordar l'anàlisi de quina tipologia i característiques de models i institucions jurídiques estem tractant, ja que el seu aspecte és divers i plural en el nostre entorn local.

Som conscients que la realitat de les nostres administracions locals és molt diversa i que, en la majoria dels casos, hi ha una gestió centralitzada per part de les unitats gestores de recursos humans de la pròpia corporació, alhora que s'acostumen a produir transvasaments importants de persones entre l'entitat matriu i els ens instrumentals, amb les dificultats que aquestes situacions generen, pel que fa als sistemes de provisió, règims jurídics d'aplicació, condicions laborals, etc.

Així doncs, l'objectiu d'aquesta sessió serà tractar, en primer lloc, quin és l'escenari del nostre país respecte a la realitat de les personificacions instrumentals presents i quines peculiaritats presenten en cada cas, per permetre, en segon lloc, endinsar-nos en l'anàlisi més profunda de les condicions del model d'ocupació pública vigent en l'àmbit del personal laboral i funcionari al servei d'aquestes institucions.

M. Carme Noguer

Directora del seminari i cap de Recursos Humans
de l'Ajuntament de Manlleu

3^a

sessió

08/07/09

La incapacitat temporal: règim jurídic i aplicació pràctica en la funció pública local

El règim jurídic de la incapacitat temporal.

Carmelo Palomero, director provincial de l'Institut Nacional de la Seguretat Social.

Les potestats de control de l'ocupador durant el procés d'IT: el sotmetiment a control mèdic voluntari i/o obligatori durant aquest període.

Carolina Gala, professora titular de dret del treball i de la Seguretat Social

Viabilitat de l'aplicació de la millora voluntària en la prestació establerta per al règim general durant el procés d'incapacitat temporal dels funcionaris locals.

Fernando Alonso, assessor jurídic de la Diputació de Barcelona

El règim jurídic de la incapacitat temporal i la prestació econòmica que porta aparellada –dins el marc de l’acció protectora del règim general de la Seguretat Social– i les millores establertes en aquesta prestació –fruit de la negociació col·lectiva o d’una pràctica molt estesa en les nostres administracions locals– seran els aspectes que centraran l’anàlisi en aquesta sessió del Seminari, juntament amb l’abordatge de la qüestió relativa a les potestats de control de l’Administració –en la seva qualitat d’ocupador– durant el procés d’incapacitat temporal dels empleats públics.

Aquesta sessió tindrà un caràcter marcadament pràctic, amb la vocació de resoldre els dubtes i les inquietuds que s’han produït en els darrers mesos al voltant del règim jurídic i de la quantia econòmica de la prestació derivada de la incapacitat temporal, de manera que s’analitzaran els aspectes relatius a:

- El règim jurídic de la incapacitat temporal en el marc del règim general de la Seguretat Social, fent especial incidència en l’anàlisi de les situacions protegides; els beneficiaris; els requisits; el naixement, la durada, la pèrdua o suspensió i l’extinció del dret i la quantia que correspon percebre en qualitat de prestació econòmica derivada d’aquest procés.
- La facultat de l’Administració local per exercir actuacions de seguiment i control dels processos d’incapacitat temporal dels empleats públics al seu servei, fent especial incidència en la possibilitat d’obligar l’empleat en aquesta situació a sotmetre’s a revisions mèdiques complementàries per verificar l’existència justificada d’aquest procés i la seva necessària continuïtat en el temps.
- La viabilitat jurídica d’introduir mecanismes que signifiquin un increment de la prestació econòmica establerta legalment per als funcionaris inclosos en el règim general de la Seguretat Social.

M. Carme Noguer

Directora del seminari i cap de Recursos Humans de l’Ajuntament de Manlleu

Seminari d'Actualització en Funció Pública

Federació de Municipis de Catalunya (FMC)

Incapacidad Temporal

**durada, pròrrogues, prestacions, persones que tenen dret a
percebre-la, organisme gestor i control**

***Auditori de l'IDEC
c/Balmes, Provenza
Hora: 10 a 11 hores***

Barcelona 8 de julio 2009

¿ Qué ?

¿ Quién ?

¿ Quienes ?

Incapacidad temporal

¿ Hasta cuando ?

¿ Cómo ?

¿ Porqué ?

Nueva normativa:



Ley 40/2007 , de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social

Modifica diversos artículos de la LGSS :



Incapacidad Temporal

- Art. 128.1
- Art. 131.bis
- Art. 222.1

**Prórroga de la prestación
Período de calificación de la Incapacidad Permanente
Concatenación ente la IT y el desempleo**



O.M. 13-10-1967

Evaluación y reconocimiento de la situación de incapacidad

- Competencia del INSS

- Regulación:

Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio por el que se desarrolla , en materia de incapacidades laborales del sistema de Seguridad Social , la **Ley 42/1994** , de 30 de diciembre de Medidas Fiscales , administrativas y de orden social y su normativa de desarrollo: **OM de 18 de enero de 1996**.

- Atribuye y unifica en el INSS todas las competencias que en materia de incapacidad permanente tenían atribuidas el INSS, INSALUD e IMSERSO.
- Suprime las UVAMIS y constituye los **Equipos de Valoración de Incapacidades (EVI)** . Se precisa una Resolución de la Secretaría General para la Seguridad Social

Excepción: En Cataluña no han sido constituidos los EVI

- Regulación

Disposición Transitoria única del Real decreto 1300/1995, de 21 de julio

Hasta que se constituyan los EVIS, el procedimiento para la declaración de la Permanente se regirá por lo establecido en el Real decreto 2609/1982, de 23 de Septiembre y la **OM de 23 de noviembre de 1982**.

- ICAM (ICS)
- CEI (INSS)

La IT se concederá al personal activo en los mismos términos y condiciones que los previstos en el Régimen General.

De acuerdo con la disposición transitoria 5ª.

(Artículo 6º RD 480/1993 de 2 de abril)

La prestación económica por IT derivada de CC se reconocerá y abonará por

Las Corporaciones locales

que tengan a su cargo el personal activo que se integre

(Disp Transitoria quinta, número 5 RD 480/93)

Nuevo personal a partir 1/04/93

Tiene el mismo tratamiento que el personal de cualquier empresa.

IT cc →

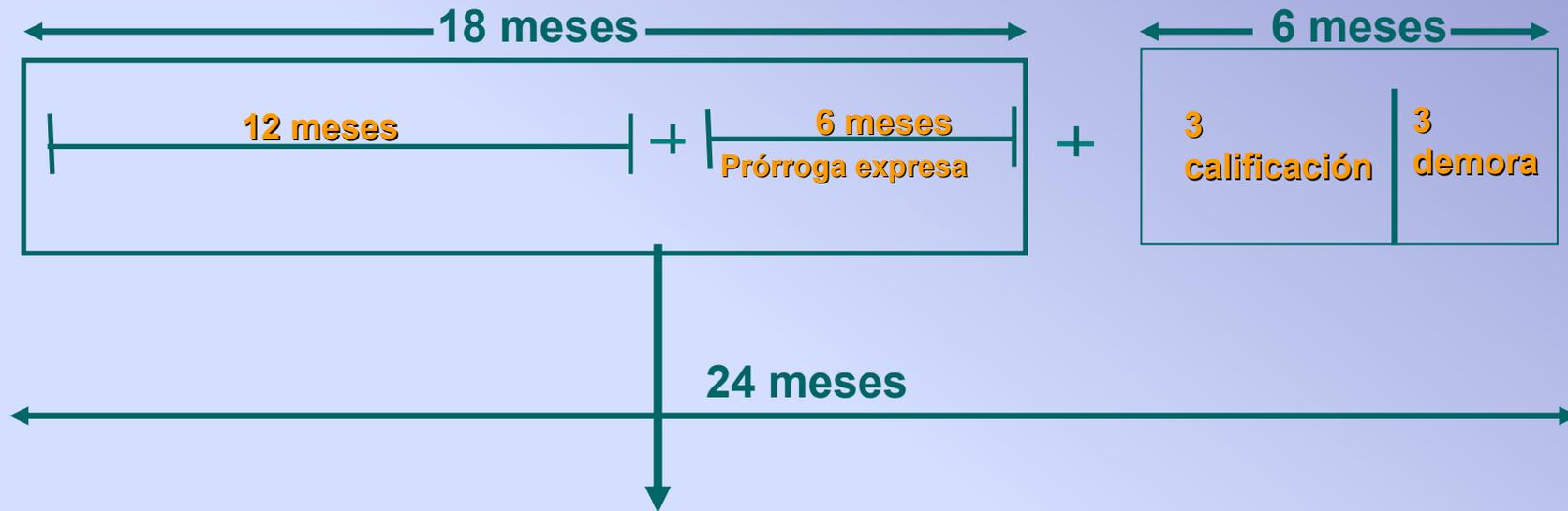
- con la DP INSS
- con una Mutua AT/EP
- colaboración voluntaria

AT / EP →

- con la DP INSS
- con una Mutua AT / EP

AYUNTAMIENTOS: personal integrado 1/04/93

La IT se abonará por las Corporaciones Locales



en el mes 12

La DP INSS debe pronunciarse sobre

La PRÓRROGA

Personal integrado en 1.04.93

Control IT para pronunciarse sobre la prórroga (Artic. 128)

El Ayuntamiento en el **mes 11** de IT deberá comunicar a la DP INSS los datos siguientes:

- ❖ Nom i Cognoms del treballador o treballadora
- ❖ Número d'afiliació a la Seguretat Social
- ❖ DNI
- ❖ Domicili del treballador/a i telèfon, a l'efecte de la citació a reconeixement davant l'ICAM (Institut Català d'Avaluacions Mèdiques)
- ❖ Data de baixa mèdica
- ❖ Data d'esgotament dels 12 mesos de IT (computant possibles recaigudes)

Així mateix, heu de presentar els documents següents:

- ❖ Comunicat mèdic de baixa (en cas de recaigudes: comunicats d'alta i de baixa mèdiques corresponents als processos acumulats)
- ❖ Comunicats de confirmació del mes 11 de la IT
- ❖ Informe mèdic de la situació actual.

El trabajador / funcionario será citado a reconocimiento médico ante el ICAM .

La DP INSS dictará resolución: - **alta médica**

- **propuesta de IP**

- **prórroga expresa IT**

Concepto:

La situación, debida a enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador

reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo

con una duración máxima de 12 meses, prorrogables por otros 6, cuando se presuma que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta por curación

(art. 128.1.a LGSS.)

Premisas

La enfermedad o el accidente
La incapacidad funcional para el trabajo
La percepción de asistencia sanitaria

Hecho determinante

La pérdida transitoria de las aptitudes para desarrollar las tareas propias del puesto de trabajo



Elementos que definen la Incapacidad Temporal

1. Necesidad de asistencia sanitaria (baja médica)
2. Impedimento o incapacidad para el trabajo.
3. Duración limitada (temporalidad) de la situación de incapacidad que se concreta en:
 - Duración máxima inicial de **12 meses**.
 - Prórroga por **seis meses** más, cuando exista un pronóstico razonable de que en el transcurso de este plazo pueda ser “dado de alta médica por curación”.

Personal laboral:

- La situación de Incapacidad Temporal es una causa de suspensión del contrato de trabajo

Personal funcionario:

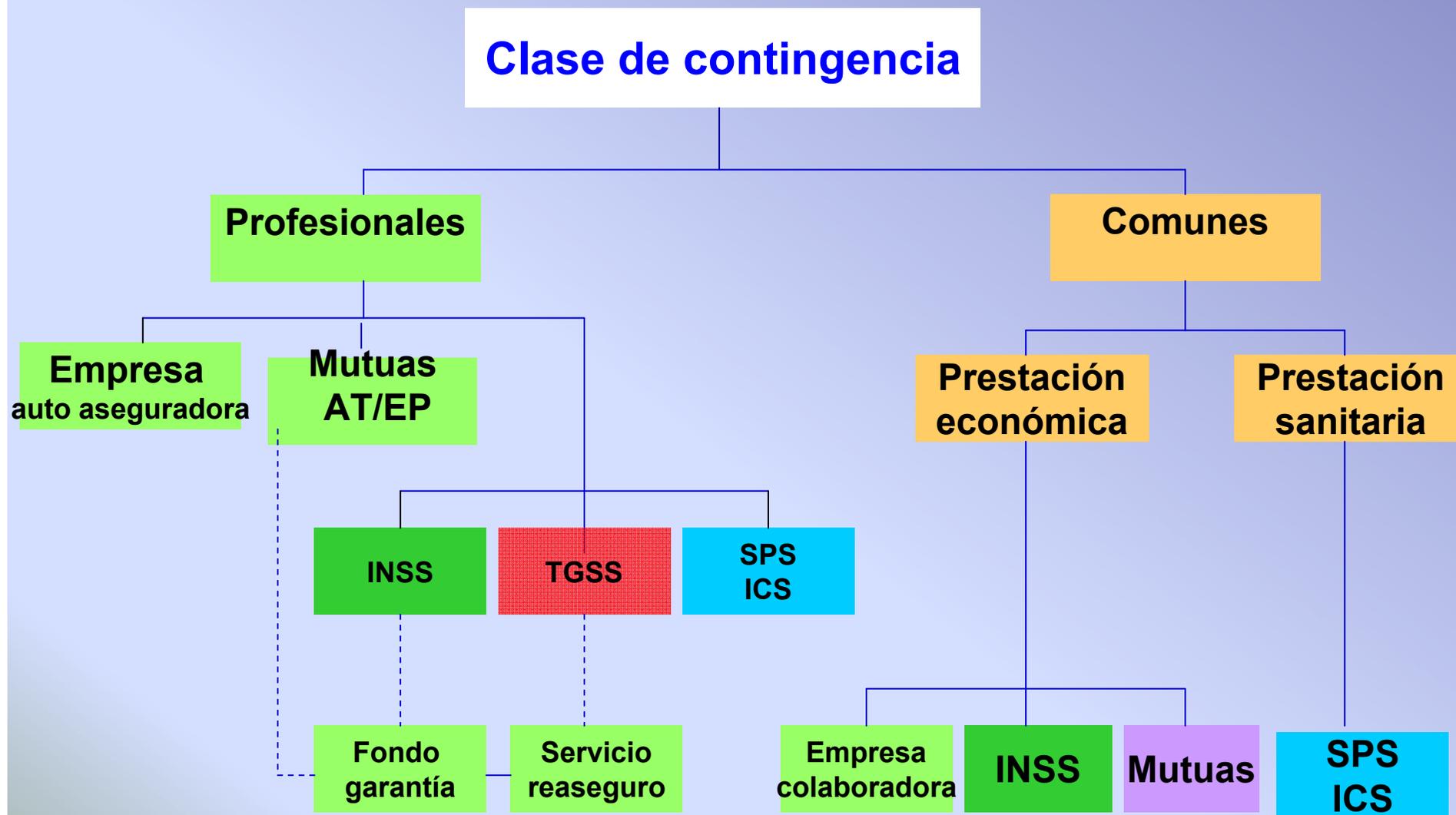
- La IT es una causa de licencia

- Exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo
- Durante su duración las empresas continúan manteniendo el alta y la cotización del trabajador y le abonan la prestación en régimen de pago delegado
- La obligación de cotizar se mantiene hasta:
 - ✓ Extinción relación laboral
 - ✓ Agotamiento de los 18 meses en situación de IT
 - ✓ Alta médica con propuesta de Incapacidad (período de calificación) salvo extinción de la relación laboral o agotamiento 18 meses.

Contingencias protegidas

Los requisitos de acceso, la intensidad protectora y la gestión de las prestaciones de IT dependerán de la contingencia de la que se deriva, que puede ser:

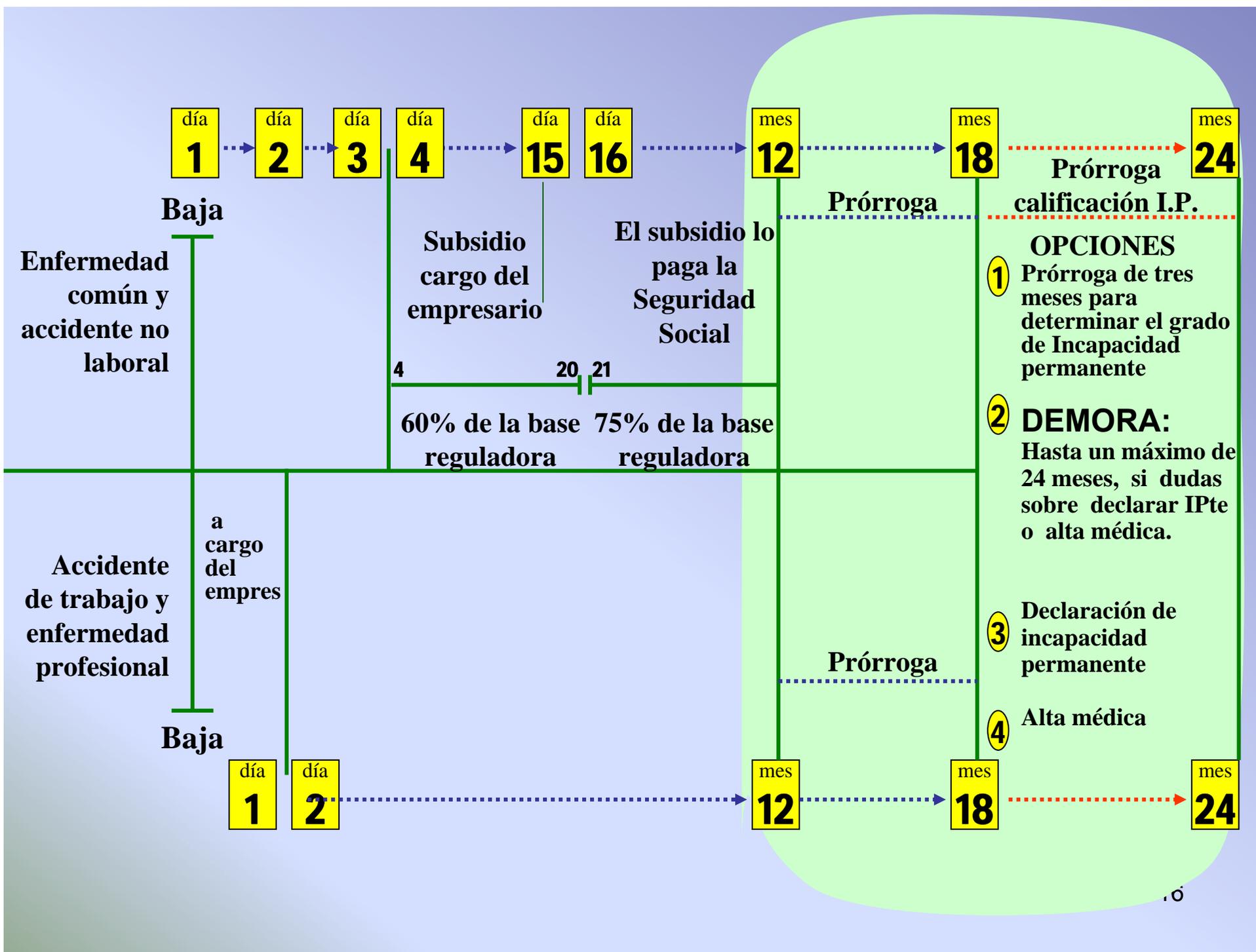
CONTINGENCIAS PROTEGIDAS			
COMUNES		PROFESIONALES	
enfermedad común	accidente no laboral	accidente de trabajo	enfermedad profesional



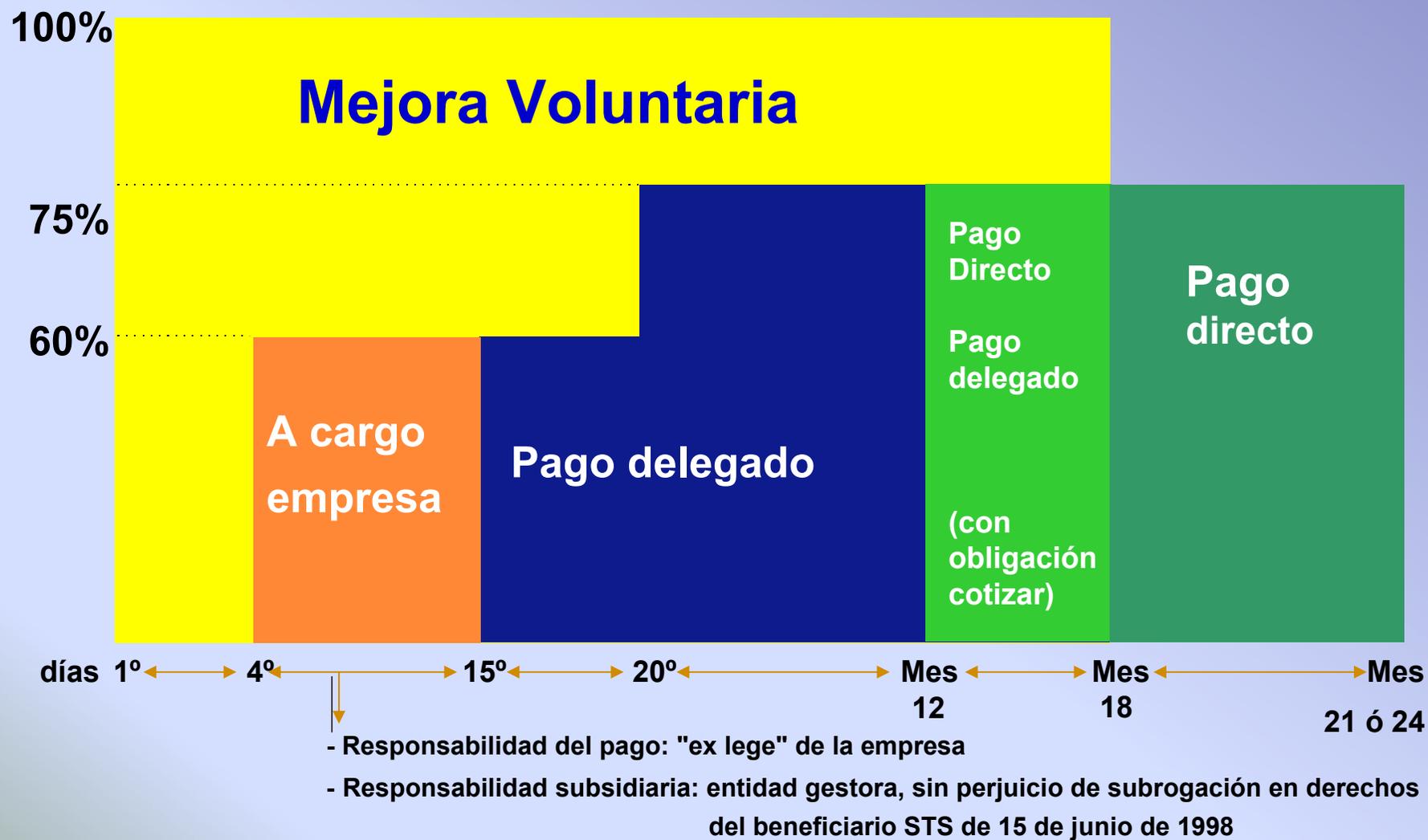
Incapacidad temporal

Carencia: período mínimo de cotización			Nacimiento del derecho		
Enfermedad común	Accidente no laboral	AT y EP	Enfermad común	Accte no laboral	AT y EP

Régimen General	180 días dentro 5 últimos años	No carencia	No carencia	Desde el 4º día fecha baja en el trabajo	Desde el día siguiente al de la baja
	Alta o asimilada		Alta pleno derecho		
	Incumplimiento responsabilidad empresario no anticipo		Anticipo INSS/MUTA Fondo Garantía		



Distribución de las formas de cobertura



Requisitos de acceso a la prestación

Contingencias comunes

Requisitos



1. Estar en **alta o en situación asimilada a la del alta** en la fecha del hecho causante
2. Acreditar un **período mínimo de cotización de 180 días** en los cinco años Inmediatamente anteriores al hecho causante.

*En los supuestos de **accidente no laboral** no se exige período previo de cotización*

Hecho causante de la prestación de IT



Fecha de baja médica

Requisitos

Situaciones asimiladas a la del alta

- **Prestación por desempleo contributivo**
- **Vacaciones anuales retribuidas que no hayan sido disfrutadas**
- **Traslado de la empresa fuera del territorio nacional**
- **Diputados , senadores y parlamentarios de acuerdo con sus respectivos convenios**
- **Huelga legal o cierre patronal**

No son situaciones asimiladas a la del alta

- ***Excedencias***
- ***Convenio especial***
- ***Subsidio por desempleo***

Contingencias comunes

Base reguladora



Base de cotización CC mes anterior HC

*Nº días a que se refiere dicha cotización **

- * •Cotización diaria → 28,29,30,31
•Cotización mensual → 30

Porcentaje



- Del 4º al 20º día desde la baja  60%
•A partir del 21º día  75 %

Importe prestación



Base reguladora x porcentaje

Es a cargo exclusivo del empresario el abono del subsidio del 4º al 15º día

Contingencias profesionales

Base reguladora



Se compone de dos sumandos:

$$\frac{\text{Base de cotización CP mes anterior HC}^{(1)}}{\text{Nº días a que se refiere dicha cotización}} + \frac{\sum \text{ horas extras}^{(2)}}{365}$$

- (1) • Se excluyen horas extras y conceptos
• salariales de periodicidad superior a la
• mensual

- (2) Realizadas en el año natural inmediatamente anterior
a la baja

Porcentaje



A partir del día siguiente al de la baja

75 %

Importe prestación



Base reguladora x porcentaje

Es a cargo del empresario el salario íntegro correspondiente al día de la baja

Causas legales de extinción

- ***Transcurso del plazo máximo establecido para la situación de IT :
Período de calificación de la incapacidad***
- ***Alta médica con o sin declaración de Incapacidad Permanente***
- ***Reconocimiento del derecho a la prestación de jubilación***
- ***Incomparecencia injustificada a los exámenes y reconocimientos médicos establecidos***
- ***Fallecimiento***

vigente hasta el 31.12.2005

1. Incapacidad temporal

12 meses

+

6 meses
Prórroga tácita

+

3 meses
prórroga

+

9 meses
Demora

Competencia SPS

Pago Delegado

Obligación de cotizar

Competencia INSS

Pago Directo

Alta por agotamiento

Mes 18

30 meses



Configuración de la prestación de Incapacidad Temporal

La *LPG del Estado para el ejercicio 2006* a través de su *Disposición Adicional 48^a* modificó e introdujo cambios en la redacción de los artículos

128 y 131 bis de la LGSS.

 **Objeto de la modificación:**

Racionalizar la protección económica en las situaciones de Incapacidad Temporal y su tránsito a la situación de Incapacidad Permanente

Finalidad:

- Que en la situación de Incapacidad Temporal esté quien legalmente deba estarlo por acreditar los requisitos legalmente exigidos.

- Que no esté en Incapacidad Temporal quien :
 - a. Tiene lesiones invalidantes de carácter definitivo
 - b. Tiene lesiones no definitivas (mes 12) y su proceso curativo va más lejos del mes 18
 - c. Debe ser **“alta por curación o mejoría”**₂₅

 **Asunción de las competencias establecidas en el artículo 128.1 a) de la LGSS por las direcciones provinciales del INSS**

➤ **No es automática**

➤ **La disposición final cuarta de la Ley 40/2007 reproduce lo establecido por la Disposición Adicional 48ª de la LPGE 2006**

“La Secretaría de Estado de la Seguridad Social , a propuesta del INSS , mediante resolución publicada en el BOE , determinará la fecha a partir de la cual se asumirán las funciones atribuidas en el Art. 128 ,1.a del texto refundido de la LGSS por los órganos a los que el mismo se refiere . “

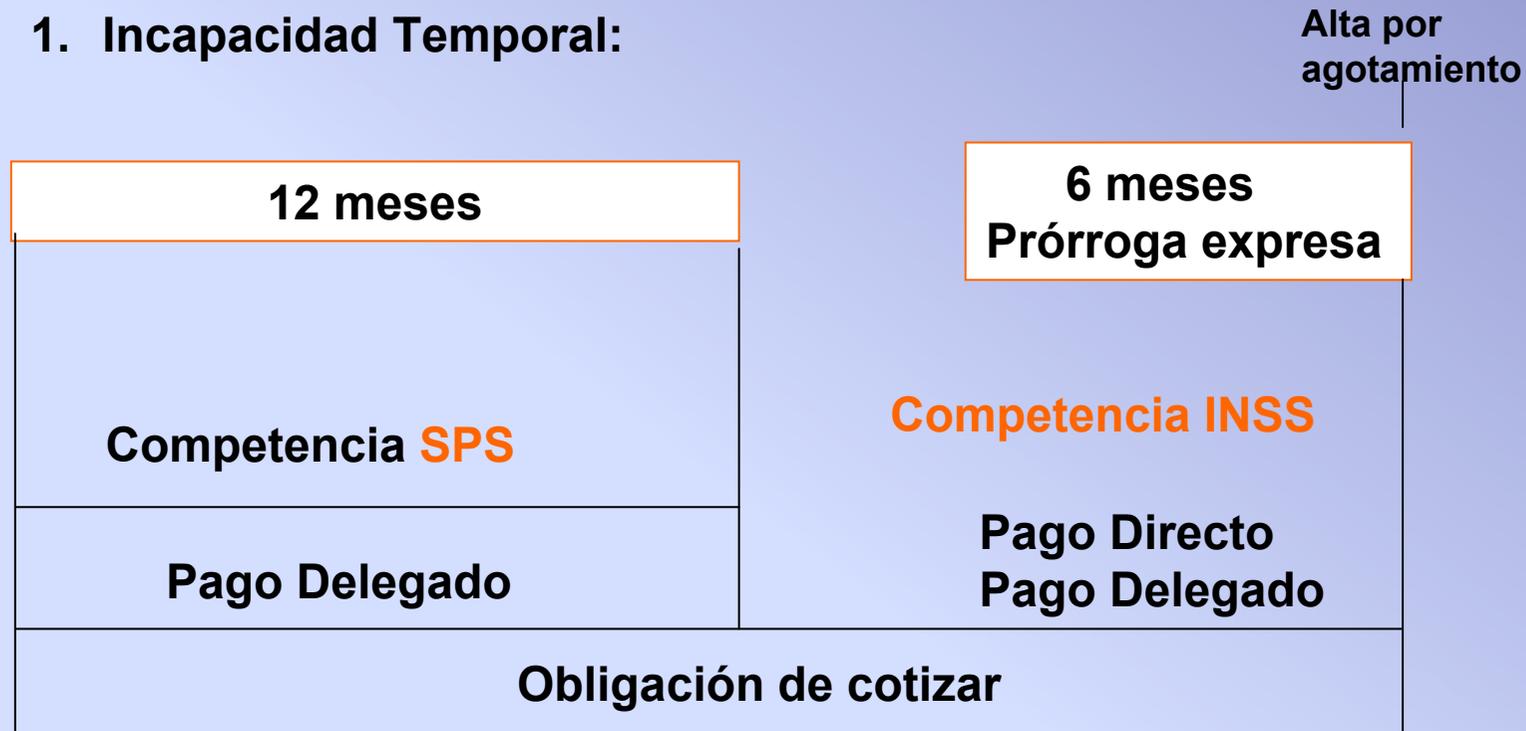
En Cataluña  01/01/2007

 **Resolución de 29 de noviembre de 2006 de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social**

Incapacidad temporal

Desde el 1/01/2007

1. Incapacidad Temporal:



2. Calificación Incapacidad Permanente

3 meses

ó

3 meses



Configuración de la prestación de incapacidad temporal desde 1/01/2007 Resolución Secretaría Estado SS 29/11/2006 (Cataluña)

Provincias que tienen constituidos EVI

- **Es competencia exclusiva del INSS al agotar 12 mes:**
 - * Reconocer la prórroga,
 - * Emitir el alta médica
 - * Iniciar expediente IP.

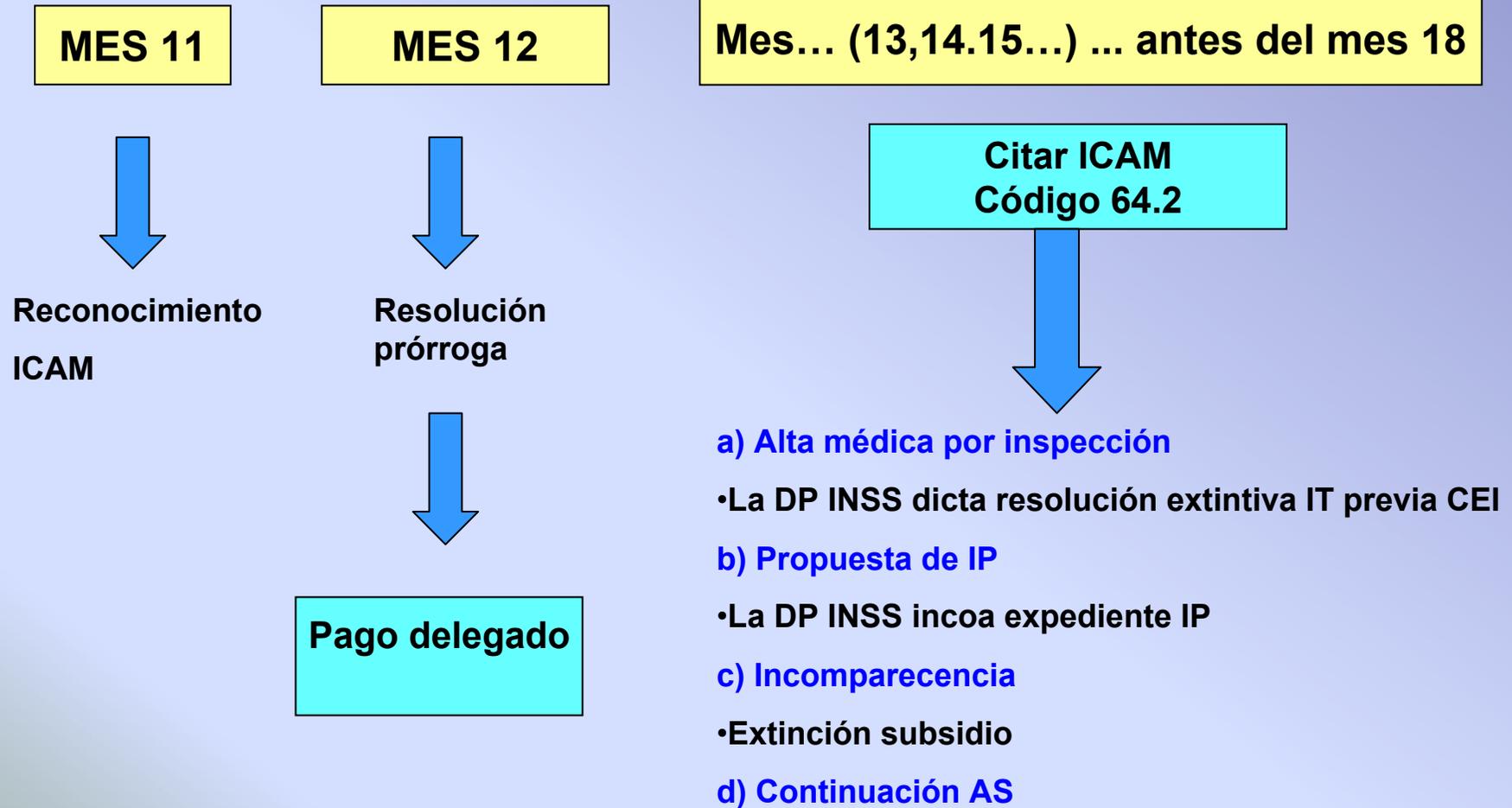
- **Se confirma la competencia exclusiva del INSS para emitir la baja médica en los procesos de recaída.**

- **Se establece el procedimiento de impugnación de las altas médicas dadas por el INSS en ejercicio de las competencias anteriores. No aplicable en Cataluña.**

En Cataluña , al no disponer de EVIS

- **Es competencia exclusiva de las DDPP del INSS:**
 1. **Reconocer la prórroga**
 2. **Iniciar un expediente de Incapacidad Permanente tras el transcurso de 12 M en IT.**
- **El **alta médica** la emite el Servicio Público de Salud y la Dirección Provincial del INSS dicta resolución extinguiendo la prestación económica.**
- **La **nueva baja médica**, en los procesos de recaída tras la prórroga, la expide el Servicio Público de Salud .**
El INSS dicta resolución estableciendo la reanudación de la prórroga

Prórrogas IT Art.128



ART 128 LGSS Recaídas : PAGO DELEGADO



Debe indicarse a la empresa que cualquier baja emitida por el SPS en el plazo de seis meses ha de estar **validada por ICAM**.

La empresa deberá comunicar los datos personales del trabajador para citación inmediata a ICAM (Fax+Nueva baja)

a) Recaída NO

- Nuevo proceso de IT

b) Recaída SI

- Pago delegado
- Resolución INSS

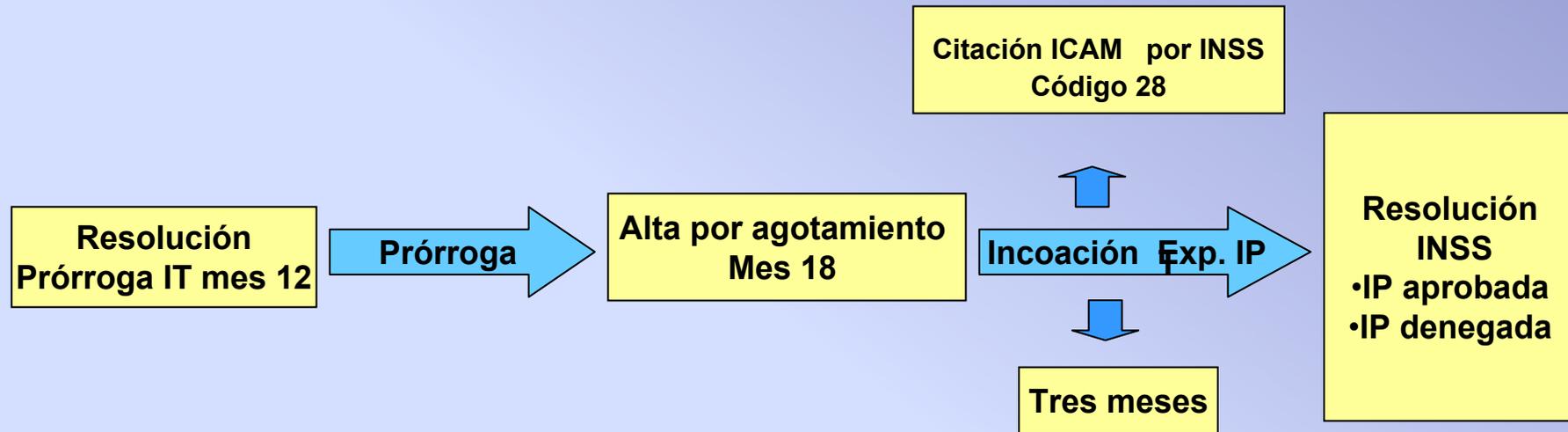
c) Propuesta IP

- La DP INSS incoa expediente IP + Pago delegado

d) Alta médica

- Extinción IT

ART 131.3 LGSS



Extinción por transcurso de 18M

CALIFICACIÓN

Se examinará el estado del incapacitado en el plazo máximo de **3 meses** a efectos de su calificación en el grado de incapacidad correspondiente.

DEMORA

Cuando continúe la necesidad de tratamiento médico ***por la expectativa de recuperación o la mejora del estado del trabajador con vistas a su reincorporación laboral***, la calificación podrá retrasarse **por el periodo preciso**, que no podrá rebasar los **24 meses** desde el inicio de la IT.

Durante estos periodos no existirá la obligación de cotizar.

Contenido general de las modificaciones en materia de incapacidad temporal

En el ámbito de esta prestación las **modificaciones** están destinadas a :

- **Coordinar las actuaciones de los SPS y del INSS , cuando dispone de personal médico propio a través de los EVIS**
- **Evitar la inseguridad jurídica que provoca la disparidad de diagnósticos de uno y otro organismo (servicios médicos). ¿De qué manera?**
 - **Estableciendo un procedimiento de impugnación ante la Inspección Médica SPS del alta médica formulada por el INSS (Médicos EVI)**
 - **Fijando plazos concretos y garantizando la continuidad en el pago del subsidio mientras se desarrolla este procedimiento**

En Cataluña no es de aplicación:

porque el INSS no dispone de médicos propios “EVIS” y, las altas médicas, son emitidas por los facultativos del SPS por lo que no pueden existir discrepancias

Nueva redacción del Art. 131 bis de la LGSS establecida por la Ley de Medidas

- **Tras el agotamiento de la IT por el transcurso de 18 meses se examinará el estado del incapacitado en el plazo máximo de 3 meses para calificar el grado de incapacidad que corresponda.**
- **Se establece un nuevo período de DEMORA tras el agotamiento de los 18 meses, por el tiempo necesario para recuperar laboralmente a la persona incapacitada, sin que se puedan superar los **24** meses desde el inicio de la IT.**
- **Desaparece de la redacción el concepto y tratamiento de las denominadas “ lesiones no definitivas “**



DESDE 01/01/2008.

Duración máxima de un proceso de IT

Incapacidad Temporal	Prórroga expresa	Prórroga para calificar	Demora
Duración inicial	Se acuerda si es presumible la curación en ese plazo	Plazo para calificar la incapacidad permanente al final de los 18 meses	Se retrasa la calificación por la posibilidad de recuperación o mejora del trabajador con vistas a su reincorporación laboral
12 meses	6 meses	3 meses	El periodo preciso que no podrá rebasar 24 meses desde el inicio de la IT
obligación de cotizar		no existe obligación de cotizar	
24 meses			

La Ley de Medidas no modifica el párrafo 1 del artículo 131 bis.

En el supuesto de que agotado el plazo máximo de duración de la IT el trabajador sea dado de alta sin declaración de Incapacidad Permanente si el SPS emite una **nueva baja médica** sin que hayan transcurrido más de seis meses de actividad laboral:

1. Si se trata de la misma o similar patología :

- El ICAM deberá emitir “Alta médica” o “propuesta de IP”

2. Si se trata de distinta patología :

- Nuevo proceso de Incapacidad Temporal
- Control inmediato por el ICAM

ART 131.1.bis LGSS

Alta por agotamiento
Mes 18

Calificación

Denegación IP

- 6 meses

Nueva baja médica

El INSS
solicitará nuevo
control de IT

Dictamen ICAM

a) Recaída NO

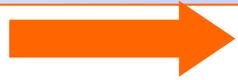
b) Recaída Sí

Nuevo proceso de IT

- Justificada
- No justificada
- Dictamen IP

Resolución “efectos económicos”
Alta médica por inspección
Nueva baja = período de calificación

Art.222.1 LGSS : Antecedentes



Ley 24/2001 , de 27 de diciembre, de Medidas fiscales administrativas y del orden social

Modificó la concatenación entre IT y desempleo



- En los supuestos de extinción de la relación laboral, cuando el interesado esté en situación de Incapacidad Temporal, la cuantía de la prestación de IT pasará a ser la misma que le correspondería por prestación de desempleo.
- El período en que se permanezca en situación de IT consumirá prestación por desempleo
- No hay distinción entre contingencias comunes y profesionales

Relación entre Incapacidad Temporal y Desempleo

Contingencias profesionales

- Cuando la IT derive de contingencias profesionales y se extinga el contrato de trabajo, se seguirá cobrando la IT en la misma cantidad que estaba reconocida.
- Si concurren los requisitos para ello, tras la extinción de la IT se cobrará la prestación por desempleo SIN descuento del periodo de percepción de la IT.

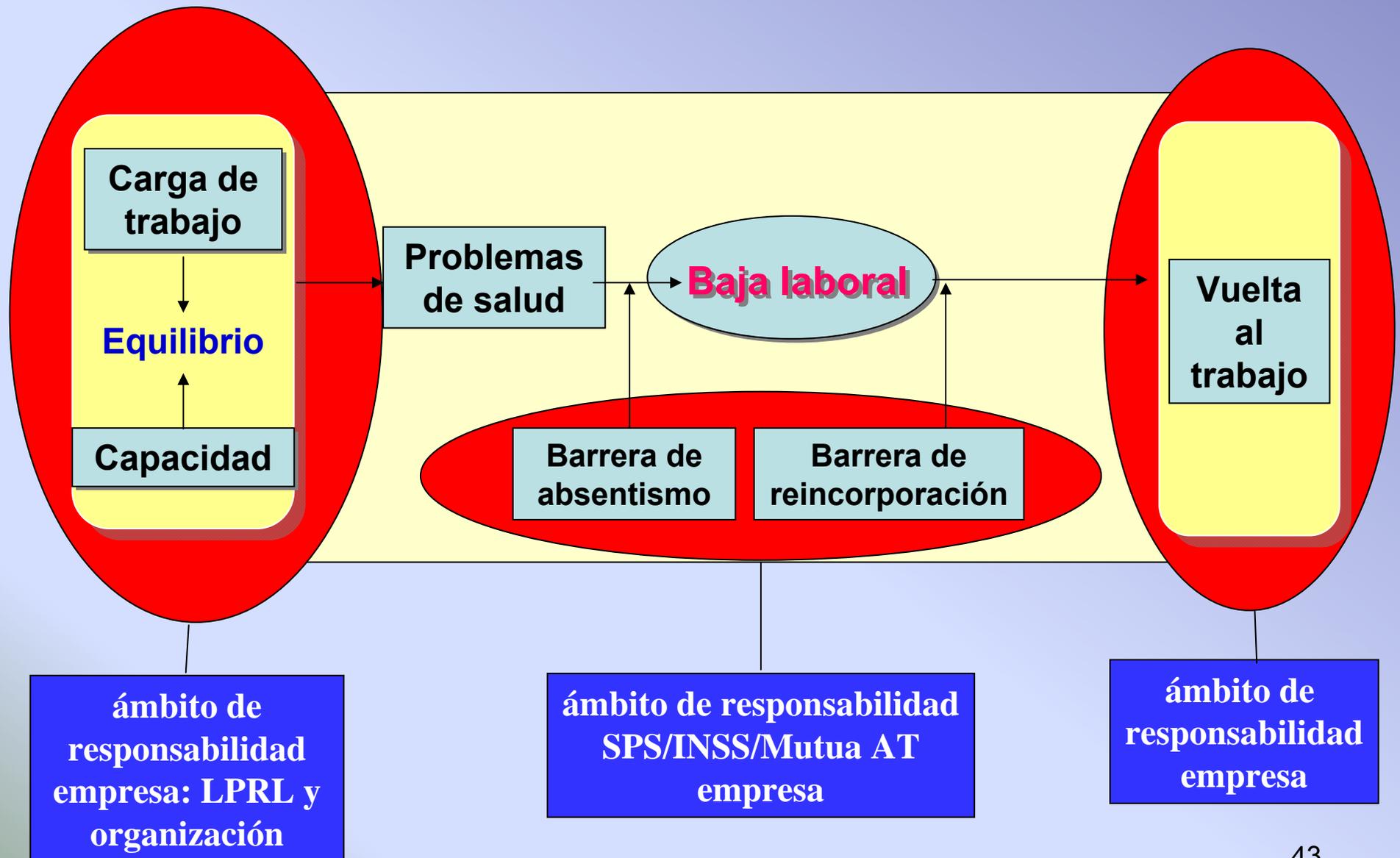
Contingencias comunes

- La entidad gestora de la prestaciones por desempleo asumirá la cotización en situación de IT tras la extinción del contrato de trabajo incluso cuando no se haya solicitado la prestación por desempleo y, sin solución de continuidad se pase a la situación de incapacidad permanente o jubilación o se causen prestaciones por muerte y supervivencia.
- Afecta a extinciones relación laboral desde 1/1/2008.

Absentismo:

situación y efectos

El proceso de enfermar



Estrategias para reducir el absentismo

Los problemas de salud en el trabajo surgen como consecuencia de una contradicción entre:

- la carga de trabajo (demandas y requerimientos)
- las capacidades del trabajador

Barreras al Absentismo

El paso hacia la ausencia del trabajo no depende sólo del problema de salud

Sino que está condicionado por diversos factores:

- ☛ **la motivación, clima laboral**
- ☛ **la presión contra el absentismo**
- ☛ **las posibles pérdidas económicas de la IT**

Barreras al regreso:

- ☞ **Factores que dificultan la atención médica.**
- ☞ **Características del individuo (edad, sexo, factores psicológicos, etc).**
- ☞ **Características de la empresa (clima laboral, condiciones de trabajo).**
- ☞ **Antecedentes de enfermedad.**

Control del absentismo

tipos de intervenciones

1.- Incrementar las barreras al absentismo:

- ▣ **Reducir subsidio**
- ▣ **Exigir certificados médicos**
- ▣ **Alargar el período sin prestación económica**

2.- Reducir la “carga de trabajo” para corregir los desajustes adaptando el trabajo a la persona. Mejora del “clima”

3.- Incrementar las capacidades de la persona promoviendo hábitos de vida y de trabajo saludables.

4.- Reducir las barreras al regreso:

- ↘ **Mejora de las condiciones de trabajo, horarios y tareas compatible**
- ↘ **Racionalización de la atención sanitaria.**

Control IT

N° citaciones	P. DIRECTO		P. DELEGADO		TOTAL	
	2007	2008	2007	2008	2007	2008
	33.028	28.523	41.640	31.694	74.668	60.217

Resultado Altas

. aportadas	10.147	6.784	25.063	19.161	35.210	25.945
. propuesta IP	2.416	1.916	2.162	1.595	4.578	3.511
. Inspección	11.196	9.609	6.386	5.114	17.582	14.723

Incomparecidos	645	818	2.437	1.028	3.082	1.846
-----------------------	-----	-----	-------	-------	-------	-------

Anulaciones	1.185	405	464	430	1.649	835
--------------------	-------	-----	-----	-----	-------	-----

Continuación AS.	P. DIRECTO		P. DELEGADO		TOTAL	
	2007	2008	2007	2008	2007	2008
	6.953	6.030	4.401	3.686	11.354	9.716

LAS POTESTADES DE CONTROL DEL EMPLEADOR DURANTE EL PROCESO DE IT

Carolina Gala Durán

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Barcelona.

ÍNDICE

I. EL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 20.4 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES: EL CASO DEL PERSONAL LABORAL.....	1
II. LA REGULACIÓN CONVENCIONAL DEL CONTROL DE LAS SITUACIONES DE ENFERMEDAD O ACCIDENTE EN LAS ENTIDADES LOCALES CATALANAS.....	4
III. LOS PROBLEMAS QUE PLANTEA EL ARTÍCULO 20.4 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES... 7	
IV. CONTROL DE IT Y EJERCICIO DEL PODER SANCIONADOR.....	13
V. EL CASO DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS.....	18

I. EL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 20.4 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES: EL CASO DEL PERSONAL LABORAL.

El artículo 20.4 del Estatuto de los Trabajadores concede al empresario o empleador la facultad de verificar el estado de enfermedad o accidente del empleado que sea alegado por éste para justificar sus faltas de asistencia al trabajo, verificación que se llevará a cabo “mediante reconocimiento médico a cargo de personal médico”. La negativa del empleado a dicho reconocimiento podrá determinar la suspensión de los derechos económicos que pudieran existir a cargo del empresario. Control médico que podrá ejercerse tanto cuando la causa de la enfermedad o accidente es común como profesional.

Cabe tener presente que la facultad del empresario o empleador de verificación de las situaciones de IT se enmarca en los poderes de dirección que el Estatuto de los Trabajadores le confiere en orden al control de la actividad profesional debida por el empleado; es decir, se configura como una medida tendente a evitar el absentismo laboral, de manera que puede afirmarse que su finalidad no es tanto el control del fraude en la percepción de las prestaciones de IT como la supuesta pérdida de productividad generada por las ausencias fraudulentas de los empleados, de forma tal que la pérdida de los derechos económicos que pudieran existir a cargo de los empleadores se configura, primero, como una medida disuasoria del absentismo laboral y, después, sancionadora respecto de ese propósito principal. Cabe afirmar, por tanto, que el objetivo esencial del citado artículo 20.4 del Estatuto de los Trabajadores consiste en intentar reducir el nivel de absentismo laboral existente en una empresa o Administración Pública. Absentismo laboral causado por la situación de IT que tiene repercusiones directas sobre la productividad y la competitividad de las organizaciones y empresas. Sus consecuencias no son exclusivamente económicas, sino de todo tipo, ya que el absentismo influye en aspectos organizativos o de producción de la empresa o entidad, que tiene que adaptarse rápidamente al ritmo de trabajo sin contar con algunos de sus empleados, lo que también produce un efecto desmotivador para el resto del personal.

Pero, cabría preguntarse si es realmente necesario recurrir a este tipo de medidas dirigidas a reducir el absentismo laboral. Para responder a dicha pregunta basta tener en cuenta una serie de datos contenidos en el informe 0 del Departament de Salut sobre “*La incapacitat laboral per contingències comunes a Catalunya 2007*”¹:

a) En el año 2003 el número de bajas por accidente no laboral y enfermedad común fueron 674.946, en 2005 ya eran 997.251, en 2006 1.043.816 y en 2007 1.176.998. Se ha producido, por tanto, un importante incremento en pocos años.

b) La incidencia mensual de la IT es menor en los meses de abril, agosto y diciembre. Según el informe mencionado la estacionalidad podría estar relacionada, entre otros, con los períodos de vacaciones y de más oferta de trabajo temporal en algunos sectores (hostelería...). La incidencia acumulada para 2007 era del 34,4%.

c) La edad media -37,4 años los hombres y 36,9 años las mujeres- y la desviación típica son similares en ambos sexos (bajas tramitadas en hombres en 2007 591.181, en mujeres 585.817). El grupo de edad de entre 25 y 34 años es el que acumula un mayor número de procesos de IT derivados de contingencias comunes: el 33,1% de todas las bajas tramitadas (el 31,4% del total de las bajas tramitadas en hombres y el 34,7% del total de bajas tramitadas en mujeres)².

d) La incidencia de bajas por 100 trabajadores afiliados es más alta en el grupo de 16-24 años (47,6% -45,5% en hombres y 50,5% en mujeres-) y va disminuyendo con la edad hasta que vuelve a aumentar en el grupo de mayores de 55 años³. La incidencia de la IT por 100 afiliados es más alta en mujeres que en hombres.

e) Para los dos géneros las tres primeras causas de IT son las enfermedades del sistema respiratorio (incluye procesos agudos de las vías respiratorias altas), enfermedades del sistema osteomuscular y conectivo y enfermedades infecciosas y parasitarias (incluyen enfermedades gastrointestinales de probable origen infeccioso). Las mujeres tienen un mayor porcentaje de trastornos mentales y del comportamiento que los hombres (10% y 6% respectivamente), y los hombres tienen un mayor porcentaje de traumas y lesiones por causas externas que las mujeres (12% y 6% respectivamente). También es posible destacar que las enfermedades osteomusculares y del sistema conectivo son la primera causa de días perdidos en IT, la segunda causa más frecuente y la primera causa por duración media por afiliado. Las enfermedades y del comportamiento son la segunda causa de días perdidos en IT, la quinta causa más frecuente y la segunda causa por duración media por afiliado. Y las enfermedades respiratorias son la cuarta causa de días perdidos en IT, la primera causa más frecuente pero sólo la cuarta en duración media, al incluir muchos procesos agudos de las vías respiratorias altas.

¹ Aprobado por el Govern el 19-2-2008.

² En el grupo de 16 a 24 años (82.589 bajas tramitadas en hombres y 69.223 en mujeres), de 25 a 34 años (185.689 bajas tramitadas en hombres y 203.621 en mujeres), de 35 a 44 años (149.747 bajas tramitadas en hombre y 153.787 en mujeres), de 45 a 54 años (99.437 bajas tramitadas en hombres y 103.945 en mujeres) y de 55 y más años (73.719 bajas tramitadas en hombre y 55.241 en mujeres).

³ En el grupo de 25 a 34 años, 38,7% (33,2% en hombres y 45,5% en mujeres); de 35 a 44 años, 31,3% (26,4% en hombres y 38,2% en mujeres); de 45 a 54 años, 28,2% (23,1% en hombres y 35,7% en mujeres); y de 55 y más años, 32% (28,5% en hombres y 38,3% en mujeres). Total, 34,4% (29,6% en hombres y 41,1% en mujeres).

f) La incidencia de las bajas por contingencias comunes es más alta en Tarragona (IB acumulada del 37,8%) y Barcelona (IB acumulada del 35,3%) y más baja en Girona (IB acumulada del 27,8%) y Lleida (IB acumulada del 27,8%).

g) La duración media de la baja por afiliado aumenta con la edad; el grupo de edad de 16 a 24 años tiene una incidencia de bajas más alta pero una duración media por afiliado más corta (8 días) que los otros grupos de edad (25-34 años, 10,1 días; 35-44 años, 11,4 días; 45-54 años, 14,5 días; y 55 o más años, 21,7 días de media).

También cabe destacar que el 64% de las bajas por contingencias comunes en Catalunya tiene una duración de 1 a 15 días, el 76% de las bajas duran menos de 1 mes, y la duración media de la baja es de 33,8 días (30,8 días en los hombres y 36,7 días en las mujeres). La duración media por afiliado es de 11,3 días (12,4 días en el caso del Régimen General de la Seguridad Social).

h) La edad media de la baja por contingencias comunes es más baja en el Régimen General que en los otros Regímenes de la Seguridad Social, pero la incidencia de las bajas es más alta en el Régimen General. La duración media de la baja es más corta en el Régimen General. Para el conjunto de Regímenes de la Seguridad Social la duración media de la baja es de 33,8 días (media de 9 días) y la duración por afiliado es de 12,4 días en el Régimen General y de 11,3 días para el conjunto de Regímenes de la Seguridad Social.

i) El absentismo por IT suele ser de un 80% de todo el absentismo en las empresas que desarrollan su actividad en Catalunya.

Y, j) Según datos recientes en la actividad de control de la IT por contingencias comunes llevada a cabo por el ICAM los expedientes tramitados finalizan: un 15% por alta del médico de atención primaria, 30% por alta por incapacidad permanente, 30% continuación de la IT, 20% por alta médica decidida por el ICAM, 5% por otras causas (incomparencias, duplicados, defunciones..)⁴.

Si bien la situación actual de crisis económica ha tenido como efecto una reducción de los índices de absentismo laboral, los datos anteriores demuestran la importancia que el absentismo debido a IT tiene en Catalunya y, en consecuencia, la plena actualidad que tiene un mecanismo de control como el previsto en el artículo 20.4 del Estatuto de los Trabajadores.

Pero también cabe tener en cuenta que no es éste el único mecanismo vinculado a la IT y destinado a lograr reducir el absentismo laboral. En efecto, no cabe olvidar que también se persigue ese fin mediante la regulación que hacen los convenios colectivos y acuerdos de funcionarios respecto del complemento de la prestación por IT, especialmente en el caso en que ésta tiene su origen en riesgos comunes.

En efecto, resulta cada vez más común en la reciente negociación colectiva prever que si bien el complemento se percibirá sin problemas cuando la IT deriva de accidente de trabajo o enfermedad profesional, si la IT tiene su origen principalmente en una enfermedad común –aunque también en casos de accidente no laboral- el complemento –mejora voluntaria- a cargo de la empresa o entidad pública se empezará a percibir a partir

⁴ Informe 0 del Departament de Salut, ob.cit. p. 16.

de un determinado día de baja (día 15, 20, 30..), su cuantía irá creciendo progresivamente en función de la duración de la IT o bien ésta tendrá una duración máxima (1 mes, 2 o 3 meses..).

Según la doctrina⁵⁵, son varios los factores que pueden explicar que exista en nuestro país un elevado número de procesos de IT. Esos factores son:

- Las altas tasas de contratación temporal convierten el subsidio de IT en un instrumento de sustitución de rentas. Las elevadas tasas de rotación en el empleo y la inestabilidad en el puesto de trabajo provocan, en ocasiones, usos desviados de la prestación, con el intento de alargar al máximo tiempo posible la situación de IT, con el fin de percibir la prestación económica y posteriormente recibir la prestación por desempleo.
- Las situaciones de IT abundan más en aquellos sectores o zonas donde existe un menor porcentaje de ocupación y afecta a aquellas personas con menor nivel profesional. Todos estos factores provocan resultados territoriales desiguales en la gestión, incrementando el gasto en determinadas Comunidades Autónomas con predominio de actividades económicas de carácter estacional, como pudieran ser sectores como la pesca, la agricultura o la hostelería.
- El montante económico de las prestaciones puede variar enormemente, dependiendo de la época del año, y ésta, a su vez, se comporta de forma diferente según el tipo de actividad económica.
- Y finalmente, se ha comprobado que el índice de absentismo crece en razón de la dimensión de la empresa. El nivel más alto de absentismo se da en empresas de entre 101 y 500 trabajadores. En el tramo de empresas de más de 500 trabajadores, el índice baja probablemente debido al mayor y mejor control administrativo que estas empresas llevan a cabo.

Por otra parte, cabe tener muy presente que el poder empresarial de control de las situaciones de baja médica ha planteado en la doctrina –pero no en la jurisprudencia-, numerosas dudas acerca de su legalidad por cuanto, por un lado, supone un reconocimiento tácito del legislador de las situaciones de fraude en materia de bajas por IT y, por otro lado, podría entenderse vulnerador del derecho constitucional a la intimidad personal del trabajador.

No obstante, antes de adentrarnos en el análisis de tales cuestiones consideramos conveniente analizar la forma como la negociación colectiva desarrollada en las Administraciones Locales catalanas está tratando esta cuestión.

II. LA REGULACIÓN CONVENCIONAL DEL CONTROL DE LAS SITUACIONES DE ENFERMEDAD O ACCIDENTE EN LAS ENTIDADES LOCALES CATALANAS.

En este ámbito cabe destacar que el 76,88% de los convenios colectivos y acuerdos de funcionarios publicados en el DOGC entre los meses de enero a julio de 2008 recogen, con un contenido y alcance diversos, algún mecanismo de control de la situación de

⁵⁵ MERCADER UGUINA, J.R., "El control de la incapacidad temporal (historia de una sospecha)", Relaciones Laborales, Tomo I, 2004, pp. 407-408.

accidente o enfermedad que da lugar al complemento de IT. Ello, por otra parte, denota una preocupación mayor que en el sector privado por este tipo de controles; en efecto, las entidades locales catalanas están más interesadas en este control que las empresas privadas, que están optando por intentar reducir el absentismo laboral mediante la rebaja del importe de la mejora voluntaria en los casos en que la IT deriva de riesgos comunes.

Partiendo de ello, cabe diferenciar los siguientes supuestos:

- a) Convenios y acuerdos (7,69%) que señalan que, para evitar el uso fraudulento de una situación de baja, el Ayuntamiento, previo aviso a la representación del personal, podrá obligar a las personas que se encuentren en IT a someterse a los controles médicos que, por medio de sus servicios médicos, se establezcan⁶.
- b) Convenios (3,84%) que manifiestan que el Ayuntamiento podrá verificar el estado del enfermo mediante reconocimientos por los médicos de la mutua de accidentes de trabajo o de otros facultativos que se designen. La negativa del empleado a someterse al reconocimiento podrá determinar la suspensión del complemento, así como cuando el resultado del control sea negativo por considerar que el empleado no se encuentra incapacitado para desarrollar su trabajo o cuando resulte constatada la existencia de indicios suficientes para determinar que la situación real del empleado no le incapacita para desarrollar su trabajo⁷.
- c) Convenios y acuerdos (7,69%) que apuntan que, a partir del segundo mes de baja, el Ayuntamiento podrá disponer, respecto de sus trabajadores, las visitas médicas que estime convenientes con los servicios que tenga concertados para el control del absentismo laboral⁸.
- d) Convenios y acuerdos (7,69%) que afirman que el Ayuntamiento, dentro de las posibilidades previstas por la legislación vigente, podrá implantar los sistemas de control médico que considere convenientes. En caso de presumirse la existencia de irregularidades, se incluirá, previa comunicación a la junta de personal, el correspondiente expediente disciplinario a los efectos de determinar si se ha cometido una falta⁹.
- e) Acuerdos de funcionarios que señalan que las personas en situación de IT estarán obligadas a someterse a los controles médicos que la empresa, por medio de sus servicios médicos propios o ajenos, establezca (3,84%)¹⁰. Algunos convenios y

⁶ II CC de treball del personal laboral de l'Ajuntament de Tortosa (2007-2009) (DOGC de 6-6-2008), Acord regulador de les condicions de treball del personal funcionari de l'Ajuntament de Tortosa (2007-2009) (DOGC de 9-6-2008).

⁷ CC de treball per al personal laboral de l'Ajuntament de Sant Pere de Torelló per al període 28.11.2007-31.12.2010 (DOGC de 17-3-2008).

⁸ CC de treball del personal laboral de l'Ajuntament de Calonge per als anys 2007-2001 (DOGC de 12-6-2008), Acord regulador de condicions de treball del personal funcionari de l'Ajuntament de Calonge per als anys 2007-2011 (DOGC de 21-5-2008).

⁹ Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de l'Ajuntament de Malgrat de Mar per als anys 2007 i 2008 (DOGC de 14-1-2008), CC de treball del personal laboral de l'Ajuntament de Malgrat de Mar per als anys 2007 i 2008 (DOGC de 11-1-2008).

¹⁰ Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de l'Ajuntament de Sant Pere de Vilamajor per als anys 2007-2009 (DOGC de 2-1-2008).

acuerdos añaden que en caso de negativa al control médico se suprimirá el complemento (19,23%)¹¹.

- f) Convenios colectivos (3,84%) que afirman que el Ayuntamiento puede disponer, respecto de sus trabajadores, las visitas médicas que considere oportunas con los servicios que tenga concertados para controlar el absentismo laboral¹².
- g) Acuerdos de funcionarios y convenios colectivos (7,69%) que establecen que, cuando haya constancia de un uso indebido de la baja, el Ayuntamiento, previo aviso al comité de empresa/Junta de Personal, ha de aplicar la legislación sancionadora correspondiente. Asimismo, de acuerdo con su poder de dirección, puede disponer las visitas médicas que considere oportunas con los servicios que tenga concertados para controlar el absentismo laboral. También puede exigir al personal que se ausente de su puesto de trabajo reiteradamente menos de tres días, que lo acredite con un informe médico. En caso de negarse el empleado a ser examinado mediante visita médica, perderá el derecho al complemento. En fin, en los casos de baja continuada por enfermedad común, a partir del tercer mes de baja la comisión paritaria estudiará, en cada caso concreto, la posibilidad de reducir el incentivo de productividad¹³.
- h) Acuerdos de funcionarios (3,84%) que afirman que la corporación local se reserva el derecho de establecer controles adecuados por facultativos designados al efecto. En caso de observar anomalías se informará a la comisión paritaria para valorar la situación¹⁴.
- i) Acuerdos de funcionarios (7,69%) que prevén que el Ayuntamiento podrá en todo caso verificar la realidad de las causas de ausencia laboral¹⁵.

En este ámbito cabe hacer varias consideraciones:

1ª) En el caso concreto del personal laboral, la negociación colectiva puede entrar a regular esta cuestión –tal y como hace en la práctica- con el único límite del respeto a lo previsto en el artículo 20.4 del Estatuto de los Trabajadores. Ello implica que aquélla posee un amplio margen de maniobra que, sin embargo, no está siendo muy explotado en la práctica. No obstante, lo que sí se comprueba es que la facultad de control se percibe como una potestad con muy pocos límites y que puede utilizarse de forma reiterada en relación con un mismo proceso de IT. A nuestro entender, algunos límites sí existen.

¹¹ Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de l'Ajuntament de la Garriga (DOGC de 9-1-2008), Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de l'Ajuntament de Premià de Mar per als anys 2008-2011 (DOGC de 30-6-2008), CC de treball del personal laboral de l'Ajuntament de Premià de Mar per als anys 2008-2001 (DOGC de 1-7-2008) Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de l'Ajuntament de Premià de Dalt per als anys 2008-2011 (DOGC de 30-6-2008), CC de treball del personal laboral de l'Ajuntament de la Garriga per als anys 2007-2009 (DOGC de 11-1-2008).

¹² CC de treball del personal laboral de l'Ajuntament de Sarrià de Ter per al període 2004-2007 (DOGC de 11-4-2008).

¹³ Acord regulador de condicions de treball del personal funcionari de l'Ajuntament de Palafrugell per als anys 2007-2009 (DOGC de 10-3-2008), CC de treball del personal laboral de l'Ajuntament de Palafrugell per als anys 2007-2009 (DOGC de 8-2-2008).

¹⁴ I Acord regulador de les condicions de treball del personal funcionari i laboral del Consell Comarcal de la Ribera d'Ebre (DOGC de 30-6-2008).

¹⁵ Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de l'Ajuntament de Sant Sadurní d'Anoia per als anys 2007-2009 (DOGC de 3-3-2008), Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de l'Ajuntament de Premià de Dalt per als anys 2008-2011 (DOGC de 30-6-2008).

2ª) A la hora de determinar quién se encargará de realizar los correspondientes controles médicos, los convenios y acuerdos se refieren, con términos amplios, a los servicios propios o ajenos, facultativos designados, Mutuas de accidentes de trabajo o servicios médicos. No se prevé, sin embargo, la intervención de los organismos administrativos correspondientes -ICAM-.

3ª) No se hace referencia al lugar dónde se realizarán los reconocimientos médicos; cuestión que, como veremos más adelante, plantea importantes dudas.

4ª) El control se prevé como una facultad de la Administración y una obligación para el empleado. En efecto, los convenios y acuerdos reiteran que los controles son “obligatorios”.

En caso de negativa se fija como consecuencia la suspensión o incluso pérdida automática del complemento de IT, si bien en un caso la decisión se deja en manos de la comisión paritaria.

5ª) También se prevé la suspensión del complemento de IT en los supuestos en que, tras el reconocimiento médico, se entienda que el empleado no se encuentra incapacitado o cuando existen indicios suficientes de que la situación real no le incapacita.

6ª) En algún caso se prevé un límite temporal que debe respetar el Ayuntamiento a la hora de ejercer el control: sólo se puede realizar a partir del segundo mes de baja médica.

7ª) Se parte de la idea de que son posibles tantas visitas o controles médicos como se estime conveniente en relación con un mismo proceso de IT. No obstante, a nuestro entender, deben evitarse los controles médicos innecesarios.

8ª) Se prevé, en algunos casos, que si se presume la existencia de irregularidades o un uso indebido de la IT puede iniciarse el correspondiente expediente disciplinario.

9ª) Es muy escasa la participación prevista para los representantes del personal, estableciéndose sólo un aviso o comunicación a los mismos. Cabe plantearse si, aun tratándose de una facultad empresarial, no deben tener una mayor participación dichos representantes, al menos desde la perspectiva de la fijación y seguimiento del procedimiento y mecanismos a través de los que se ejerce dicha facultad.

III. LOS PROBLEMAS QUE PLANTEA EL ARTÍCULO 20.4 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES.

Entrando ya en el contenido del artículo 20.4 del Estatuto de los Trabajadores cabe destacar, en primer lugar, que el contenido de la facultad del empresario o empleador de verificar el estado de enfermedad o accidente del empleado está limitada funcionalmente a comprobar si resultan justificadas o no las faltas de asistencia del empleado que dan origen a la suspensión del contrato de trabajo. Ahora bien, tal facultad no constituye la revisión del diagnóstico que originó la situación de IT. Esto es, el estado de enfermedad o accidente que justifica la suspensión del contrato por IT aparece certificado por un tercero de carácter público que ofrece una presunción de legitimidad de la diagnosis de las causas que la determinan. En consecuencia, la verificación del estado de salud del empleado no tiene por objeto la corrección del diagnóstico médico acerca del estado de enfermedad o accidente del empleado.

En efecto, el empleador, tras el reconocimiento médico, en caso de presumir que existe engaño en las causas alegadas por el empleado para justificar la inasistencia al trabajo o que el diagnóstico es equivocado únicamente puede solicitar la revisión del diagnóstico a la Inspección de Servicios Sanitarios. Es éste el cauce administrativo adecuado para impugnar el acto administrativo de la baja médica. Por consiguiente, en caso de discrepancia entre el criterio del facultativo de la Seguridad Social y el facultativo de la entidad lo más probable es entender que no cabrá que el empleador justifique una sanción disciplinaria en base a los resultados de los reconocimientos médicos del facultativo de la entidad¹⁶, a pesar de que tal posibilidad, como vimos en el apartado anterior, está prevista actualmente en la negociación colectiva de las entidades locales catalanas y se defiende por un sector de la doctrina¹⁷.

Lo anterior supone que prevalece la opinión de los facultativos del sistema de Seguridad Social ya que la legalidad de la baja médica oficial prevalece frente a la opinión del médico no oficial o, como señala la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 24 de junio de 1993¹⁸, a la Inspección Sanitaria le corresponde resolver las discrepancias entre el médico de la Seguridad Social y el médico privado. En el mismo sentido, en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía Málaga de 12 de mayo de 1994¹⁹ se afirma que: *“... desde el momento en que a efectos laborales el derecho y deber de prestación de asistencia sanitaria se encuentra atribuido al sistema de Seguridad Social por el artículo 20.1 LGSS, mientras que la facultad reconocida al empresario por el artículo 20.4 ET se limita exclusivamente a poder <verificar (o sea, comprobar) el estado del trabajador>, pero sin que el legislador le conceda ni al empresario, ni al médico de empresa, ni a ningún otro médico, atribuciones para darle de alta; por lo que, de haber denuncia o sospecha de ficción, el único camino posible es el de la denuncia a la Inspección Médica de la Seguridad Social, conforme a lo que dispone el artículo 17.7 de la OM de 13-10-1967, pudiendo disponer a tales efectos de la colaboración del médico de empresa, según establece el artículo 1 de la OM de 21-3-1974. Pero en ningún caso, la facultad de dar o negar el alta médica corresponde al médico de empresa, sino al médico de la Seguridad Social que asista al trabajador...”*.

La Inspección Sanitaria puede de oficio o en virtud de la información recibida de las empresas o de los servicios médicos de las mismas llevar a cabo la verificación del estado de salud del empleado durante la situación de IT, pudiendo confirmar la baja o emitir el alta médica con plenos efectos²⁰, tanto en cuanto a las prestaciones económicas de la Seguridad Social, como respecto de la suspensión del contrato de trabajo, debiendo reincorporarse a su puesto de trabajo so pena de sanción disciplinaria por ausencias injustificadas al trabajo. Y ello, aunque el médico del Servicio Público de Salud que atendiera al trabajador siguiera extendiendo partes de confirmación de baja, prevaleciendo así la opinión de la Inspección²¹. En caso de que la inspección sanitaria

¹⁶ DEL REY GUANTER, S. (Dir.), “Estatuto de los Trabajadores. Comentado y con jurisprudencia”, Ed. La Ley, 2007, pp. 417-418.

¹⁷ JOVER RAMÍREZ, C., *La incapacidad temporal para el trabajo*, Tirant lo Blanch, p. 169.

¹⁸ RA 2831.

¹⁹ RA 2144.

²⁰ Artículo 1.1 de la Orden Ministerial de 21 de marzo de 1974, que regula la prestación por incapacidad temporal en casos de enfermedad común, accidente no laboral y maternidad.

²¹ SALA FRANCO, T. y SALAS BAENA, A., *La incapacidad temporal...*, ob.cit. pp. 223-224.

confirmase el diagnóstico del médico privado ello no tendría por qué ser, en principio, exponente de incumplimiento culpable del empleado, ya que las ausencias de éste se habrían producido avaladas por la baja médica y no constituirían falta injustificada a los efectos del artículo 54.2.1) del Estatuto de los Trabajadores.

En definitiva, el artículo 20.4 del Estatuto de los Trabajadores si bien obliga, como hemos visto, a solicitar, en su caso, la revisión del diagnóstico a la Inspección de Servicios Sanitarios, no obstante, sí legitima a un facultativo privado a supervisar las calificaciones técnicas realizada por un facultativo del sistema de Seguridad Social lo que, tal y como ha señalado la doctrina, *“no revela demasiada consideración hacia la competencia y objetividad profesionales del cuerpo médico de la Seguridad Social”*²² o bien *“deja constancia de la falta de credibilidad... al confrontarlos con vías privadas de control”*²³.

En segundo lugar, el artículo 20.4 del Estatuto de los Trabajadores se refiere, como sujeto encargado de realizar el correspondiente reconocimiento médico en términos genéricos al *“personal médico”*. Referencia que cabe identificar no sólo con los servicios médicos de empresa sino que también incluiría, como vimos al analizar la reciente negociación colectiva de las entidades locales catalanas, cualquier otro facultativo designado por el empleador, incluidos aquellos que prestan sus servicios para las Mutuas de Accidentes de Trabajo, al estar a cargo del empleador su remuneración²⁴. En todo caso tal personal médico tiene carácter privado o no oficial y actúa en cuanto tal.

Asimismo, la verificación de la situación de IT debe limitarse a la finalidad de control pretendida y respetando las reglas generales en materia de intimidad de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, guardando secreto de los datos sanitarios del trabajador²⁵. Se considera que los datos relativos a las bajas médicas que reciba y trate informáticamente el empleador deben estar en íntima conexión con el legítimo objeto que lo autorice legal o reglamentariamente, salvo autorización expresa de cada uno de los trabajadores. Cabe recordar que esta cuestión se planteó en la sentencia del Tribunal Constitucional 202/1999, de 8 de noviembre, en un caso en que una empresa poseía un fichero automatizado donde figuraba la relación de partes de baja de sus empleados, donde se consignaban las fechas de baja y alta laboral, motivo de la baja, la duración y el diagnóstico médico, estimando el Tribunal que el mantenimiento de esta base de datos no se *“... dirige a la preservación de la salud de los trabajadores, sino al control del absentismo laboral... la realización de dichas actividades prescindiendo del consentimiento expreso del afectado ha de calificarse como una medida inadecuada y desproporcionada.”*, por lo que se decide la supresión de los diagnósticos médicos consignados en la base de datos.

En tercer lugar, el Estatuto de los Trabajadores no prevé nada acerca del lugar donde debe procederse al reconocimiento médico del empleado. No obstante, es evidente que es posible que dicho reconocimiento tenga lugar, en determinados supuestos y por el tipo de enfermedad o accidente alegados (enfermedades contagiosas, enfermedades o

²² VICENTE PALACIO, M.A., “Algunas..”, ob.cit. p. 494, que cita a MONTOYA MELGAR.

²³ VICENTE PALACIO, M.A., “Algunas..”, ob.cit. p. 494, que cita a GARCÍA NINET.

²⁴ VICENTE PALACIO, M.A., “Algunas consideraciones sobre el control empresarial de la incapacidad temporal: El artículo 20.4 del Estatuto de los Trabajadores”, en A. Ojeda, La Incapacidad Temporal, Ed. Tecnos, 1996, p. 494 y ss.

²⁵ SALA FRANCO, T. y SALAS BAENA, A., *La incapacidad temporal..*, ob.cit. p. 222.

accidentes que exijan la inmovilidad o el reposo absoluto...), en el propio domicilio del empleado, en cuyo caso debe tenerse presente la garantía constitucional de la inviolabilidad del domicilio recogida en el artículo 18 de la Constitución. Lógicamente y como resultado de la citada garantía, el acceso al domicilio particular requerirá siempre el previo consentimiento del empleado.

Asimismo y precisamente como consecuencia de esa garantía constitucional cabe señalar que parece lógico dar preferencia a la práctica de los reconocimientos médicos en lugares distintos del domicilio (centro médico privado, instalaciones de la Mutua encargada de este control...).

No obstante, también cabe tener presente que no cabe imponer un desplazamiento obligatorio al empleado cuando éste pudiera –y se justifique suficientemente- repercutir negativamente en su estado de enfermedad o, simplemente, sea imposible en atención al mismo. Ahora bien, parece lógico entender que es posible aplicar sanciones disciplinarias si del comportamiento del empleado se deriva que está incumpliendo el deber de buena fe, por adoptar una conducta claramente obstruccionista o reiteradamente opuesta a las alternativas ofrecidas por el empleador²⁶.

En este ámbito también cabe destacar que los Tribunales han señalado que, en principio, el reconocimiento ha de efectuarse en la misma localidad de residencia del trabajador, salvo causa justificada, no admitiéndose que al trabajador se le obliguen a realizar largos desplazamientos de hasta 800 kilómetros para someterse al reconocimiento médico²⁷.

En cuarto lugar y en relación con lo anterior, cabe tener presente que el reconocimiento médico previsto en el artículo 20.4 del Estatuto de los Trabajadores, tal y como recuerdan los acuerdos y convenios colectivos de las Administraciones Locales catalanas, tienen, en principio, carácter obligatorio y que el empleado debe manifestar su disposición a que se le realice si bien puede optar porque no se le realice en su domicilio, sobre la base de la garantía de inviolabilidad del domicilio prevista en el artículo 18 de la Constitución. En este caso deberá mantener su disposición para que dicho reconocimiento se le realice en otro lugar alternativo.

Asimismo, cabe destacar que los Tribunales han aceptado que, aunque la norma parece contemplar el reconocimiento médico como una decisión individualizada del empleador para casos concretos, se establezca una política empresarial de control del absentismo laboral, de modo que consideran lícita una medida de imposición de reconocimientos semanales del estado de baja laboral respecto de todos los trabajadores que se encuentran en tal situación en la empresa²⁸.

No obstante, cabe remarcar que, tal y como han afirmado los Tribunales, no es posible incurrir en controles médicos abusivos o desproporcionados, consistentes, por ejemplo, en una práctica abusiva de llamadas telefónicas externas a personas recién operadas, obligar a hacer controles en una determinada ciudad a personas que no residen allí sin abonar los gastos de desplazamiento, u ordenar controles en casos que no resultan

²⁶ DEL REY GUANTER, S. (Dir.), “Estatuto de los Trabajadores. Comentado y con jurisprudencia”, Ed. La Ley, 2007, p. 418.

²⁷ STSJ de Andalucía/Sevilla de 10 de junio de 1999, AS. 3131.

²⁸ STSJ del País Vasco de 24 de enero de 1994, AS 72.

dudosos (como puede ser una gripe o una depresión súbita) desde la perspectiva médica como son las intervenciones quirúrgicas realizadas en un servicio público de salud²⁹.

En la misma línea se ha considerado que se vulnera el derecho constitucional a la intimidad personal cuando el reconocimiento médico resulta desproporcionado al abordar cuestiones personales innecesarias y se realiza con la intención de constituir una prueba a esgrimir en un procedimiento judicial posterior³⁰.

En quinto lugar, tal y como prevé el propio artículo 20.4 del Estatuto de los Trabajadores, en caso de que el empleado se niegue a someterse a los reconocimientos médicos propuestos por el empleador con la finalidad de comprobar su estado de enfermedad o accidente se producirá la suspensión de los derechos económicos que pudieran existir a cargo del empleador. Ello implica que se suspenderán las prestaciones complementarias a cargo del empleador, esto es, el correspondiente complemento o mejora voluntaria, ya se hubiese fijado en convenio colectivo o contrato individual. Por consiguiente, atendiendo a la naturaleza jurídico- pública de las prestaciones de la Seguridad Social, no puede suspenderse el pago de la prestación de IT, ni siquiera respecto de aquellos días en los que es el propio empleador el que asume el pago a su cargo en los supuestos de riesgos comunes (los días 4º a 15º de baja médica en los casos de IT derivada de enfermedad común o accidente no laboral³¹).

En este ámbito cabe realizar, además, otras consideraciones:

1ª) La sanción no se configura legalmente como una pérdida definitiva y automática de la correspondiente mejora voluntaria, sino únicamente como una suspensión por voluntad del empleador, legítima en la medida en que el empleado se niegue a someterse al mecanismo de vigilancia médica dirigido a fijar su estado de salud. Es decir, la suspensión viene prevista en términos potestativos, de manera que no opera automáticamente sino por voluntad del empleador.

No obstante, como hemos visto, algunos convenios y acuerdos de funcionarios de las entidades locales catalanas prevén expresamente que dicha negativa no implica tal suspensión sino la supresión o pérdida automática del complemento. Probablemente con ello quieren ser más contundentes en intentar reducir el absentismo laboral injustificado.

2ª) A nuestro entender, no cabe proceder a la suspensión de la mejora voluntaria cuando realizado el reconocimiento médico el facultativo de la entidad discrepa respecto a la situación que origina la baja médica. En este caso, como vimos anteriormente, cabe la posibilidad de que la entidad solicite la revisión del diagnóstico a la Inspección de Servicios Sanitarios.

Y ello por cuanto no cabe olvidar que el artículo 20.4 del Estatuto de los Trabajadores prevé exclusivamente la sanción de suspensión de dicha mejora voluntaria en los casos de negativa del empleado a un reconocimiento médico.

Como veíamos anteriormente, en algunos casos, la negociación colectiva desarrollada en las entidades locales catalanas prevé también tal suspensión cuando, tras el

²⁹ Al respecto, STSJ de Galicia de 23 de febrero de 2004 (AS 2004/1116).

³⁰ STSJ del País Vasco de 6 de julio de 2004 (AS 2004/2059).

³¹ Algún sector de la doctrina considera que también se suspendería el pago de estos primeros días de IT, así JOVER RAMÍREZ, C., *La incapacidad temporal para el trabajo*, Ed. Tirant lo Blanch, p. 168.

reconocimiento médico, se entiende que el empleado no se encuentra incapacitado o cuando existen indicios suficientes de que la situación real no le incapacita. A nuestro entender, esta opción convencional va más allá de lo previsto legalmente pero sería válida por cuanto de forma expresa –a través de la negociación colectiva- se prevé que en esos supuestos también se producirá la pérdida del correspondiente complemento de IT y siempre que no se incurra en situaciones de abuso³². Pero, insistimos, si no existiese esa previsión convencional en esos casos no podría suspenderse o extinguirse el pago de la mejora voluntaria.

Asimismo, tampoco puede suspenderse el pago de la mejora voluntaria cuando el empleado no se niega al reconocimiento médico pero, sin concurrir mala fe por su parte, resulta muy difícil o incluso resulta imposible efectuarlo.

3ª) Tal y como ha señalado la jurisprudencia el control médico previsto en el artículo 20.4 del Estatuto de los Trabajadores puede practicarse aunque la empresa o entidad pública no tenga prevista una mejora voluntaria. En tal sentido se manifiesta la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 24 de enero de 1994³³, donde se afirma que: “... el hecho de que la empresa no aporte complemento alguno a las prestaciones económicas a percibir por los trabajadores en situación de incapacidad laboral transitoria no impide que la empresa pueda verificar el estado de enfermedad de sus trabajadores, lo cual es independiente de la posibilidad de que, ante la negativo de éstos, los trabajadores pudieran ver suspendidos sus derechos económicos a cargo de la empresa, si los mismos existieran. Por consiguiente, haya o no haya prestaciones económicas complementarias a cargo de la empresa, los trabajadores no pueden negarse a que la empresa controle sus estados de enfermedad...”.

Y, 4ª) Tal y como vimos anteriormente, la pérdida de derechos económicos en este caso actúa como una medida disuasoria frente al absentismo laboral, al causar éste un perjuicio económico, no sólo derivado del pago de eventuales mejoras voluntarias, sino también por la pérdida de productividad que la ausencia fraudulenta conlleva. En opinión de la doctrina, esta medida produce efectos disuasorios y normalmente provoca una más rápida reincorporación del empleado al trabajo, como ha demostrado la experiencia³⁴.

Por último, en este ámbito cabe plantearse qué ocurre en el ámbito del derecho comparado. A estos efectos, cabe destacar que las opciones son diversas³⁵. En Italia la normativa establece una regla terminante según la cual quedan prohibidas las comprobaciones por parte del empresario sobre la idoneidad y sobre la enfermedad o accidente del trabajador, con una sola excepción: el control de las ausencias por enfermedad puede ser realizado solamente a través de los servicios de inspección de los institutos de previsión competentes, de tal manera que el empleador sólo puede hacer

³² Tal y como afirman SALA FRANCO y SALAS BAENA “incluso en estos casos, cabría exigir, para la validez del pacto colectivo en este punto, concretas garantías de objetividad en la designación de los médicos que vayan a efectuar este control, so pena de dejar al arbitrio de una de las partes el cumplimiento de una obligación pactada, lo que conculcaría lo dispuesto en los artículos 1115 y 1256 del Código Civil.”, en *La incapacidad temporal...*, ob.cit. p. 224.

³³ RA 72.

³⁴ MORRO LÓPEZ, J.J. “Algunas cuestiones sobre la gestión y control de la incapacidad temporal”, en A. Ojeda “La incapacidad temporal”, Ed. Tecnos, 1996, p. 349.

³⁵ MERCADER UGUINA, J.R., “El control...”, ob.cit. pp. 413-414.

controlar la idoneidad física del trabajador por medio de entes públicos e institutos especializados de derecho público.

En Francia si un empleado se niega a someterse a pruebas médicas se le retira el complemento por enfermedad, excluyéndose, en todo caso, la imposición de una sanción.

IV. CONTROL DE IT Y EJERCICIO DEL PODER SANCIONADOR.

Finalmente, desde una perspectiva diferente, no cabe olvidar que es posible sancionar al empleado que incurre en conductas contrarias a la buena fe durante la situación de IT, realizando actividades contraindicadas por el diagnóstico motivador del parte de baja médica y que perjudican su restablecimiento.

Y también cabe esa sanción disciplinaria, incluido el despido (artículo 54.2.a) o d) del Estatuto de los Trabajadores), cuando pueda constatarse, de forma fehaciente, que el empleado ha simulado su enfermedad o ha existido connivencia entre él y el médico del servicio público de salud. Pero, ¿cómo lo constatamos?. En la jurisprudencia se han dado casos bastante paradigmáticos como son el recurso al seguimiento del empleado por parte de la policía local –por orden del Alcalde- o el recurso a la vigilancia por parte de detectives privados³⁶. Es el caso de las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Andalucía de 13 de julio de 2001 y de la Comunidad Valenciana de 4 de julio de 2002.

En relación con los detectives privados, éstos se admiten como vía para controlar la conducta del empleador durante la situación de IT siempre que no lesionen el derecho a la intimidad de éste. De esta manera, los límites que un detective privado deberá respetar en su actuación serán básicamente dos³⁷:

- En cuanto al lugar de la investigación, no podrá investigarse en el domicilio privado del empleado, salvo que éste hubiera montado un negocio en su propio domicilio, en cuyo caso el detective podría hacerse pasar por un cliente.
- En cuanto a los medios a utilizar por el detective, la grabación de la voz del empleado y la captación de su imagen constituyen, en principio, atentados contra el derecho a la intimidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982³⁸.

Sin embargo, los Tribunales admiten sin mayores problemas las captaciones de imagen efectuadas por los detectives en su investigación y la grabación de conversaciones mantenidas por el detective con el empleado, en atención al interés empresarial perseguido. Grabaciones e imágenes sobre las que se debe guardar secreto, no utilizándose más allá de la finalidad de control laboral pretendida.

Asimismo, los informes de los detectives constituyen prueba testifical, debiendo personarse en el juicio personalmente y ratificar sus informes. Lo que supone, además, la imposibilidad de su utilización para fundamentar en fase de recurso la revisión de los

³⁶ Posibilidad admitida por la doctrina, así, JOVER RAMÍREZ, C., *La incapacidad...*, ob.cit. p. 170.

³⁷ SALA FRANCO, T. y SALAS BAENA, A, *La incapacidad temporal...*, ob.cit. p. 226.

³⁸ “Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección de esta Ley: 1. El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas. 2. La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas”.

hechos probados, dado que se tratará de pruebas autónomas sino de diligencias complementarias de la declaración testifical del detective³⁹.

En este ámbito cabe citar, entre otras, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears de 17 de octubre de 2008⁴⁰ donde se admiten como pruebas válidas para un despido disciplinario la prueba gráfica y videográfica realizada por un detective privado que fue oído como testigo, afirmándose al respecto que *"... si cuando, como en el caso de autos ocurre, la actividad laboral se desarrolla, necesariamente fuera del centro de trabajo y, en consecuencia, no existe otro medio de control admisible que el seguimiento externo del trabajador, ante la sospecha de un incumplimiento, por su parte, del cometido laboral que tiene asignado, obvio resulta, que tal medida controladora o de vigilancia no puede tildarse de atentatoria a la propia dignidad personal del trabajador y, mucho menos, a su intimidad personal, por cuanto sostener lo contrario supondría vaciar de contenido el derecho de dirección que incumbe a la empresa. Nuestro caso es semejante al anterior y en él no se advierte extralimitación en las grabaciones en la medida en que se refieren a hechos relevantes para las pretensiones de la parte demandada atendido el objeto del juicio y de la controversia consistente en la prueba, y posterior valoración, del tipo de actividades realizadas por la actora fuera de la empresa y en período de incapacidad laboral en orden a determinar si son o no causa de despido. Es especialmente importante tener en cuenta que la medida, en sí, fue idónea y necesaria pues en los HP II y III, no combatidos, se habla de la fecha en la que inició la actora un proceso de incapacidad temporal por contingencias comunes, por padecimiento de ansiedad, y que en dicha situación, <lo que fue objeto de comentarios entre los trabajadores de la plantilla y sin haber solicitado compatibilidad o autorización para ello a la referida empresa demandada>, constituyó la sociedad y abrió el local... y en el HP IV se lee que el seguimiento por detective fue ordenado por la empresa <a consecuencia de aquellos comentarios>, con lo que, a la vista de todos los matices del caso, la medida fue proporcional, al no tratarse de una investigación caprichosa ordenada con el prohibido ánimo de satisfacer la curiosidad del empresario, por lo que se cumplen los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, exigidos por la Jurisprudencia Constitucional..."*⁴¹.

Por otra parte, cabe tener presente que la jurisprudencia ha entendido que se transgrede la buena fe contractual y pueden ser causa de despido varias situaciones⁴²:

a) La realización de trabajos durante la situación de IT, siempre que la actividad desarrollada perturbe o demore la curación del empleado o su futura aptitud laboral. Aun cuando también se defiende que la realización de trabajos siempre constituirá una infracción contractual salvo en supuestos concretos en los que se trate de una terapia ocupacional compatible con las dolencias determinantes de la baja médica, circunstancia que siempre deberá ser probada por el empleado. Además, en el supuesto de resultar

³⁹ SALA FRANCO, T. y SALAS BAENA, A., *La incapacidad temporal...*, ob.cit. p. 226.

⁴⁰ AS 2008/2547.

⁴¹ También SSTSJ de las Islas Canarias de 29 de octubre de 2008 (Jur 2009/49519), de Madrid de 24 de noviembre de 2008 (Jur 2009/90472) y de La Rioja de 12 de febrero de 2009 (Jur 2009/190525).

⁴² GARCÍA VIÑA, J., "El deber recíproco de buena fe en la incapacidad temporal", en A. Ojeda "La incapacidad temporal", Ed. Tecnos, 1996, pp. 273 y ss.

compatible la enfermedad con la realización de algún trabajo, éste debe realizarse en la propia empresa o con su autorización.

Asimismo, según la jurisprudencia, los supuestos sancionables deben valorarse de forma individualizada, tomando en consideración las circunstancias que configuran el hecho así como las de su autor. Así, se tendrá en cuenta el tipo de enfermedad y las características de la ocupación.

De este modo, los Tribunales afirman que *“... para que el trabajo por cuenta propia o ajena durante un período de baja por enfermedad, sea encuadrable en la trasgresión de la buena fe contractual se requiere que la actividad desempeñada evidencia la aptitud para el trabajo o que aquélla sea de tal naturaleza que impida o dilate la curación pues en ambos casos se pone de manifiesto la infidelidad del trabajador con su patrón, con defraudación al mismo, y a la Seguridad Social, siendo por ello trascendente para la calificación de estas conductas examinar tanto el motivo de la baja y el tratamiento recuperador como el tipo de actividad desarrollada para poder llegar a una conclusión justa y proporcionada entre la conducta del trabajador y la sanción impuesta..”*⁴³. O se señala que: *“... son dos, por tanto, los supuestos en que puede quedar encuadrada la actividad realizada por el trabajador durante la IT para que merezca la sanción de despido, por transgresión de la buena fe contractual: o bien tal actividad está contraindicada respecto de su dolencia y puede prolongar su enfermedad o agravarla o comprometer su curación, o bien se trata de una actividad que puede ser realizada sin que lo anterior suceda, pero que pone de manifiesto que al igual que se halla en condiciones de llevar a cabo aquélla, también podría desempeñar su puesto de trabajo en la empresa; en este segundo caso se evidencia que existe una aptitud laboral real, aunque el trabajador se halle en situación de baja por incapacidad temporal. Para comprobar si concurre el primer supuesto hay que poner en relación la índole del padecimiento del trabajador y la actividad que realiza fuera de la empresa, mientras que para determinar si se trata del segundo supuesto habrá que comparar las tareas desempeñadas durante la IT con los requerimientos habituales del puesto de trabajo en la empresa...”*⁴⁴.

También cabe destacar que, para la jurisprudencia, es indiferente que el trabajo realizado sea remunerado o no, o por cuenta propia o ajena; considerando motivo de despido, entre otras, la conducción esporádica del propio vehículo, la asistencia a bares, la práctica de deportes, las actividades de recreo, la participación en pruebas físicas para el acceso a la policía municipal, las reparaciones en el propio vehículo, hacer una vida normal. En cambio no existe transgresión cuando los trabajos realizados fueron de amistad y buena vecindad, de escasa importancia o actividades de mero esparcimiento familiar⁴⁵.

Como ejemplos jurisprudenciales recientes cabe citar los siguientes: la calificación como despido procedente de un trabajador de baja por situación ansioso-depresiva que se dedica a la venta, como trabajador autónomo, de coches⁴⁶; la consideración como procedente del despido de una trabajadora que en situación de IT por depresión monta un

⁴³ STSJ de Andalucía/Sevilla de 4 de noviembre de 2008 (Jur 2009/146156).

⁴⁴ STSJ de la Comunidad de Madrid de 24 de noviembre de 2008 (Jur 2009/90472).

⁴⁵ GARCÍA VIÑA, J., “El deber recíproco..”, ob.cit. pp. 274-275.

⁴⁶ STSJ de Andalucía/Sevilla de 4 de noviembre de 2008 (Jur 2009/146156).

ciberlocutorio en el que trabaja⁴⁷; la calificación como procedente del despido del director de un café teatro que está 18 meses de baja por una operación de menisco (el diagnóstico e intervención quirúrgica se van retrasando) pero que varias veces a la semana al café caminando y ejerce una actividad como trabajador autónomo⁴⁸; la consideración como despido procedente de un trabajador en situación de baja médica por daños en una mano que se dedica a realizar actividades de carga y descarga⁴⁹; o se califica como procedente el despido de un trabajador en IT que se va de caza⁵⁰. También se ha calificado como procedente el despido de un trabajador que simula una enfermedad para poder asistir a una boda⁵¹.

Por el contrario, se califica como improcedente el despido de una trabajadora que en situación de IT debida a daño en una muñeca es despedida por coger un móvil, empujar un carrito de bebé o ir a la compra⁵²; el despido de un trabajador que estando de baja por bronquitis aguda consume alcohol al no haberse probado que tal conducta retrasó la recuperación médica⁵³; el despido de un trabajador –jefe de equipo- que estando de baja médica trabaja a tiempo parcial en el negocio familiar atendiendo a clientes⁵⁴; el despido de un trabajador en situación de baja que ayuda de forma puntual y gratuita a un amigo para reparar una avería sufrida en su comercio⁵⁵; o el despido de un trabajador que con una lesión en un hombro realiza una vida normal⁵⁶.

E incluso se califica como nulo el despido de una trabajadora víctima de violencia de género que está en situación de IT por un trastorno de ansiedad alegando la empresa que está haciendo vida normal⁵⁷.

En fin, también cabe tener en cuenta que, conforme al artículo 132.b) de la Ley General de la Seguridad Social, el trabajo por cuenta propia o ajena de un beneficiario de la prestación de IT comporta que el subsidio puede ser suspendido o anulado. A lo que cabe añadir lo dispuesto en el artículo 25.1 de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, que califica como una infracción grave el efectuar trabajos por cuenta propia o ajena durante la percepción de prestaciones, cuando exista incompatibilidad legal o reglamentariamente establecida y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 47 b) de la citada Ley.

Por otra parte, el empleado deberá devolver a la entidad gestora o colaboradora las prestaciones percibidas indebidamente (artículo 45 de la Ley General de la Seguridad Social) y el empleador le podrá reclamar la devolución de la mejora voluntaria que, en su caso, hubiera percibido. E incluso el empleador podría plantearse presentar una

⁴⁷ STSJ de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears de 17 de octubre de 2008 (AS 2008/2547).

⁴⁸ STSJ de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears de 19 de septiembre de 2008 (AS 2008/2608).

⁴⁹ STSJ de La Rioja de 12 de febrero de 2009 (Jur 2009/190525).

⁵⁰ STSJ del País Vasco de 29 de julio de 2008 (AS 2008/2960).

⁵¹ STSJ de la Región de Murcia de 1 de julio de 2008 (Jur 2008/362957).

⁵² STJS de Galicia de 17 de octubre de 2008 (AS 2008/2769).

⁵³ STSJ de las Islas Canarias/Las Palmas de 29 de octubre de 2008 (Jur 2009/49519).

⁵⁴ STSJ de la Comunidad de Madrid de 24 de noviembre de 2008 (Jur 2009/90472).

⁵⁵ STSJ de las Islas Canarias/Las Palmas de 31 de julio de 2008 (AS 2009/467).

⁵⁶ STSJ del País Vasco de 7 de octubre de 2008 (AS 2008/2969).

⁵⁷ STSJ de Cataluña de 3 de octubre de 2008 (AS 2008/2201).

reclamación frente al empleado para el resarcimiento de los correspondientes daños y perjuicios.

b) El empleado puede transgredir la buena fe, tanto si se niega a recibir la asistencia sanitaria como si le es prestada fuera de los servicios de la Seguridad Social. La negativa a someterse a un tratamiento (que constituye un deber) elimina la calificación de IT y puede ser causa de despido.

En el mismo sentido cabe recordar que el artículo 132.2 de la Ley General de la Seguridad Social prevé que la prestación por IT puede suspenderse cuando, sin causa razonable, el beneficiario rechaza o abandona el tratamiento que se le haya indicado.

Asimismo, la asistencia sanitaria le tiene que ser prestada por la Seguridad Social, aunque sólo sea a efectos del examen médico para la expedición de la baja y posteriores partes de confirmación. Cumpliendo ese trámite oficial el empleado puede recurrir a un servicio médico privado.

Pueden plantearse problemas, no obstante, cuando el empleado es despedido por negarse a seguir un tratamiento en la Seguridad Social por razones de conciencia (el caso, por ejemplo, de los testigos de Jehová).

c) Podría constituir una trasgresión de la buena fe contractual la presentación extemporánea de los partes de baja y confirmación, al no permitir planificar la sustitución del empleado, así como la manipulación o falsificación de los partes.

En consecuencia, la falta de justificación de la inasistencia al trabajo puede ser considerada motivo de despido disciplinario, aunque dicha incidencia no sería motivo procedente de despido si la empresa tuviera conocimiento, por otra vía, de la justificación de la ausencia del trabajador⁵⁸.

d) Cabe preguntarse qué ocurre cuando el empleado decide impugnar la resolución administrativa de alta médica. Los Tribunales entienden que la simple impugnación no mantiene automáticamente la suspensión del contrato hasta que se produzca una decisión judicial firme, por tanto, el empleado ha de desarrollar, con la diligencia exigible en cada caso, una conducta positiva en orden a informar al empresario o empleador de la impugnación y a acreditar la subsistencia de una IT para el trabajo ofreciendo en su caso los medios para la verificación de esa situación por la empresa. En caso contrario podría ser sancionado, incluso con el despido.

Y en este ámbito cabe recordar que, de producirse el despido por alguna de las causas apuntadas, el empleado pasaría a la situación legal de desempleo, manteniendo su derecho a recibir la correspondiente asistencia sanitaria.

Y, e) finalmente, también cabe recordar que un empleador, ante faltas reiteradas y justificadas de asistencia al trabajo, puede recurrir a lo dispuesto en el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores, despidiendo al empleado de forma objetiva, por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, o el 25% en cuatro meses, siempre que el índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo supere el 5% en los mismos

⁵⁸ SALA FRANCO, T. y SALAS BAENA, A., La incapacidad temporal: aspectos laborales, sanitarios y de la Seguridad Social, Tirant lo Blanch, p. 220.

períodos de tiempo. No se computan como faltas de asistencia, entre otras, las ausencias debidas a riesgo durante el embarazo, accidente de trabajo, maternidad, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, ni enfermedad común o accidente no laboral cuando la baja no haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de 20 días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda.

Cabe tener presente que, en opinión de algunos autores, y como propuesta de *lege ferenda*, debería eliminarse la redacción actual del artículo 20.4 del Estatuto de los Trabajadores, al considerarse que no debe ser facultad del empleador reclamar al empleado el sometimiento a un reconocimiento médico por profesionales que él mismo ha designado y en relación de dependencia con él. El trabajador puede ser reclamado a estos efectos por la entidad gestora, por la Mutua de Accidentes de Trabajo, oficialmente es reconocido por los servicios médicos oficiales y el empleador puede denunciar sus sospechas ante la Inspección de Servicios Médicos, por lo que añadir más posibilidades de control supondría constreñir al trabajo a una constante situación de desconfianza. La medida del empleador pone sobre sospecha los procesos de IT de quienes sufren una alteración de la salud derivada de una enfermedad común o de un accidente no laboral. Ello supone que el control del absentismo sólo se efectúe sobre ellos cuando también podría incidir dicha sospecha sobre quienes, afectados de una IT derivada de enfermedad profesional o accidente de trabajo, prolonguen maliciosamente su proceso de curación. Como contrapartida se defiende la ampliación del papel de la negociación colectiva en este ámbito, adoptándose una postura paliativa respecto a los efectos que las bajas por IT tienen para cualquier organización.

V. EL CASO DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS.

En este ámbito cabe recordar que respecto del personal de nuevo ingreso, es decir aquél que ha accedido a la función pública local a partir del día 1 de abril de 1993, el régimen de prestación de asistencia sanitaria y reconocimiento de la situación de IT es el previsto en el régimen general de la Seguridad Social, si bien la situación administrativa que se deriva de la declaración y reconocimiento de la prestación de IT es la misma prevista para los funcionarios públicos integrados, que es la de permiso o licencia por enfermedad.

Por su parte, como es conocido, la disposición transitoria 5ª del Real Decreto 480/1993, delegó la gestión de las prestaciones de asistencia sanitaria e IT en las entidades locales que tengan funcionarios integrados. Ámbito en el que la situación es especialmente compleja cuando la asistencia sanitaria está concertada con una mutua privada, por cuanto en estos casos parece que bastaría un informe médico privado para que el funcionario público integrado causase baja por IT, sin ningún tipo de control ni de los servicios públicos de salud ni de la entidad local. Cabe recordar que ni los sistemas de gestión de la IT por las Mutuas de accidentes de trabajo ni los sistemas de inspección médica de los servicios públicos de salud pueden ejercer ninguna competencia sobre estos funcionarios integrados en los 12 primeros meses de la prestación, correspondiendo

en todo caso al INSS la declaración de prórroga regulada en el artículo 128.1.a) de la Ley General de la Seguridad Social, una vez superado este período inicial de 12 meses⁵⁹.

Y, con carácter general respecto de ambos colectivos de funcionarios públicos, no se han regulado las facultades de reconocimiento y control que puede ejercer una entidad local respecto de la situación de enfermedad o accidente de alguno de sus funcionarios. Quedan pendientes muchas cuestiones como, por ejemplo, si es posible que una entidad local deniegue la licencia por enfermedad a pesar de que el servicio público de salud o bien un médico privado haya dado de baja médica al empleado, o si es posible decidir – sin base legal expresa a diferencia de lo que ocurre en el caso del personal laboral- un reconocimiento médico de un empleado supuestamente enfermo y en caso de que éste se negase a ello qué consecuencias podrían derivarse. Falta de regulación específica que, a nuestro entender, no tiene ninguna justificación y que debería resolverse lo antes posible.

Sin embargo, ya se ha puesto de manifiesto⁶⁰ -muy acertadamente- que este vacío no se da en ámbitos como el de los funcionarios del Estado, donde el artículo 18 y siguientes del Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, regula el acceso a la prestación por IT, tanto desde la perspectiva de protección social como desde la perspectiva de la correspondiente situación administrativa. Regulación legal que se concreta aún más mediante la Orden APU/2210/2003, de 17 de julio, del Ministerio de Administraciones Públicas, por la que se regula el procedimiento de las situaciones de incapacidad temporal y de riesgo durante el embarazo, en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado.

Dentro de dicha regulación se señala, por ejemplo, que:

- Se encuentran en situación de IT los funcionarios que acrediten padecer un proceso patológico de enfermedad o lesión por accidente que les impida con carácter temporal el normal desempeño de sus funciones públicas o que se encuentren en período de observación médica por enfermedad profesional, siempre y cuando reciban la asistencia sanitaria necesaria para su recuperación y hayan obtenido la licencia por enfermedad.
- La concesión de licencias y sus posibles prórrogas a los que tendrán derecho los funcionarios que se encuadren en la situación establecida corresponderá a los órganos administrativos con competencia en materias de gestión de personal.
- Para la concesión y control de estas licencias los órganos administrativos con competencia en materia de gestión de personal podrán hacer uso del asesoramiento facultativo propio o ajeno que consideren oportuno⁶¹. Sin perjuicio de ello, la

⁵⁹ MUÑIZ MERINO, R., ob.cit. p. 76.

⁶⁰ MUÑIZ MERINO, R., Treball de recerca del mestratge de dret i gestió local, EAPC, curs 2008/09, p. 75 y ss.

⁶¹ En el apartado 5 de la Orden APU/2210/2003, de 17 de julio, del Ministerio de Administraciones Públicas, por la que se regula el procedimiento de las situaciones de incapacidad temporal y de riesgo durante el embarazo, en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, se señala: “una vez recibido el parte, el órgano de personal, dispondrá lo conveniente en cuanto a la expedición de la licencia que corresponda o, sucesivamente, de las respectivas prórrogas, en relación con lo establecido en los artículos 89 y 90 del Reglamento General del Mutualismo Administrativo aprobado por Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo,.. Para ello contará con el asesoramiento facultativo que el propio parte supone, además de aquel otro que considere apropiado, incluido, si

Mutualidad General de Funcionarios civiles del Estado podrá ejercer el control y seguimiento de la situación de IT desde el inicio de la situación mediante el reconocimiento a efectuar por las Unidades Médicas de Seguimiento de las que disponga, propias o dependientes de otras entidades gestoras de la Seguridad Social y servicios públicos de salud con los que la Mutualidad establezca acuerdos de colaboración. Los reconocimientos médicos mencionados son potestativos, pero sus resultados vincularán para la concesión o denegación de las licencias y sus sucesivas prórrogas. Reglamentariamente se determinarán las situaciones, períodos y formas en los que se llevarán a cabo los seguimientos de los distintos procesos patológicos, salvaguardando, en todo caso, el derecho a la intimidad y la dignidad de la persona y la autonomía del paciente, así como la confidencialidad de las informaciones referentes a su estado de salud sanitario, según lo dispuesto en la Ley Orgánica de Protección de datos de carácter personal.

Partiendo de ello, se ha propuesto⁶² –opinión que compartimos- que, en el caso de los funcionarios públicos integrados, las entidades locales asuman –especialmente cuando la asistencia sanitaria la presta una mutua privada- las funciones de control e inspección de la situación de IT previstas para los servicios públicos de salud en el Real Decreto 557/1997, de 15 de abril, por la que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de la prestación económica de la Seguridad Social por IT. Ello se traduciría en facultades como la exigencia de la confirmación semanal de la situación de IT y la posibilidad de comprobación del estado de IT. Sistemas de control muy semejantes a los contenidos en el citado Real Decreto se recogen en la, ya citada, Orden APU/2210/2003, de 17 de julio, donde se faculta al órgano competente en materia de personal disponer lo que corresponda en materia de licencias por enfermedad de acuerdo con el certificado médico que aporte el funcionario público. También se le faculta para buscar aquel asesoramiento médico que estime conveniente para resolver lo que estime procedente, no sólo en cuanto a la concesión de la licencia, sino también para las prórrogas. Cabe afirmar incluso que, conforme a la disposición final 2ª de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local sería la normativa a aplicar respecto a la gestión de las situaciones de IT que se puedan producir en el ámbito local.

En definitiva, se defiende –opinión que compartimos- que sería factible habilitar sistemas de reconocimiento médico previo por parte de las administraciones locales destinados al asesoramiento de las entidades locales en cuanto a la procedencia o no del reconocimiento de la situación de incapacidad temporal y su prestación a los funcionarios integrados, así como el posterior control de tal situación, destinado a la declaración de las posteriores prórrogas o declaraciones de alta. No obstante, estos procedimientos deberían instrumentarse de forma que se garantizase en todo momento el respeto al derecho a la intimidad del funcionario⁶³.

procede, el que pudiera ser prestado por la Mutualidad General. Todas las actividades de asesoramiento médico a que se refiere el párrafo anterior se llevarán a cabo salvaguardando, en todo caso, el derecho a la intimidad y la dignidad de la persona y la autonomía del paciente, así como a la confidencialidad de las informaciones referentes a su estado sanitario. Tales derechos quedarán protegidos según lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal”.

⁶² MUÑIZ MERINO, R., ob.cit. pp. 76-77.

⁶³ MUÑIZ MERINO, R., ob.cit. p. 77.

Solución que, lógicamente, también comporta el correspondiente coste económico para la entidad local, por cuanto, en la gran mayoría de los supuestos deberá recurrir a servicios médicos externos.

No obstante, queda todavía una cuestión pendiente: en el caso de los funcionarios públicos no integrados, ¿es posible ejercer un control médico a los efectos de verificar la situación de enfermedad o accidente?. A nuestro entender, la respuesta es positiva, basándonos en la aplicación supletoria de lo dispuesto en el artículo 19 del Real Decreto Legislativo 4/2000, donde se señala, con carácter genérico, que *“para la concesión y control de esas licencias (de enfermedad) los órganos administrativos con competencia en materias de gestión de personal podrán hacer uso del asesoramiento facultativo propio o ajeno que consideren oportuno”*. Por tanto, si bien la gestión sanitaria de la IT corresponde a los servicios sanitarios públicos, la entidad local podría ejercer un control médico al ser el organismo competente a la hora de conceder las licencias. Control médico que, desde la perspectiva del funcionario público, resultaría obligatorio.

Cabe apuntar, no obstante, que a diferencia del artículo 20.4 del Estatuto de los Trabajadores, en este caso no está previsto que la negativa del empleado a que se le realice el reconocimiento médico implique la pérdida de la correspondiente mejora voluntaria, si bien, como vimos páginas atrás, los acuerdos de funcionarios recogen –por mimetismo con lo previsto en dicho precepto- dicho efecto. Asimismo, y como también vimos en el marco del citado artículo 20.4, la discrepancia entre el diagnóstico del facultativo del servicio público y el facultativo de la entidad local –propio o contratado a tales efectos- se resuelve a favor del primero, quedando solo abierta la posibilidad de recurrir a la inspección de servicios sanitarios para que ésta actúe en su caso.

Nuevamente, cabe tener en cuenta el coste económico que para la entidad local puede implicar el ejercer realmente este tipo de control médico.

LA MILLORA DE LA PRESTACIÓ D'INCAPACITAT TEMPORAL DELS EMPLEATS LOCALS

Fernando Alonso Llana
Assessor jurídic
Diputació de Barcelona

1. PROBLEMÀTICA.....	1
2. NORMATIVA REGULADORA. PRINCIPIS.	2
3. SOBRE LA POSSIBILITAT DE NEGOCIAR EL COMPLEMENT D'IT.	6
4. SOBRE LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL DE COMPTES DE 28 DE MAIG DE 2008.....	7
5. SENTÈNCIES DEL TRIBUNAL DE COMPTES RELACIONADES AMB PROCEDIMENTS DE REINTEGRAMENT PER ABAST.....	8
6. CONCLUSIONS.....	15

1. PROBLEMÀTICA

La sentència de 28 de maig de 2008, de la Sala de Justícia del Tribunal de Cuentas, dictada en recurs d'apel·lació contra la sentència del Departamento Tercero de la Sección de Enjuiciamiento, en procediment de reintegrament contra l'alcalde i l'interventor d'un ajuntament, en haver pagat la prestació d'IT a uns funcionaris en quantia superior a la prevista a l'article 69 del Text articulat de la llei de funcionaris civils de l'Estat, ha provocat una certa alarma sobre el pagament dels complement d'IT al personal dels ajuntaments, complement que està gaire bé generalitzat, si més no, als ajuntaments grans i mitjans.

Recentment han estat publicats alguns estudis doctrinals que han tractar del tema, com ara un article de Juan López Gandía, catedràtic de Dret del Treball i de la Seguretat Social de la Universitat Politècnica de València, aparegut al CEMICAL, al igual que altre de Joan Mauri, sobre la negociació col·lectiva després de l'EBEP i un altre de Carolina Gala, relatiu a la negociació de les polítiques socials després de l'EBEP que també han estat publicats al CEMICAL. És recomanable la lectura de tots ells, on es constaten les diferències que els estudiosos universitaris tenen sobre la matèria. Podrien resumir les tres postures d'aquests autors, tot demanant disculpes per la simplificació que farà de les mateixes, encara que la simplificació resulta obligada perquè no són l'objecte d'aquesta ponència. Aquestes postures van des de l'afirmació de què el complement d'IT es pot negociar amb tota la seva extensió de manera plenament ajustada a dret (Juan López Gandía), o bé que no es pot negociar gaire bé res, per manca de competència dels ens locals per a regular aquestes matèries (Joan Mauri), tot i que aquest autor sembla no oposar-se a les prestacions d'acció social, i finalment una postura que crec més eclèctica, que sosté que es poden negociar determinades polítiques socials, com les millores voluntàries, al estar incloses en el Règim General de la Seguretat Social, encara que amb certes matisacions (Carolina Gala). Faig una remissió a la lectura d'aquests articles doctrinals, tots tres molt interessants i defensors de postures certament diferents.

No obstant això, el que pretenc en aquesta exposició és un plantejament pràctic, el més allunyat possible de discussions acadèmiques. Pretenc fer una anàlisi des del punt de vista de la pràctica forense del dret, que s'enfronta dia a dia amb problemes reals de les entitats locals, sovint a reclamacions judicials, i que intenta donar solucions als problemes que des d'aquest àmbit se'ns

plantegen. És a dir, faré una exposició com si d'un cas real es tractés, intentant concretar al màxim la problemàtica i prescindint de plantejaments teòrics que, d'altra banda, altres professionals del dret ho farien molt millor que jo, i que de fet, ja ho han fet. Es tracta de respondre a la pregunta de què pot passar si l'Ajuntament X paga el complement d'IT als seus empleats amb fonament amb el seu conveni col·lectiu, en el cas del personal laboral, o en el seu acord de condicions, en el cas del personal funcionari, o fins i tot, sense l'existència d'aquests instruments.

Abans però d'entrar en matèria, sobre l'adequació o no dret d'aquest complement de prestacions d'IT, analitzaré primerament la normativa que considero d'aplicació i, després, la interpretació que d'aquesta normativa han vingut fent diferents tribunals que, des de punts de vista també diferents, han conegut del tema.

2. NORMATIVA REGULADORA. PRINCIPIS.

Parteixo dels següents enunciats que, a dia d'avui em semblen evidents, tot i que les sentències que més endavant citaré, algunes molt recents, semblen no tenir-lo en compte.

A) **No és ja d'aplicació la Disposició Final segona de la Llei de bases de règim local, que diu així:**

1. Los funcionarios públicos de la Administración local tendrán la misma protección social, en extensión e intensidad, que la que se dispense a los funcionarios públicos de la Administración del Estado y estará integrada en el Sistema de Seguridad Social.

2. La aportación de los funcionarios de la Administración local para la financiación de su Seguridad Social será la misma que se establezca para los funcionarios públicos de la Administración del Estado, cuando sea idéntica la acción protectora.

3. La gestión de la Seguridad Social de los funcionarios de la Administración local correrá a cargo de la MUNPAL, persona jurídica de Derecho público dotada de plena capacidad jurídica y patrimonio propio para el cumplimiento de sus fines, adscrita orgánicamente al Ministerio de Administración Territorial, al que corresponde su superior dirección y tutela.

La MUNPAL gozará de los mismos beneficios de pobreza, franquicia postal y telegráfica y exenciones tributarias, reconocidos a las entidades gestoras de la Seguridad Social, de acuerdo con lo establecido en la Ley General de la Seguridad Social, siendo en lo demás de aplicación la Ley 11/1960, en lo que no se oponga a la presente Ley, y sus normas de desarrollo.

Entenc que no és d'aplicació la LBRL perquè la Disposició Transitòria Tercera de la Llei 31/1991, de 30 de desembre, de Pressupostos Generals de l'Estat per l'any 1992, la va deixar sense efecte al decidir la integració dels funcionaris de l'Administració Local en el Règim General de Seguretat Social i autoritzar al Govern per a procedir a aquesta integració. La integració, com és sabut, es va produir pel Reial Decret 480/1993, de 2 d'abril, que integrà en el Règim General de la Seguretat Social el Règim Especial de la Seguretat dels Funcionaris de l'Administració Local i que, a més a més, va suprimir la MUNPAL. En conseqüència, formulem el següent principi, que em sembla obvi després de l'afirmació anterior.

B) És d'aplicació la normativa general de la Seguretat Social, reguladora de la prestació d'IT, amb idèntica extensió que a qualsevol treballador inclòs en aquest règim.

No hi cap motiu per entendre el contrari. El Règim General de la Seguretat Social només és un i el mateix per a tothom que hi estigui integrat. No té cap sentit mantenir la integració al Règim General de la Seguretat i excloure d'aquesta idea la quantia de la prestació d'IT. No hi ha cap disposició que ens indiqui que aquesta prestació hagi de ser igual a la prestació dels funcionaris civils de l'Estat, que tenen un altre règim, propi d'aquest funcionaris. Al contrari, el Decret d'integració ens indica literalment que *la prestación de incapacidad transitoria se concederá al*

personal activo en los mismos términos y condiciones que los previstos en el Régimen General de la Seguriad Social. (art. 6 del RD 480/1993). Tota la Disposició Final Segona de la LBRL ha quedat derogada per la LPGE de l'any 1992. No té cap sentit considerar derogada una part d'aquella disposició i no la disposició sencera. No es pot dir que és vigent la LBRL i que al personal funcionari de l'Administració Local se li hagi d'aplicar en matèria d'IT el règim dels funcionaris civils de l'Estat, i no la resta de la protecció del sistema que indica la Disposició Final Segona de la LBRL, cosa aquesta última que ningú no qüestiona. Tothom té clar que la invalidesa permanent o la jubilació (ara es planteja si és aplicable la jubilació parcial), la viduïtat, etc. són regulades pel Règim General de la Seguretat Social.

Dons bé, la justificació del pagament de la prestació d'IT en la mateixa quantia que als funcionaris de l'Estat, prevista a l'article 69 de la Llei de funcionaris civils de l'Estat de 1964 es fonamenta, sobre tot, encara que no exclusivament, en una disposició derogada.

No obstant això són moltes les sentències que continuen mantenint la idea de la vigència de Llei de funcionaris civils de l'Estat. A títol d'exemple citem algunes, però n'hi ha moltes més, referides a Acords posteriors a la integració dels funcionaris locals al Règim General de la Seguretat Social.

- La del Tribunal de Cuentas de 28 de maig de 2008, que comentarem més endavant.
- La del Tribunal Suprem de 19 de novembre de 2008, per citar la més recent que conec, que considera d'aplicació la Llei de funcionaris civils de l'Estat, en aplicació de la Disposició final Segona de la LBRL. Més concretament, indica que la percepció del 100% de les retribucions en cas de baixa contradiu el que disposa l'article 21 del RD Llei 4/2000, de 23 de juny, pel qual s'aprova el Text Refós de la Llei de la Seguretat Social dels Funcionaris Civils de l'Estat que, després de la recent modificació feta per la Llei 2/2008, de 23 de desembre (en al redacció anterior es feia, a l'apartat 1.a), una remissió durant els tres primers mesos, a l'article 69 de la Llei de Funcionaris Civils de l'Estat).

1. La prestación económica en la situación de incapacidad temporal consistirá:

- a. Durante los primeros tres meses, en la totalidad de las retribuciones básicas y de las retribuciones complementarias del funcionario en la misma cuantía a las que le correspondería en cada momento en su puesto de trabajo si no se encontrase en esta situación de incapacidad temporal, y con cargo a los mismos conceptos presupuestarios por los que se venían percibiendo dichas retribuciones.
- b. Desde el cuarto mes percibirá las retribuciones básicas, la prestación por hijo a cargo, en su caso, y un subsidio por incapacidad temporal a cargo de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, cuya cuantía, fija e invariable mientras dure la incapacidad, será la mayor de las dos cantidades siguientes:
 1. El 80 % de las retribuciones básicas (sueldo, trienios y grado, en su caso), incrementadas en la sexta parte de una paga extraordinaria, correspondientes al tercer mes de licencia.
 2. El 75 % de las retribuciones complementarias devengadas en el tercer mes de licencia.

La suma resultante no podrá exceder del importe de las percepciones que el funcionario tuviera en el primer mes de licencia

- La del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, Sala Contenciós Administratiu, de 9 de desembre de 2005, que també considera vigent la DF 2a de la LBRL, cosa que com hem vist, no es ajustada a la realitat de les coses, encara que considera vigent en el aquells moments, pot ser encertadament, la disposició addicional quarta de Llei 11/1960, de 12 de maig, que indica que les Corporacions Locals no podran concedir aportacions, subvencions o ajuts de qualsevol gènere dels seus funcionaris. Precepte que creiem derogat a data d'avui, com veurem més endavant.

Per contra,

- La del Tribunal Suprem de 4 de desembre de 2005, al igual que les que aquesta sentència cita, també mantenen la mateixa idea, encara que en aquest cas, la idea és plenament correcta, perquè està referida a un acord de condicions de treball de funcionaris d'abans

de l'entrada en vigor de la integració al Règim General de la Seguretat Social, la qual cosa s'ha de tenir en compte per a la seva correcta valoració. Cito aquesta sentència perquè he vist de vegades citar sentències referides a acords de condicions anteriors a la integració al Règim general de la Seguretat Social.

Encara que minoritàries, existeixen altres sentències que van en el que considero la línia adequada a la legalitat vigent, en el sentit de què s'han d'aplicar a la prestació d'IT les quanties previstes al Règim General de la Seguretat Social. Citem, també a títol d'exemple,

- Tribunal Superior de Justícia de Galícia, Sala contenciós administrativa, de 12 de juliol de 2000. Es tracta d'un funcionari que reclama per dos mesos de baixa el 100% de les retribucions i la Sala considera que ha de percebre les previstes al Règim General. Aquesta sentència fa dos curioses valoracions més: una, que no consta que l'acord de condicions que disposa el pagament del 100% estigui vigent, i una altra, que aquest acord no podria anar en contra del Decret d'integració.
- Tribunal Superior de Justícia de Canàries, Santa Cruz de Tenerife, sala social, de 7 de juny de 2004, que tracta també del tema, encara que tangencialment, d'aplicació de convenis sectorials quan no hi ha norma convencional pròpia.
- Tribunal Superior de Justícia de Extremadura, Sala contenciós administratiu, de 16 de setembre de 2008, que també considera que s'han d'aplicar a la prestació d'IT, les quanties previstes al Règim general.

Arribats a aquest punt, tot entenent que s'ha d'aplicar el Règim General de la Seguretat Social, i en aplicació també del que disposen els articles 120, 129 i 131 de Llei General de la Seguretat Social, l'art. 2 Decret 3158/1966; l'art. 14 Decret 1646/1972, etc., hem de concloure que la prestació d'IT, hauria de ser:

- Per contingències comuns, del 4art al 20è dia, del 60% de la base reguladora, i partir del 21è, del 75% de la base reguladora.
- Per contingències professionals des del primer dia el 75% de la base reguladora.
- El pagament, en cas de les comunes, els tres primers dies a càrrec de l'ajuntament (si hi ha acord) i del 4art al 15è també, obligatòriament. A partir del 16è, a càrrec de l'entitat gestora, o del propi ajuntament en el cas dels integrats.
- El pagament, en el cas de la contingència professional, el dia de l'accident a càrrec de l'ajuntament i la resta, de la Mútua.

C) No és d'aplicació la disposició adicional quarta de la Llei 11/1960, de creació MUNPAL

Aquesta disposició ens indica que *Las Corporaciones Locales no podrán en lo sucesivo conceder aportaciones, subvenciones o ayudas de cualquier género para fines de previsión de sus funcionarios. Serán nulos los créditos que se concedan con infracción de este precepto y su pago engendrará las responsabilidades pertinentes.* Creiem que aquest precepte està derogat perquè els articles 37.1.e) i 29 de l'EBEP permeten, expressament, la negociació dels plans de previsió social complementària, mentre que l'apartat i) del mateix article preveu la negociació dels criteris generals d'acció social i l'apartat g), els criteris generals per a la determinació de prestacions socials i pensions de classes passives. Fem aquest aclariment perquè alguna de les sentències que deneguen els complements de la prestació d'IT es basen en aquesta idea.

D) La millora de la prestació.

El que hem dit fins ara és la normativa vigent de la prestació d'IT, la normativa d'aplicació quan no hi ha cap norma que millori aquesta prestació i que només podria ser un conveni col·lectiu del personal laboral o un acord regulador de les condicions de treball del personal funcionari.

Podrien sostenir també la decisió unilateral de l'empresari, com a font de la millora de la prestació, però aquest extrem, gens discutible a l'àmbit privat, estaria, al meu parer, fora de la capacitat de disposició dels nostres ens locals, en aplicació del principi de legalitat.

La primera cosa que hem de dir és que si un ajuntament no té un d'aquests instruments convencionals o tots dos, no podrà abonar als seus treballadors o funcionaris cap complement de la prestació d'IT, si no vol incorre eventualment en la responsabilitat a que es refereix la sentència de la Sala de Justícia del Tribunal de Comptes, de 28 de maig de 2008. No podria abonar-lo per manca de cobertura normativa.

Seguidament hem de valorar si és possible, per via convencional, millorar la prestació d'IT (d'altres millores no són discutides, com ara els plans de pensions, previst expressament a la Llei, o fins i tot, fons socials destinats a satisfer determinades necessitats dels funcionaris, que no són objecte d'anàlisi en aquesta sessió). Si entenem d'aplicació el règim general de la seguretat al personal dels ajuntaments, hem de mantenir que els és d'aplicació aquest règim sense cap limitació, ja que cap limitació indica la normativa reguladora de la integració. Per tant, hauria de resultar evident que les millores voluntàries de la Seguretat Social formen part integrant d'aquest règim. La seva regulació es troba als articles 39 i 191 de la LGSS. Aquests articles disposen el següent:

Artículo 39.- Mejoras voluntarias.

- 1. La modalidad contributiva de la acción protectora que el sistema de la Seguridad Social otorga a las personas comprendidas en el apartado 1 del artículo 7 de la presente Ley, podrá ser mejorada voluntariamente en la forma y condiciones que se establezcan en las normas reguladoras del Régimen General y de los Regímenes Especiales.*
- 2. Sin otra excepción que el establecimiento de mejoras voluntarias, conforme a lo previsto en el número anterior, la Seguridad Social no podrá ser objeto de contratación colectiva.*

Artículo 191.- Mejoras de la acción protectora.

- 1. Las mejoras voluntarias de la acción protectora de este Régimen General podrán efectuarse a través de :*
 - a) Mejora directa de las prestaciones.*
 - b) Establecimiento de tipos de cotización adicionales.*
- 2. La concesión de mejoras voluntarias por las empresas deberá ajustarse a lo establecido en esta sección y en las normas dictadas para su aplicación y desarrollo.*

Artículo 192.- Mejora directa de las prestaciones.

Las empresas podrán mejorar directamente las prestaciones de este Régimen

General, costeándolas a su exclusivo cargo. Por excepción, y previa aprobación del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, podrá establecerse una aportación económica a cargo de los trabajadores, siempre que se les faculte para acogerse o no, individual y voluntariamente, a las mejoras concedidas por los empresarios con tal condición.

No obstante el carácter voluntario, para los empresarios, de la implantación de las mejoras a que este artículo se refiere, cuando al amparo de las mismas un trabajador haya causado el derecho a la mejora de una prestación periódica, ese derecho no podrá ser anulado o disminuido, si no es de acuerdo con las normas que regulan su reconocimiento.

No obstant això, són moltes les sentències que han vingut sostenint que el complement de la IT, com a millora voluntària de seguretat social, no és conforme a dret, sigui per vulnerar la normativa general de funció pública, referida a les retribucions del personal o als increments retributius per sobre del previst a les Lleis de Pressupostos, sigui també per la manca de competència de les entitats locals per a regular el sistema de seguretat social. Plantejament que no ens sembla correcte perquè, el que ens sembla evident és que el complement de la prestació d'IT, no és

salari, no és retribució ni contraprestació pel treball realitzat (vegeu l'article del professor Juan López Gandia, citat al començament). Al contrari, es percep precisament quan no es treballa. El caràcter no retributiu o no salarial ha estat reconegut per la jurisprudència del Tribunal Suprem, Sala Social, en sentència, d'1 de desembre de 1997, entre d'altres, o del Tribunal Superior de Justícia de Madrid de 21 de juliol de 2005. Tampoc no figura entre els conceptes retributius de l'article 23 de la Llei 30/84, o entre els conceptes de l'article 26 de l'ET.

D'altra banda, resulta sorprenent que aquesta "prohibició" de complementar la IT, no es manté, pel propi Tribunal Suprem, en supòsits en què es tracta d'altres prestacions diferents de la IT, però que no tenen naturalesa salarial o retributiva. Així, per exemple,

- Sentència TS de 25 de juny de 2007, Sala contencions administrativa, referida a l'ajuntament de Torrelavega, considera vàlida la contractació d'una pòlissa d'accidents, pactada en l'acord de condicions, precisament perquè no és matèria retributiva, amb cita d'una altre sentència anterior del mateix Tribunal, de 28 de juliol de 2006, referida a la Diputació de Granada. Aquesta sentència va ser estimativa en aquest extrem del recurs que l'ajuntament de Torrelavega va formular contra la sentència que comentem a continuació.
- Tribunal Superior de Justícia de Cantàbria, de 8 d'abril de 2002, que va entendre d'aplicació el règim general de la seguretat social també pel que fa al complement d'IT, i no va ser recorreguda per l'Advocat de l'Estat, tot i que va demanar la nul·litat del complement. Hem de dir no obstant que aquesta sentència, en aquest extrem, és certament minoritària, encara que molt citada precisament per ser de les poques, que consagren la legalitat del complement d'IT.
- Tribunal Suprem de 15 d'octubre de 2007, considera conforme a dret la creació d'un fons per a fer front a una sèrie de prestacions sanitàries i ajuts socials als empleats de l'ajuntament, perquè no són retribucions i no és contrari al que disposa l'article 153 de RDL 781/1986, de 18 d'abril, article que indica que els funcionaris de l'administració local només seran remunerats pels conceptes establerts a l'article 23 de la Llei 30/1994, de 2 d'agost.
- Tribunal Suprem, de 28 de juliol de 2006, considera ajustades a dret les disposicions de l'acord de funcionaris relatives a una assegurança col·lectiva d'accident i un fons per a fins socials. Considera també la Sala que no són retribucions, sinó, mesures assistencials.

3. SOBRE LA POSSIBILITAT DE NEGOCIAR EL COMPLEMENT D'IT.

Pel que hem vist, als nostres Tribunals, amb anterioritat a l'entrada en vigor de l'EBEP, no els hi semblava conforme a dret l'establiment de la millora voluntària de seguretat social, pel que fa al complement d'IT, mitjançant la negociació col·lectiva, encara que no posaven gaires objeccions a d'altres "millores voluntàries", també de contingut econòmic, com ara, les assegurances col·lectives, els fons d'acció social o de mesures assistencials, per utilitzar l'expressió del propi Tribunal Suprem. No obstant això, com hem dit, crec que el motiu principal és la consideració errònia de la naturalesa del complement, la seva consideració com a retribució no contemplada a la normativa reguladora de les retribucions de la funció pública, i conseqüentment, per suposar, gairebé sempre, una superació de les limitacions previstes a les lleis de pressupostos generals de l'Estat en matèria retributiva. Així, s'arriba igualment a la conclusió de què no és matèria de negociació col·lectiva, al si dels ajuntaments, les retribucions dels funcionaris, per ser competència exclusiva de l'Estat i venir aquestes retribucions disposades per norma estatal amb rang de llei. A més a més, l'article 32 de la LORAP no preveia aquesta possibilitat, segons el criteri majoritari del Tribunal Suprem, tot i que el mateix article disposava a l'apartat j) la possibilitat de negociar les matèries de Seguretat social (cert que dins les competències de cada administració pública) i a l'apartat k) les matèries d'indole assistencial.

És més que possible que es continuï pensant el mateix després de la publicació de l'EBEP, tot i que expressament està prevista, a l'article 37, la negociació dels plans de previsió social complementària (apartat e), els criteris generals per a la determinació de prestacions socials i pensions de classes passives (g) i els criteris generals d'acció social (i). També hem de considerar que les matèries que indica l'esmentat article 37 de l'EBEP no són un numerus clausus que exclouï qualsevol altre aspecte de la negociació col·lectiva, però el cert és que la regulació actual no és molt diferent de la vigent fins a l'entrada en vigor de l'EBEP.

A hores d'ara no tinc constància de l'existència de sentències que, en aplicació de l'EBEP, mantinguin els mateixos criteris que amb l'aplicació de la normativa anterior, ni tampoc tinc constància de noves sentències en les quals hagin estat al·legats els motius que hem anat indicant al començament d'aquesta intervenció per tal de justificar que la inclusió en el règim general de Seguretat Social comporta de facto l'aplicació d'aquest règim, del qual en formen part substancial les millores voluntàries de les prestacions de seguretat social que, con s'ha dit també, no tenen naturalesa retributiva ni tampoc, després de la integració, els és d'aplicació la normativa de classes passives a cap efecte. Resulta sorprenent que sentències molt recents del Tribunal Suprem continuïn mantenint aquest criteri, després de més de quinze anys de la integració.

Segurament, una explicació dels motius pels quals continua vigent aquest criteri, pot ser la problemàtica referida a l'ordre jurisdiccional competent per a conèixer d'aquesta matèria que, com és sabut, la doctrina dels tribunals s'inclina majoritàriament en favor de l'ordre contenciós quan es tracta de reclamacions fetes per personal funcionari (STSJ de València, Sala Social, de 22 de maig de 2007), tot i que comencen a aparèixer algunes sentències de l'ordre social de la jurisdicció, més sensibles a una interpretació extensiva de la negociació col·lectiva i a considerar les millores voluntàries en general i el complement d'IT en particular, com a prestacions de seguretat social i no com a retribucions (TSJ Canàries, Sala Social, de 7 de juny de 2004). Podem d'esperar per tant que, poc a poc, aquest criteri s'acabi imposant, i que el coneixement de totes les qüestions relacionades amb prestacions de seguretat social o amb les seves millores, acabin a la jurisdicció social, encara que estiguin referides a personal funcionari, com succeeix en altres matèries de la acció protectora de la seguretat social, com la invalidesa o la jubilació. Haurem d'esperar a veure per a on aniran les coses, però en tot cas, caldrà d'al·legar aquests motius en les reclamacions judicials que es formulin en aquesta matèria, cosa que fins ara no s'ha fet, o si més no, o si s'ha fet, no s'aprecia a les sentències dictades fins avui.

Pel que fa al personal laboral, podrien dir que el problema és inexistent: com a simple dada, l'article 54.6 del conveni únic de la Generalitat de Catalunya i l'article 42 del Conveni Únic de l'Administració de l'Estat, disposen el complement del pagament fins al 100% de la prestació de la IT. No semblaria molt coherent que l'Estat, en ús de les seves facultats de control dels ens locals, promogués la nul·litat de convenis col·lectius, mitjançant els seus serveis jurídics, en matèries regulades de manera idèntica a com ho fa la seva pròpia administració. No obstant això, els arguments dels nostres tribunals contenciosos, per a denegar el complement d'IT serien predicables també del personal laboral: si fossin retribucions (que no ho són) també podrien suposar un increment per sobre del previst als pressupostos de l'Estat; si els ajuntaments no tenen competències per a regular el règim de seguretat social dels funcionaris, tampoc ho tindrien pel personal laboral, etc.

4. SOBRE LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL DE COMPTES DE 28 DE MAIG DE 2008.

Tornem al començament de l'exposició i per tant, a la sentència del Tribunal de Cuentas de 28 de maig de 2008, dictada en apel·lació, parcialment confirmatòria de la dictada en instància. Resumidament, aquesta sentència tracta del cas d'un ajuntament en el qual es van fer pagaments del complement d'IT a uns funcionaris (no es diu res de personal laboral), fins al 100% de les seves retribucions quan, segons indica, la normativa aplicable, només podria pagar el 75% de la base reguladora de la prestació a partir del quart mes de la baixa.

D'aquesta sentència, prou coneguda, en destaquem el següent:

- Incorre en l'error sobre quina és la normativa aplicable als funcionaris locals en matèria d'IT que, com hem dit, és la prevista al règim general de la seguretat social. La sentència, tot i referida a pagaments efectuats a 2004, sembla mantenir que la normativa d'aplicació és la prevista a la llei de funcionaris civils de l'Estat. Encara que aquesta qüestió és menor als efectes de la responsabilitat per abast, perquè en qualsevol cas, a partir del quart mes de baixa no s'ha de pagar el cent per cent, segons criteri de la sentència.
- Més important és un altre aspecte. La sentència d'instància reconeix que "no se ha alegado por las partes demandadas la existencia de norma vigente que pudiera ampliar los derechos retributivos señalados anteriormente, en situación de incapacidad laboral transitoria, al personal dependiente de las entidades locales". Aquesta afirmació si que la considero transcendental per entendre la part dispositiva de la sentència. Ignoro si l'Ajuntament en qüestió tenia o no acord de condicions que pogués ampliar els drets reconeguts a la llei en matèria de prestació d'IT, però si l'ajuntament no ho va al·legar o no tenia acord de condicions, difícilment es podia justificar el pagament.
- La sentència d'instància condemnà a l'alcalde perquè va ordenar el pagament de la totalitat de les retribucions dels funcionaris en situació d'IT de més de tres mesos, en contra dels informes emesos per l'Interventor accidental i el Secretari general de la Corporació. Condemnà també a l'interventor per la nòmina d'un mes d'abril de 2004 perquè no va fer, en aquest cas, advertència d'il·legalitat.
- La sentència d'apel·lació només eximeix l'interventor accidental per considerar que no es acredita que aquest senyor conegués la situació d'IT del funcionari.
- L'alcalde no va formular recurs.

Tot i al contundència d'aquesta sentència, no hem d'arribar necessàriament a la conclusió de què, qualsevol pagament no previst en normes amb rang de llei o reglamentari, hagi de suposar necessàriament una responsabilitat comptable. Es fa necessari fer una anàlisi de la doctrina del Tribunal de Cuentas en matèria de responsabilitat per abast, abans d'arribar a conclusions precipitades i possiblement errònies.

5. SENTÈNCIES DEL TRIBUNAL DE COMPTES RELACIONADES AMB PROCEDIMENTS DE REINTEGRAMENT PER ABAST.

La primera cosa que he d'indicar és que no he trobat cap sentència que tractés el tema del complement d'IT dels funcionaris des de la perspectiva que hem vingut comentant. Les sentències que comento i transcripció parcialment, tracten d'altres aspectes referits a la negociació col·lectiva o a pagaments efectuats amb fonament en acords de ple i que precisament, per existir un instrument normatiu, van eximir de responsabilitat per abast a les persones imputades. En tots els casos es tracta de sentències dictades en apel·lació per la Sala de Justícia Sección de Enjuiciamiento, del Tribunal de Cuentas, excepte la que comentaré en últim lloc, la qual cosa ens permet sostenir que constitueixen un cos important de doctrina del Tribunal.

1.- Tribunal de Cuentas (Sala de Justicia, Sección Enjuiciamiento)

Sentencia de 16 octubre 2007

[JUR 2008\169620](#)

En aquesta sentència el Tribunal no es qüestiona la legalitat de l'acord de funcionaris que va crear un fons social amb aportacions de l'ajuntament i dels propis funcionaris per a fer front a determinades necessitats del personal. Al contrari, ho considera justificat. El tema de fons fa referència a la possible desviació o no justificació de pagaments de les persones que s'encarregaven de la gestió del fons, però l'existència del fons i sobre tot, el caràcter vinculat de

l'acord de condicions dels funcionaris, que és el que ens interessa en aquests moments, ni tant sols és qüestionat pel Tribunal.

PRIMERO.- En el período comprendido entre el 24 de enero de 1997 y el 20 de octubre de 2003, DOÑA ROSARIO C. R. y DON VICENTE Z. R. dispusieron de La cuenta corriente 0200164624 abierta en la C. de A. y P. de B. (L. C.), bajo el nombre «Fondo Social de Funcionarios-Ayuntamiento de Cádiz» (folio 106 de la pieza principal). Dicha cuenta registraba, como ingresos, las entregas efectuadas por el Ayuntamiento de Cádiz para cumplir finalidades de carácter social para sus funcionarios. Se nutría, también, de las cantidades que aportaban los propios funcionarios, con carácter obligatorio, para dichas finalidades. Todo ello, en los términos establecidos en el Acuerdo Regulado firmado entre el Ayuntamiento de Cádiz y su personal en 1998 y, más en concreto, en el Reglamento del Fondo Social de Funcionarios (Anexo V de dicho Acuerdo).

.....

Otra parte de los fondos depositados en la cuenta eran aportaciones de los funcionarios del Ayuntamiento. Estas cantidades, aunque eran ingresadas por la Corporación, procedían del patrimonio particular de los funcionarios, ya que eran fondos que se detraían de sus haberes, de manera similar a lo que se hace con las cotizaciones a la Seguridad Social o las retenciones de impuestos, que después se depositan por el mismo Ayuntamiento pero en nombre y por cuenta de los funcionarios y con cargo a sus haberes. Estos fondos tienen, también, naturaleza pública por las siguientes consideraciones:

En primer lugar, por su carácter obligatorio como consecuencia de la negociación colectiva desarrollada en el ámbito de la Corporación. Así, el Acuerdo Regulado de Funcionarios al servicio del Ayuntamiento de Cádiz, vigente desde el 1 de enero de 1998 a 31 de diciembre de 2001, prorrogó el artículo 51 del Acuerdo regulador anterior, que establecía la retención mensual en nómina, estableciéndose además en el artículo 40 del Convenio vigente que «salvo los descuentos y retenciones legalmente establecidas, cualquier descuento deberá constar expresamente con la autorización personal del funcionario», sin que se diera ocasión a la previa autorización individual de cada uno de los funcionarios para detraer la aportación en su nómina de haberes. En definitiva, el carácter obligatorio de la detracción es una consecuencia de la negociación colectiva en el ámbito de la Administración Pública (que también se aplica al ámbito local), ya que el artículo 32 de la Ley 9/1987 de 12 de junio, de Regulación de los Órganos de Representación, determinación de las condiciones de trabajo y Participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas, reconoce como objeto de negociación en su apartado k) «las materias de índole económica, de prestación de servicios, sindical, asistencial, y en general cuantas otras afecten a las condiciones de trabajo y al ámbito de relaciones de los funcionarios públicos y sus Organizaciones Sindicales con la Administración».

.....

Debe tenerse en cuenta que la creación del controvertido Fondo Social y la distribución de su importe entre los beneficiarios habría de ubicarse en el contexto de la relación jurídica existente entre el Ayuntamiento antedicho y su personal funcionario, esto es, la relación jurídica funcional, que tiene naturaleza de relación de derecho público. La distribución del Fondo Social formaba parte del conjunto de contraprestaciones que el Ayuntamiento entregaba a sus funcionarios a cambio del servicio público que éstos prestaban constituyendo así un instrumento por medio del que la Corporación se servía para el cumplimiento de los fines que tenía atribuidos, siempre con el trasfondo del interés público. Sí bien es cierto que las ayudas otorgadas con cargo al Fondo Social no podrían considerarse remuneraciones en sentido estricto por no haber relación directa entre la percepción de las mismas y el trabajo desempeñado por los funcionarios, no es menos cierto que constituirían un sistema complementario de compensar a los funcionarios por el desempeño de la función pública y, por tanto, el Fondo Social cumpliría la finalidad de naturaleza pública de contraprestación del servicio público, sobre la base de un sistema asistencial complementario al salarial pero igualmente compensatorio de las prestaciones realizadas por los funcionarios a favor del Ayuntamiento en el marco de la actividad municipal.

2.- Tribunal de Cuentas (Sala de Justicia, Sección Enjuiciamiento)

Sentencia núm. 14/2007 de 23 julio

[JUR 2007\315156](#)

Aquesta sentència no es refereix a un acord de funcionaris, sinó a la manifesta infracció d'una llei, concretament de l'article 38 de l'Estatut dels Treballadors, que prohibeix la compensació econòmica de les vacances. És molt rellevant el criteri del Tribunal, en aquest cas referit a una empresa pública vinculada a l'Ajuntament de Marbella, en un supòsit en què el propi Tribunal considera que el procedir de l'empresa és contrari a dret, perquè les vacances no són substituïbles per compensació econòmica. No obstant això, considera que les qüestions de legalitat ordinària corresponen a la jurisdicció ordinària.

UNDÉCIMO.- Que seguidamente procede analizar la segunda irregularidad por la que el Ministerio Fiscal ejercita la pretensión de responsabilidad contable, y es la relativa al abono de un "plus voluntario por razones de servicio" a diferentes trabajadores en los años 1995 y 1996 por importe de 16.800,57 (2.795.379 pesetas), que compensaba, según esta parte, el no disfrute de vacaciones contraviniendo lo dispuesto en el art. 38 del Estatuto de los Trabajadores.

.....

Habiendo quedado probado el concepto en que se hizo el pago de estos pluses y que fueron pagados por quien tenía competencia para ello, procede analizar si como afirma la parte actora, se ha producido un hecho constitutivo de responsabilidad contable por compensar económicamente el no disfrute de vacaciones. El artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores, precepto donde encuentra la regulación básica del derecho a las vacaciones determina que éstas no son sustituibles por compensación económica. La jurisprudencia ha entendido como excepción a dicha regla los supuestos de terminación del contrato en los que no sea posible su disfrute, considerando en estos casos que es legal la compensación económica (STS de 17 de septiembre de 2002). Ahora bien, para que exista responsabilidad contable es necesario que concurran todos los elementos constitutivos previstos en el artículo 49 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas y en concreto que se haya producido una infracción de las leyes reguladoras del régimen presupuestario y de contabilidad. La sola infracción del invocado artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores podría tener trascendencia en el ámbito de la jurisdicción social pero no en el ámbito de la jurisdicción contable ya que no se trata de una infracción del procedimiento presupuestario o contable aplicable en este caso al ámbito local. No existe controversia de las partes y por ello debe considerarse como hecho consentido, que esas cantidades se pagaron a determinados trabajadores por unos trabajos que efectivamente prestaron, tampoco se ha dudado en ningún momento si esos trabajos debían prestarse o no, por lo que debe entenderse que ante unas necesidades del servicio determinados trabajadores renunciaron a parte de sus vacaciones percibiendo una remuneración por este concepto lo cual no genera daño para los fondos públicos ni infringe precepto alguno desde el punto de vista contable o presupuestario, todo ello sin perjuicio de las posibles consecuencias que desde el ámbito de la jurisdicción social pudiesen derivarse.

Como consecuencia de lo expuesto cabe concluir que no concurren todos los elementos necesarios para declarar la existencia de responsabilidad contable respecto al pago de los pluses voluntarios por razones de servicio a determinados trabajadores de la empresa T. 2000, S.L. en los años 1995 y 1997, debiendo desestimar la demanda en cuanto a esta pretensión.

3.- Tribunal de Cuentas (Sala de Justicia, Sección Enjuiciamiento)

Sentencia núm. 2/2007 de 14 marzo

[JUR 2007\257894](#)

Es tracta d'un supòsit de pagament de bestreta a compte de la nòmina a un assessor de l'alcalde, sense habilitació pressupostària, que més tard va ser nomenat Sots Inspector Cap del cos de policia local. L'interès de la sentència rau en què el Tribunal no considera que hagi d'entrar a valorar la legalitat o no del nomenament com assessor d'aquella persona, sinó en l'existència o no de l'acord del Ple que havia de fixar les retribucions d'aquest personal, la qual cosa no existia,

motiu pel qual va declarar la responsabilitat per abast de l'alcalde. D'existir aquell acord, al marge de la seva legalitat o no, no i hauria responsabilitat per abast.

.....

Como afirma la parte demandada este Consejero no puede entrar a valorar la legalidad o no del nombramiento del Sr. P. A. como Asesor Personal de la Alcaldía en materia de seguridad ciudadana por tratarse de una materia cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción competente, pero si puede enjuiciar si se ha producido o no un daño para los caudales públicos de la Corporación Local para lo cual debe analizarse si los dos anticipos de nómina se efectuaron cumpliendo el procedimiento legalmente establecido

.....

Como consecuencia de lo expuesto cabe concluir que se ha producido un daño para los caudales públicos del Ayuntamiento de Palos de la Frontera por importe de 7.213 como consecuencia de haberse pagado dos anticipos de nóminas con cargo al Presupuesto del año 2002, cuando no existía previsión presupuestaria para el pago de estas nóminas al no haber sido aprobado por el Pleno de la Corporación local que con cargo al presupuesto del Ayuntamiento del año 2002 debían satisfacerse los honorarios del puesto eventual de Asesor personal de la Alcaldía en materia de seguridad ciudadana.....

QUINTO.-.....

Como ya hemos visto, lo que en definitiva se ha producido en el presente caso es una infracción de las normas en materia de competencias para la realización de los gastos por parte de la Corporación local ya que el Alcalde del Ayuntamiento, como ordenador de pagos, acordó pagar y firmó los correspondientes mandamientos de pago para hacer efectivos los dos anticipos de nóminas sin que el Pleno de dicha Corporación, que es el órgano competente para fijar la cuantía de las retribuciones del personal y el número y régimen del personal eventual, tuviese conocimiento del pago de estas cantidades al Sr. P. A. ya sea como anticipos de nóminas o como retribuciones del desempeño del puesto de trabajo de Asesor personal de la Alcaldía en materia de seguridad ciudadana.

4.- Tribunal de Cuentas (Sala de Justicia, Sección Enjuiciamiento)

Sentencia núm. 21/2005 de 14 noviembre

JUR 2006\201353

En aquest cas es tracta d'un pagament d'hores extres, d'un altre per compensacions econòmiques pactades per renunciar a fer les vacances en el moment previst convencionalment, i un tercer pagament referit a indemnitzacions per acabament de serveis, pactats en conveni col·lectiu, que afecta a laborals i funcionaris. No es qüestiona la legalitat dels pagaments, sinó si existia o no un instrument que pogués habilitar per fer-los, en aquest cas, l'existència d'un conveni col·lectiu d'afectació general.

SEGUNDO.- Las cuestiones planteadas por el Abogado del Estado que fundamentan su apelación, a la que se adhirió el Ministerio Fiscal se refieren al fondo del asunto, mostrando su disconformidad con lo señalado en los fundamentos de derecho séptimo a undécimo de la sentencia impugnada y, tal como se ha expresado en los antecedentes de la presente resolución, son las siguientes:

1º.- Existencia de un perjuicio en los fondos públicos como consecuencia de la decisión de abonar dos medias pagas correspondientes a marzo y mayo de 1992 a los trabajadores de la sociedad estatal Expo 92 por haber realizado un número excesivo de horas extraordinarias.

Alega el Abogado del Estado que los fondos públicos no han de verse perjudicados por las consecuencias económicas derivadas de una decisión que se aparta de la legalidad y señala que quien indebidamente propuso y decidió que se realizaran más horas extraordinarias de las legalmente admitidas debe hacer frente a su pago.

Añade que los demandados no han probado que ocurrieran hechos que justificaran dicha decisión, ni han acreditado que cualquier otra posibilidad fuera más gravosa.

2º.- Por lo que respecta a las compensaciones económicas que la Sociedad Expo 92 concedió a los empleados por renunciar a su derecho a elegir el momento de disfrutar las vacaciones alega el Abogado del Estado que parece que se pactó así para poder justificar después las gratificaciones, lo que no constituye sino un fraude.

Continúa señalando que se trata de pagos indebidos dado que se adoptó ilegalmente la decisión, bien de que se quedaran sin vacaciones, bien de compensarles por renunciar a un derecho, produciéndose un perjuicio en los fondos públicos en cuanto los demandados no han acreditado que no se pudo actuar de otra forma adecuada a la legalidad porque hubiera resultado más gravoso.

3º.- En cuanto a las indemnizaciones por finalización de los servicios considera, igualmente que constituyen pagos indebidos, en cuanto se abonaron en virtud de una decisión unilateral del Consejero Delegado sin que exista norma alguna que ampare tal decisión.

Fonamenta la Sala la desestimació del recurs de l'Advocat de l'Estat, sobre la base de les següents consideracions:

SEXO.- La primera de las alegaciones del Abogado del Estado es la existencia de un perjuicio en los fondos públicos de la sociedad estatal Expo 92 como consecuencia de la decisión de abonar dos medias pagas correspondientes a marzo y mayo de 1992 a los trabajadores por haber realizado un número excesivo de horas extraordinarias.

.....

Así, la doctrina viene sosteniendo que si pese a la prohibición legal las horas extraordinarias se realizan, la empresa que hace posible su realización y obtiene un beneficio, no puede invocar la limitación para liberarse del pago. Apoyando esta tesis el artículo 9.2 Estatuto de los Trabajadores faculta al trabajador para exigir la remuneración por el trabajo prestado, aun cuando el contrato resultare nulo dado el enriquecimiento injusto que se produciría si el empresario se amparara en la prohibición para negar el abono de horas extras efectivamente trabajadas contra las disposiciones legales.

.....

SÉPTIMO.- Por lo que respecta a las compensaciones económicas que la Sociedad Expo 92 concedió a los empleados por renunciar a su derecho a elegir el momento de disfrutar las vacaciones, alega el Abogado del Estado que constituyen un pago indebido.

.....

El derecho a las vacaciones anuales, apuntado por el artículo 40.2 de la Constitución y regulado por el artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores, normas paccionadas en su caso aplicables y por el Convenio nº 132 de la OIT -el cual, por su ratificación y publicación en el BOE, forma parte de nuestro ordenamiento interno-, atiende a la finalidad de procurar al trabajador el reposo necesario para que pueda recuperarse del desgaste fisiológico producido por su actividad laboral, así como un tiempo de esparcimiento o desalienación, siendo, por tanto, presupuesto necesario para el disfrute de tal derecho la previa prestación de servicios.

Dicha finalidad propia del mencionado derecho lleva consigo que su disfrute específico no pueda sustituirse por compensación económica, salvo en supuestos en que el contrato de trabajo se hubiera extinguido con anterioridad a la fecha fijada para el período vacacional, generándose en tal caso derecho a la correspondiente compensación en cuanto, al igual que en el supuesto anterior de abono de las horas extraordinarias, no se trata sino de evitar un enriquecimiento injusto por parte de la empresa que efectivamente ha percibido el trabajo realizado.

.....

Por tanto, considera esta Sala de Justicia confirmando el criterio del juzgador de instancia que el abono de dichas indemnizaciones, no ocasionó daño alguno en el patrimonio de la Sociedad estatal, en cuanto eran cantidades debidas a los trabajadores en virtud de un acuerdo adoptado por el órgano competente y que no trataba sino de compensar los servicios efectivamente prestados por los trabajadores de la Sociedad que dejaron de disfrutar sus vacaciones devengadas por una causa ajena a su voluntad.

OCTAVO.- En tercer lugar, fundamenta el Abogado del Estado la impugnación de la sentencia de instancia alegando que las indemnizaciones pagadas por finalización de los servicios constituyen un pago indebido y excesivo en cuanto se abonaron a trabajadores y funcionarios que incluso siguieron trabajando para la sociedad continuadora de Expo 92, así como al personal directivo.

.....

Y así debe volverse a determinar, como hizo el juzgador de instancia, la conformidad de las indemnizaciones a la normativa aplicable y si existió o no exceso en el pago.

Considera esta Sala de Justicia, a la vista de los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, que no han sido rebatidos por prueba alguna en contrario, que la sentencia impugnada es ajustada a Derecho y que la parte recurrente no ha formulado alegación alguna que conduzca a un pronunciamiento distinto del expresado en la resolución impugnada.

Así, las "indemnizaciones por fin de servicio y permanencia" estaban previstas en el artículo 44 del Convenio Colectivo sin hacer distinción alguna entre los trabajadores ostentaran o no la condición de funcionario y, si bien es cierto, que en principio estaba excluido de su cobro el personal directivo, mediante acuerdo de D. Jacinto P. en su calidad de Consejero Delegado de la Sociedad de fecha 28 de octubre de 1991 (folio 139 de la pieza separada) se extendió la indemnización al mismo "con el objetivo de lograr una normalidad laboral" (hecho probado sexto).

Por tanto, considera esta Sala de Justicia, confirmando el criterio del juzgador de instancia, que dichos pagos se efectuaron, en unos casos, en virtud de una previsión normativa y, en otros, en virtud de un acuerdo del órgano competente. El abono de las indemnizaciones constituyó el pago de una deuda contraída por la sociedad y, en tal sentido fue un pago debido, sin que sea posible, sin infringir los principios de congruencia y de seguridad jurídica entrar a analizar la válida constitución de dicha deuda o en otros términos la validez de la causa de dicha relación jurídica, en cuanto dicha cuestión no ha sido planteada en este proceso contable. A ello cabe añadir que tampoco se ha acreditado que esos pagos fueran arbitrarios por exceso, por las razones que se desgranán en la resolución apelada -y a las que nos remitimos por economía-

5.-Tribunal de Cuentas (Sala de Justicia, Sección Enjuiciamiento)

Sentencia núm. 14/2004 de 14 julio

JUR 2005\202188

L'interès d'aquesta sentència està referit no al tema de fons, sinó a les qüestions de legalitat, el coneixement del qual no correspon al Tribunal de Comptes, segons manifestacions del propi Tribunal, sinó a la jurisdicció ordinària. Es tractava en aquest cas d'un tema de possible incompatibilitat.

Por consiguiente, de alguna u otra forma, podrían estar afectadas por incompatibilidad las percepciones del Sr. A. como Consejero Delegado de la Empresa Municipal del Suelo y la Vivienda de Boadilla que en el período 1997-1999 ascendieron a 5.975.745,- ptas. (35.914,95), pero esta declaración no corresponde efectuarla a la jurisdicción contable, pues las situaciones de posible incompatibilidad referidas al pago de retribuciones indebidas, en las que procediera, en su caso, instar su reintegro, es una materia administrativa cuya competencia corresponde exclusivamente a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, pues solamente podrían ser objeto de un procedimiento de responsabilidad contable en la medida que hubiera daño a los fondos públicos, pero en estas actuaciones nadie ha puesto en duda que dichos servicios no se hubiesen prestado. Siendo esta jurisdicción esencialmente reparadora, no procede realizar pronunciamiento alguno de

condena, pues, tal pronunciamiento produciría un enriquecimiento injusto de la Administración, al exigir el reintegro de las percepciones satisfechas cuando, en cambio, ha recibido y aceptado los servicios prestados por el Sr. A.. Otra cuestión sería que, en vía administrativa, el órgano competente hubiese instado el reintegro por incumplimiento de la normativa de incompatibilidades, pero esto estaría fundado más en un régimen sancionador que en un régimen reparador, propio del procedimiento de responsabilidad contable, donde el objeto del mismo es obtener el resarcimiento de los fondos públicos por una acción u omisión antijurídica, que infrinja la normativa presupuestaria y contable, por dolo o culpa grave y que ocasione un daño efectivo y concreto a dichos fondos públicos.

6.- Tribunal de Cuentas (Sala de Justicia, Sección Enjuiciamiento)

Sentencia núm. 1/2003 de 26 febrero

JUR 2004\142509

Destaquem d'aquesta sentència que els pagaments efectuats a l'arquitecte municipal es va fer en aplicació d'un acord del Ple de l'ajuntament. En aquest cas s'estima el recurs de l'alcalde, perquè en fer-se els pagaments que va ordenar, no va fer altra cosa que executar l'acord del Ple.

Que los hechos que constituyen el sustrato fáctico de la presente litis, y que deben consiguientemente constituir la base sobre la que se sustente la resolución final de la misma son los siguientes: 1ª) En el contexto de una actuación del Ayuntamiento de Sant Celoni orientada hacia la modificación y reestructuración de sus efectivos de personal, el Sr. Alcalde-Presidente de la Corporación, Sr. C. A., alcanzó el 16 de diciembre de 1996 un acuerdo con el arquitecto municipal D. Joan Ramón de R. i S., en virtud del cual éste pasaría a la situación administrativa de excedencia voluntaria incentivada, en las condiciones que seguidamente se verán; 2ª) El citado Sr. R. recibiría como compensación económica a la modificación de su situación administrativa la cantidad de tres millones quinientas cuarenta mil ciento cincuenta y seis (3.540.156) pesetas, en concepto de indemnización y cinco millones doscientas treinta y cuatro mil cuarenta y tres (5.234.043) pesetas en concepto de trabajos extraordinarios que hasta dicha fecha no habían sido objeto de remuneración; 3ª) Además, se pactó que si dentro del plazo de los cinco días siguientes a la, en su caso, aprobación del Convenio por el Pleno del Ayuntamiento, el Sr. R. renunciaba definitivamente a su plaza de funcionario y, a su vez, presentaba un proyecto de urbanización de las calles República de Argentina, Chile y colindantes, del término municipal de Sant Celoni, el Ayuntamiento le remuneraría con unos honorarios profesionales de dos millones (2.000.000) de pesetas, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido; 4ª) El citado Convenio fue previamente objeto de dictamen jurídico favorable elaborado el 14 de diciembre de 1996 por D. J.M. LL. i O., abogado externo del Ayuntamiento; 5ª) Dicho Convenio fue objeto de informe por parte del Interventor municipal, en fecha 15 de diciembre de 1996, en el que se hizo constar la necesidad de que el mismo fuera aprobado por el Pleno, así como la necesaria renuncia por parte del Sr. R. i S. a la condición de funcionario, que además debería ser aceptada por el Ayuntamiento, para poder celebrar con éste el contrato de elaboración del proyecto urbanístico; 6ª) En fecha 16 de diciembre de 1996 el Secretario del Ayuntamiento informó favorablemente el Convenio; 7ª) En la misma fecha últimamente citada el Alcalde elevó al Pleno de la Corporación propuesta de aprobación del susodicho Convenio; 8ª) En sesión del 19 de diciembre de 1996 el Pleno del Ayuntamiento de Sant Celoni, aprobó el Convenio citado, votando a favor diez de los quince concejales presentes y absteniéndose los otros cinco, sin registrarse ningún voto en contra; 9ª) El 24 de diciembre de 1996 el Sr. R. presentó escrito renunciando definitivamente a su plaza de funcionario del antedicho Ayuntamiento, así como el proyecto de urbanización que había sido objeto del Convenio del 16 anterior; 10ª) Con dicha fecha fue librada por el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Sant Celoni la orden de pago de los honorarios profesionales de elaboración del Proyecto, a favor del Sr. R. i S. por importe de los pactados dos millones (2.000.000) de pesetas; 11ª) El referido proyecto de urbanización fue inicialmente aprobado por el Pleno de la Corporación en su sesión de 19 de junio de 1997, y definitivamente aprobado el 9 de septiembre de dicho año; y 12ª) Las obras de urbanización a que dicho proyecto se referían fueron adjudicadas a la mercantil C. D., S.A., y debidamente ejecutadas, según lo acreditan las cuatro certificaciones de obra aprobadas por la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Sant Celoni a fechas 15 de diciembre de 1998, y 26 de enero, 16 de febrero, y 20 de abril, de 1999, estas tres últimas.

.....

CUARTO.- Que de los diferentes elementos integradores de cualquier supuesto de responsabilidad contable vamos primeramente a analizar si los hechos que nos ocupan en la presente apelación son o no constitutivos de un ilícito contable, esto es, si el abono por parte del Ayuntamiento de Sant Celoni a quien fuera su arquitecto municipal, Sr. R. i S., del importe de dos millones (2.000.000,-) de pesetas en concepto de honorarios profesionales por la elaboración del tantas veces citado proyecto, ha de ser considerado una infracción del ordenamiento jurídico regulador de la actividad económica y financiera del sector público.

La primera consideración que debe hacerse al particular es que el susodicho pago se realiza en ejecución de una obligación asumida en un Convenio aprobado por el Pleno de la Corporación. A través del pago se da cumplimiento a lo previsto en un acto administrativo definitivo adoptado por el órgano competente, y que como tal acto goza de presunción de legalidad y de virtualidad ejecutiva, lo que lleva consigo la obligación que pesa sobre el órgano encargado de la ejecución de llevar a término lo acordado, en tanto no se hubiere declarado la ineficacia del acto por los órganos y en la forma establecida en la ley.

.....

SEXTO.- Que, finalmente, en lo que se refiere a la calificación de la conducta desplegada por el hoy apelante en relación con los hechos objeto del presente pleito, esto es, si la misma es merecedora de reproche contable al haber podido incurrir el Sr. C. A. en dolo o culpa o negligencia graves, debe lo mismo ser objeto de valoración a la vista del modo en que aquél se condujo en el desenvolvimiento de los hechos enjuiciados.

El arriba citado apelante en su condición de Alcalde y ordenador de pago del Ayuntamiento de Sant Celoni intervino en los acontecimientos que constituyen la base fáctica del presente pleito tanto como impulsor del Convenio celebrado entre dicha Corporación Local, aprobado por su Pleno el 19 de diciembre de 1996, como agente ejecutor del mismo tras adquirir el acuerdo referido carácter definitivo.

De otro lado, en la fase de ejecución del Convenio el Sr. C. A. se limitó a dar cumplimiento literal al acuerdo aprobado por el Pleno el 19 de diciembre de 1996, adoptado con diez votos a favor, cinco abstenciones y ningún voto en contra.

7.- Més recentment hem tingut coneixement també de la sentència dictada en procediment de reintegrament per abast, de 16 de març de 2009 sentència de Tribunal de Comptes, Sala d'Enjudiciament, dictada pel Conseller de Comptes, que aplica la doctrina que hem resumit més amunt. Es tracta d'un supòsit en què l'Advocat de l'Estat va impugnar un Acord Col·lectiu de tot el personal municipal, una Proposta d'Organització, Classificació i Valoració de llocs de treball i el Pressupost de l'any 2000. Les seves demandes van ser estimades en allò que es refereix a l'increment retributiu per sobre del previst a la LPGE, entre d'altres aspectes que no venen al cas. L'Ajuntament va instar l'execució de les sentències. El Fiscal va formular la demanda de reintegrament contra els alcaldes (va haver-hi dos alcaldes durant el període) per haver pagat les nòmines del personal per sobre del previst a la LPGE amb anterioritat a la suspensió dels acords pel TSJ. Al primer dels alcaldes li va absoldre perquè no va fer res més que executar l'acord del Ple, el qual va ser suspès per la Sala del TSJ després que acabés el seu mandat. Y al segon alcalde també l'absolt perquè la responsabilitat en el seu cas, seria del Ple, que va ser qui va aprovar els acords que van ser objecte d'impugnació per l'Advocat de l'Estat.

6. CONCLUSIONS

En conclusió, d'acord amb la doctrina que contenen aquestes sentències, es pot mantenir que, en el cas de què existeixi una norma o acord que empari un pagament al personal funcionari o laboral, no estariem en un supòsit de responsabilitat per abast, al marge d'altres consideracions

sobre la legalitat o il·legalitat de la norma o acord en la qual es basa el pagament, el coneixement de la qual correspon a la jurisdicció ordinària.

Pel que fa l'enunciat de la ponència, sobre la viabilitat de l'aplicació de la millora voluntària en la prestació establerta per al règim general durant el procés d'incapacitat temporal dels funcionaris locals, haurem d'esperar, com s'ha de fer, al sempre superior criteri dels nostres tribunals, amb l'esperança que s'acabin admetent aquestes idees que hem exposat: que la millora de la IT no té naturalesa retributiva, amb totes les conseqüències que això comporta, com ara, que no es poden veure afectades per les disposicions relatives al règim retributiu dels funcionaris ni tampoc pels increments retributius de les lleis de pressupostos. Que és matèria de negociació col·lectiva, precisament perquè no afecta a àmbits que estiguin fora de la competència dels ajuntaments: la integració en el règim general hauria de suposar també l'aplicació de les millores voluntàries previstes a la llei general de la seguretat social, etc. De totes maneres, a hores d'ara, la jurisprudència continua anant per camins molt allunyats d'aquests plantejaments. Però haurem d'insistir-hi, si és aquesta la voluntat de les parts, ajuntaments i sindicats.

Fernando Alonso Llana

Barcelona, 8 de juliol de 2009

