



FEDERACIÓ DE MUNICIPIS
DE CATALUNYA

2010
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 15/02/10

La successió empresarial en l'Administració pública i la tramitació d'expedients de regulació d'ocupació en l'àmbit local

2^a sessió 20/05/10

Reflexions al voltant de les noves eines de selecció: la selecció per competències i els nous instruments de selecció adequats a les previsions de l'EBEP

3^a sessió 07/07/10

Reflexions i interrogants sobre l'aplicació de les reduccions retributives fixades en el Reial decret llei 8/2010, i sobre la recent reforma laboral

4^a sessió 15/09/10

Nous horitzons en la gestió pública local davant la crisi: reptes i oportunitats

Ponéncias

1^a sessió 15/02/10

La successió empresarial en l'Administració pública i la tramitació d'expedients de regulació d'ocupació en l'àmbit local

Els expedients de regulació d'ocupació en l'àmbit local: requisits, supòsits d'aplicació i procediment de tramitació.

Ferran Camas, professor titular de Dret del Treball i de la Seguretat Social de la Universitat de Girona

El fenomen de la successió empresarial a l'Administració pública: abast i conseqüències de l'aplicació dels articles 42, 43 i 44 de l'Estatut dels treballadors.

Susana Rodríguez, professora titular de Dret del Treball i de la Seguretat Social de la Universitat de Lleó

Darrerament, les nostres organitzacions estan duent a terme, tant per raons econòmiques com organitzatives, nombrosos canvis en els sistemes de gestió dels serveis públics que s'estaven prestant, bé a través de mecanismes vinculats a l'externalització en la producció de béns i serveis mitjançant l'aplicació de la Llei de contractes del sector públic, o bé a través d'ens instrumentals –sotmesos al Dret administratiu o directament amb figures de Dret mercantil- que depenien directament de la corporació local, en qualitat d'Administració matriu. La conjuntura actual fa que calgui revisar aquest univers de figures i ens instrumentals generats i que, en molts casos, s'analitzi la viabilitat de mantenir-los i s'opti en alguns casos per tornar a la prestació directa dels serveis per la mateixa corporació local. La complexitat que presenta –respecte de la situació dels treballadors que passen a prestar serveis des de la corporació local cap a aquests ens instrumentals locals o bé cap a empreses contractades ad hoc per a la gestió i producció de béns i serveis i viceversa- l'aplicació de les figures previstes als articles 43 i 44 de l'Estatut dels treballadors, relatiu a la cessió de treballadors i als supòsits en què es produeix la successió d'empresa i l'evolució jurisprudencial produïda en els darrers anys en aquest àmbit, requereix una anàlisi profunda i exhaustiva.

Seràn objecte d'anàlisi en aquesta sessió els problemes que es poden derivar de l'aplicació inadequada d'aquests instruments, juntament amb les obligacions i requisits que estableix la regulació prevista a la Secció 2a del Capítol III del Títol I de l'Estatut dels treballadors –relativa a les garanties per canvi d'empresari-, com també les previsions marc fixades a la Directiva 2001/23/CE del Consell –sobre l'aproximació de les legislacions dels estats membres relatives al manteniment dels drets dels treballadors en cas de traspàs d'empreses, de centres d'activitat o de parts d'empreses o de centres d'activitat-, i la configuració jurisprudencial que s'ha formulat darrerament en aquesta matèria.

Alhora, en aquesta jornada també es tractarà l'articulació de la figura dels expedients de regulació d'ocupació en l'àmbit del personal laboral al servei de l'Administració local, tant pel que fa al procés previst a l'article 49.1.g de l'Estatut dels treballadors –en relació amb l'extinció de la personalitat jurídica del contractant davant processos d'extinció d'empreses o societats mercantils locals- com al procés d'acomiadament col·lectiu regulat a l'article 51 del mateix text legal i al procés de suspensió del contracte per causes econòmiques, tècniques, organitzatives o de producció o derivades de força major, que preveu l'article 47 de l'ET.

M. Carme Noguera

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

EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO Y ADMINISTRACIÓN LOCAL

Ferran Camas Roda

Professor Titular de Dret del Treball i
de la Seguretat Social de la Universitat de Girona.

Sumario

PRESENTACIÓN	1
1. CUESTIONES NORMATIVAS DE BASE:	2
a) STSJ ANDALUCIA/MÁLAGA, DE 10.05.96 AR. 1578.....	2
b) STSJ ANDALUCÍA (SEVILLA) DE 25 DE ABRIL DE 1997 (AS.1997/3855)	3
c) STSJ CATALUÑA (AS 4195/1998) DE 2 DE OCTUBRE DE 1998:.....	4
d) STSJ CATALUÑA (SOCIAL) 9 de març de 1999 (AR. 384)	4
2. LOS ERES EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS	6
2.1 Compueto de los trabajadores para el expediente de regulación de empleo, y justificación de las causas:	6
A) Por lo que hace a las causas económicas,.....	8
B) Causas TOP: técnicas, organizativas y de producción:.....	8
2.2 Forma y Procedimiento:	10

PRESENTACIÓN

En los últimos meses, los medios de comunicación han publicado diversas noticias relacionadas con la decisión de algunos ayuntamientos españoles de presentar expedientes de regulación de empleo, de suspensión o extinción de relaciones laborales, así por ejemplo, en Jérez, el de Roda de Barà, o el de Galdar (Las Palmas de Gran Canaria). De hecho, en algún caso y siguiendo dichas noticias publicadas se han autorizado dichos expedientes, como en el Ayuntamiento de BARLOVENTO (Dirección General de Trabajo del Gobierno de Canarias) en el que se acordó un ERE con el Comité de Empresa: para poder despedir a 17 trabajadores de esta administración local con varios años al servicio de la misma, que según el medio que recogía la noticia, se realizaba con el fin de poder salvar la nefasta situación económica que soporta en la actualidad con un considerable déficit en las arcas municipales y una mínima previsión de ingresos que permitan mantener la gestión diaria en la institución. Se añadía que la reducción de personal afectaba principalmente a las áreas de obras y servicios más afectadas por la falta de actividad. También se puede destacar la resolución favorable de la Delegación de Empleo de la Junta de Sevilla respecto al ERE presentado por el Ayuntamiento de Almensilla. Conforme a lo que se conoce, el ERE afecta a personal de servicios sociales, jardinería, obras y servicios, bibliotecas o servicios médicos. En todo caso, también hay casos de no concesión, como el ERE de Valencina de la Concepción (Sevilla), no autorizado por Dirección Provincial de Empleo ni la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social de la Conserjería de Empleo de la Junta de Andalucía.

En este sentido, la posible utilización por la administración local de un expediente de regulación de empleo, no es un tema pacífico: así, se dice que si bien el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores reconoce que el expediente de regulación de empleo se puede aplicar por cuestiones económicas, de producción o tecnológicas, entre otros motivos y que por ello se pueden extinguir contratos siempre justificando las causas y si con ello se garantiza la viabilidad y la rentabilidad de la empresa, justamente por esta última razón no podría ser aplicable a un

ayuntamiento, ya que éste ni es, ni puede funcionar como una empresa por lo que resulta, al menos «chirriante» que se aplique un expediente de regulación en una administración municipal cuyo objetivo, dicen, no puede ser el de buscar rentabilidad empresarial. De hecho, se añade que la legislación de 1994 que adoptó la normativa vigente actualmente, expresaba como justificación de las medidas que se arbitraban las de permitir una mayor competitividad de las empresas españolas en el mercado, y en este sentido, en el pensamiento del legislador estaba su aplicación para el sector privado, y no para la Administración pública.

En todo caso, se ha de recordar que el artículo 7 de la LEBEP (Normativa aplicable al personal laboral) dice 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. Ello llevaría a sostener la procedencia de la utilización de los EREs para la administración local, más cuando se trata de una institución de garantía: en primer lugar por la necesidad de autorizar administrativamente los despidos colectivos, y en segundo término, porque dicha decisión se ve doblemente revisada por la actividad jurisdiccional.

1. CUESTIONES NORMATIVAS DE BASE:

El art. 52 c) de la LET (Extinción del contrato por causas objetivas) dispone que el contrato podrá extinguirse:

c) Cuando exista la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo por alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 de esta Ley y en número inferior al establecido en el mismo. A tal efecto, el empresario acreditará la decisión extintiva en causas económicas, con el fin de contribuir a la superación de situaciones económicas negativas, o en causas técnicas, organizativas o de producción, para superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos.

En este sentido, la doctrina iuslaboralista afirma que tras la reforma introducida por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, las causas justificativas de la decisión empresarial son idénticas en el supuesto del art. 52c) y del art. 51c) en materia de extinción por causas empresariales (véase, por ejemplo, BLASCO PELLICER, J: Los expedientes de regulación de empleo. Tirant lo blanch, 2009, p. 44-45)

En todo caso, respecto de la utilización de este precepto (despido objetivo de carácter individual o plural por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción) por las Administraciones públicas, la doctrina judicial se ha mostrado, de entrada favorable, pero con matices que han restringido su aplicación:

a) STSJ ANDALUCIA/MÁLAGA, DE 10.05.96 AR. 1578.

Se trata del despido de una trabajadora por amortización de puesto de trabajo (según comunicación, por falta de presupuesto: “falta de consignación presupuestaria para incluirla en un puesto de trabajo de la relación de puestos de trabajo”) en la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía.

La sentencia recuerda que “las Administraciones Públicas por virtud de los principios constitucionales de igualdad y de legalidad proclamados por los artículos 9.1 y 14 de la Carta Magna, cuando actúan como empresarios, han de atenerse y de cumplir la normativa laboral de aplicación, teniendo los derechos y obligaciones prevenidos en ella, sin que su cualidad o investidura pública pueda significar ni privilegio ni gravamen en el desarrollo y tratamiento de la relación jurídica de trabajo”.

A partir de ahí, la sentencia busca analizar dos cuestiones básicas: si las razones aducidas por la empresa se incardinan en alguna de las causas del legislador social, y constatar si la medida extintiva cubre la finalidad que la ley establece para su justificación.

Para la sentencia:

teniendo en cuenta en términos simplificados, que los presupuestos constituyen una previsión de ingresos y gastos, confeccionada por los órganos del poder ejecutivo, aprobada por los órganos del poder legislativo a través de la oportuna Ley Presupuestaria y, finalmente, realizada por los órganos de gobierno, la falta de consignación en el presupuesto de la correspondiente cantidad para incluir a la demandante en un puesto de la relación de puestos de trabajo de la Junta de Andalucía, luego de venir prestando servicios desde enero de 1988, puede configurar una causa económica o una causa técnica, razón de carácter técnico-legal como la denomina el recurrente, la primera es de difícil comprensión en el ámbito de la Administración Pública, y la segunda no aparece suficientemente explicada con la escasez de datos que figuran en el pleito, pues si bien es cierto que el principio de legalidad presupuestaria exige la necesaria consignación del crédito para el abono de la correspondiente retribución, también es verdad que si la consignación no existe por no hallarse incluido el puesto en la relación de puestos de trabajo, ello obedece única y exclusivamente a la función de la Junta de Andalucía respecto de un puesto de trabajo ya existente". Añadiendo que "pero, en todo caso, cualquiera que sea la naturaleza jurídica que se atribuya a la causa esgrimida, siempre resulta que la valoración razonable de la medida adoptada no parece que contribuya a superar una situación económica negativa ni a garantizar la viabilidad futura de la empresa, ni que satisfaga la ratio legis u objetivo de la norma de proteger el empleo existente y de fomentar la creación de empleo.

La sentencia acaba aceptando la posible aplicación del precepto (particularmente basado en causas organizativas o productivas, pero como se ve, condicionado a la protección del empleo existente y el fomento de su creación.

En todo caso, tras la reforma operada en el art. 52c) posterior a esta sentencia, tal vez su resolución habría sido otra.

Recuérdese, en este sentido, que según el art. 52e) de la LET:

En el caso de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por las Administraciones públicas o por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista, por la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate.

Cuando la extinción afecte a un número de trabajadores igual o superior al establecido en el artículo 51.1 de esta Ley se deberá seguir el procedimiento previsto en dicho artículo.

En definitiva, se prevé directamente la realización de expedientes de regulación de empleo en las Administraciones en supuestos de "ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias".

b) STSJ ANDALUCÍA (SEVILLA) DE 25 DE ABRIL DE 1997 (AS.1997/3855)

Se trata del despido de un trabajador por la necesidad objetiva de amortizar por causas económicas el puesto de trabajo en un ente público: en el caso, una Mancomunidad de Municipios. Según la sentencia en su fundamento jurídico Tercero:

consta en la sentencia de instancia lo suficiente para apreciar la infracción aducida del artículo 52,c) del Estatuto de los Trabajadores, aplicable a entes públicos como el aquí interesado sin duda alguna, pues se declara probado que lleva en situación deficitaria varios años y que se han reducido los ingresos por subvenciones destinadas al servicio en que se empleaba el actor....

En esta sentencia, se aplica sin restricciones, el art. 52c) de la LET.

c) STSJ CATALUÑA (AS 4195/1998) DE 2 DE OCTUBRE DE 1998:

Supuesto de la extinción de contratos al amparo del art. 52c) LET de varios profesores que trabajan en un centro municipal de FP1, que tiene un concierto educativo con el Departament d'Ensenyament para la impartición de dicho ciclo para varios años más, debido a la implantación de la ESO acordada con el Departament. Para los trabajadores afectados no concurre la causa del art. 52c) de la LET, ya que la empresa podría seguir impartiendo FP1 en virtud del primer convenio educativo.

En todo caso, la parte recurrente no cuestiona la aplicación del art. 52c), si bien, sobre ello, pasa a ocuparse la sentencia:

Resulta en efecto, algo extraña la aplicación directa de las previsiones de los artículos 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores, a un Ayuntamiento, porque el legislador seguramente estaba pensando en la empresa mercantil situada en el mercado, lo que no puede predicarse del Ayuntamiento que sin duda tiene garantizada la supervivencia, por muchas deudas que tenga o muchas reorganizaciones de recursos humanos que haga. Se hace necesario pues establecer, cuando lo que ocurre es que se amortizan las plazas por razones como la existencia de una norma legal cuyo cumplimiento implica reorganizar servicios, como aquí ocurre, si la Administración debe acudir y puede a la vía del 52, c) del Estatuto, y hemos de llegar a una conclusión afirmativa porque si partimos del sometimiento a la legislación laboral para contratar no hay razón para que deba excluirse la aplicación de la misma para extinguir los contratos con base en las causas que prevé para ello el propio Estatuto de los Trabajadores, cuando concurren las circunstancias (F.j. 3).

Sentado que el art. 52c) es aplicable a las Administraciones, la sentencia pasa a basarse en los siguientes datos: la desaparición del primer ciclo de la FP por la puesta en marcha del segundo ciclo de la ESO por disposición legal; la falta de matriculación de alumnos en el centro para cursar FP1, que conlleva "una modificación de los productos que la empresa pretende colocar en el mercado"; la retirada o indisponibilidad de la subvención para cursar esta enseñanza profesional; y el caso de que los trabajadores son menos de cinco y dependen sólo de la administración municipal, siendo algunos de ellos recolocados en la empresa privada concertada o en el propio ayuntamiento.

Con esa base, la Sentencia aborda el 52c) de la LET recordando que al referirse a causas económicas habla de «superación de situaciones negativas» en plural, omitiéndose la referencia a la empresa, exigiéndose por el precepto cuando se trate de causas técnicas, organizativas o de producción, que sean medidas para superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos. Ello supone dos cosas para la sentencia: que el despido es una medida que va a ayudar a superar estas dificultades, y que estas dificultades existen, es decir, es necesario que se acredite la existencia de las dificultades.

Para la sentencia, hay una norma legal, cuyo cumplimiento provoca la consecuencia de vaciar de contenido servicios que se venían prestando y obliga a reestructurar el personal: en este sentido, las causas organizativas y técnicas, se dan por válidas porque en este caso, "las exigencias de la demanda (que sería la demanda de escolarización) sólo se produce en el marco legal que es la LOGSE, cuya implantación es obligatoria, de ahí que esté justificada la reorganización de los recursos humanos, y las medidas que se adoptan amortizando en este caso, puestos del profesorado que venía impartiendo la enseñanza que ahora desaparece" (F.j. Sexto).

d) STSJ CATALUÑA (SOCIAL) 9 de març de 1999 (AR. 384)

El Ayuntamiento de Barcelona acuerda extinguir en fecha 12 de febrero de 1998 los contratos de trabajo de los actores de acuerdo con lo previsto en el art. 52 c) del Estatuto de los Trabajadores, en base a la concurrencia de «razones organizativas ineludibles» por cuanto sus puestos de trabajo que ocupan en unas instalaciones deportivas municipales, derivado del hecho de que se

trata de un servicio rescatado a una empresa privada, han sido destinados empleados públicos con mayor antigüedad.

La sentencia valora la aplicación del art. 52c) de la LET en el ámbito administrativo, y manifiesta que:

Qué duda cabe que una norma de este tipo se ha dictado pensando exclusivamente en las empresas que actúan en el mercado teniendo como finalidad exclusiva la obtención de beneficios con el desarrollo de su actividad mercantil.

No es ésta la finalidad de un Ayuntamiento, sino la de prestar servicios a los ciudadanos, gestionando aquellas actividades e intereses de carácter público de la comunidad que tengan atribuidas por Ley o que estimen adecuado asumir en función de sus propias competencias y libertad de decisión al respecto. Los servicios y actividades atendidos por el Ayuntamiento son por tanto, los que las normas legales obligatoriamente les impongan, y los que en cada momento, situación y circunstancia se considere oportuno desarrollar, sin que en ningún caso la finalidad de obtener un beneficio patrimonial sea la causa que justifique su prestación. De lo que se derivan dos consecuencias especialmente relevantes a estos efectos: 1º) que los ingresos económicos del Ayuntamiento no dependen de la comercialización o venta de productos o servicios en el mercado, ni por tanto de una actividad mercantil en el que las reglas de la competencia, oferta y demanda tengan trascendencia; y 2º) que el Ayuntamiento puede y debe prestar servicios deficitarios en los que no sólo no obtiene beneficios económicos, sino que necesariamente tendrá siempre pérdidas que en ningún caso podrán ser superadas por la propia naturaleza de este tipo de prestaciones.

En este contexto es de muy difícil encaje una previsión legal como la contenida en los arts. 51 y 52 c) del Estatuto de los Trabajadores, cuya finalidad no es otra que la de intentar mantener la actividad de la empresa y con ello el empleo existente en la misma, articulando un mecanismo que permita al empresario la resolución de determinados contratos de trabajo para de esta forma superar la situación económica negativa que hace peligrar la propia existencia de la empresa, o aquellas dificultades que impidan su buen funcionamiento «ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda» y que a la larga podrían igualmente perjudicar el sostenimiento y viabilidad de la actividad empresarial.

Elementos que difícilmente pueden concurrir en la actividad de un Ayuntamiento, que no está nunca orientada por el afán de obtener beneficios económicos; cuyos ingresos ni tan siquiera dependen de su actuación en el mercado; que necesariamente ha de mantener la prestación de ciertos servicios manifiestamente deficitarios; y que puede incluso libremente decidir en cada momento el mantenimiento o cese de determinadas actividades deficitarias y la puesta en marcha de otras nuevas igualmente con pérdidas, a la vez que pretende la extinción de contratos de trabajadores por la vía del art. 52 c) del Estatuto de los Trabajadores (F. j. Cuarto).

En todo caso, añade que “pero frente a todas estas consideraciones, se encuentra el hecho innegable de que si partimos del sometimiento de las administraciones públicas a la legislación laboral para contratar, no hay razón para que deba excluirse la aplicación de la misma para extinguir los contratos en base a las causas previstas en el propio Estatuto de los Trabajadores” y por lo tanto, la Sentencia concluye afirmando “la posibilidad de que también las administraciones y organismos públicos puedan acogerse a la extinción de contratos de trabajo por las causas que regulan los arts. 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores, pero siendo rigurosamente restrictivos en su aplicación, para estimar procedentes los despidos únicamente en los casos en los que concurren circunstancias verdaderamente especiales y extraordinarias que justifiquen y permitan entender razonable esta medida en un ámbito tan singular como es el de la actividad desarrollada por los Ayuntamientos”.

En función de ello, y a diferencia de la sentencia del mismo Tribunal de 1998, en esta ocasión no permite la extinción ya que el Ayuntamiento afectado es el de Barcelona, de gran presupuesto, que unilateralmente decide destinar a otros empleados en las instalaciones deportivas en las que prestan servicios los actores, para reorganizar de esta forma su personal y extinguir en

consecuencia sus contratos de trabajo (de hecho, se mantiene la actividad, pero se destinan otros empleados). No hay por tanto, una dificultad de funcionamiento originada por la posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda.

Por último, debería señalarse la distorsión, tanto en materia de despidos disciplinarios como para la aplicación de un ERE, el hecho derivado de que en las Administraciones públicas, para despidos disciplinarios, declarados improcedentes, se deba proceder a la readmisión del trabajador según la LEBEP, pero no para despidos objetivos declarados también improcedentes.

2. LOS ERES EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Hay que recordar que según la Directiva 98/59/CEE, de 20 de julio, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos (DOUE, núm. L225, de 12 de agosto de 1998, pp. 0016-0021): “no se aplicará”: “a los trabajadores de las administraciones públicas o de las instituciones de Derecho Público (o las entidades equivalentes en los Estados miembros en que no conozcan esta noción)” (art. 2.1).

Hay que recordar que como ha manifestado la doctrina, por ejemplo E.GARRIDO, la noción de “trabajadores de las administraciones públicas” debe ser entendida como referidos al personal que presta servicios para la Administración en régimen funcionarial o administrativo, pero no así para aquellos sometidos a régimen laboral a los que les resulta de plena aplicación las normas estatutarias que ordenan el despido colectivo, “así pues, la exclusión de tales colectivos del procedimiento del artículo 51 se produce implícitamente mediante la reconducción del precepto comunitario a nuestro ámbito de exclusión ya previamente definido por el artículo 3a) ET en relación con el personal funcionarial o administrativo en toda su extensión, y de este modo llegar a deducir, sin ningún tipo de matizaciones, la conformidad de nuestra legislación con la comunitaria” (p. 93).

2.1 Computo de los trabajadores para el expediente de regulación de empleo, y justificación de las causas:

Según el art. 51 de la LET (Despido colectivo).

1. A efectos de lo dispuesto en la presente Ley se entenderá por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, cuando, en un período de noventa días, la extinción afecte al menos a:

- a. Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.
- b. El 10% del número de trabajadores de la empresa en aquéllas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.
- c. Treinta trabajadores en las empresas que ocupen trescientos o más trabajadores.

Se entenderá igualmente como despido colectivo la extinción de los contratos de trabajo que afecten a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco, cuando aquél se produzca como consecuencia de la cesación total de su actividad empresarial fundada en las mismas causas anteriormente señaladas.

En relación a la manera en la que debe jugar el número correspondiente a la plantilla de trabajadores a los efectos de conocer el mínimo de trabajadores despedidos para activar un expediente, la primera pregunta que aparece es si se deben contar, cuando se trata de una administración, sólo el personal laboral, o también el funcionario público. Teniendo en cuenta que el art. 69 de la Ley 7/2007 considera a ambos tipos de empleados como recursos humanos de las Administraciones públicas, así como el hecho de que conocer la totalidad de la plantilla es fundamental para aplicar medidas de racionalización de los efectivos en el marco de un expediente, considero que tanto empleados como funcionarios deben computarse conjuntamente.

En todo caso, el expediente solo afectará a la extinción de “contratos de trabajo”, entrando aquí, “todos los trabajadores en plantilla, temporales o indefinidos, a tiempo completo o parcial, con contrato común o relación laboral especial” (RAMOS QUINTANA: RDS, 47, p.28).

Continúa el precepto, diciendo que:

Se entenderá que concurren las causas a que se refiere el presente artículo cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya, si las aducidas son económicas, a superar una situación económica negativa de la empresa o, si son técnicas, organizativas o de producción, a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos.

Según el Criterio Operativo 2009 de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, los elementos comunes a la definición de causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, son los siguientes:

1. Que concorra una causa o factor desencadenante que incide desfavorablemente en la rentabilidad (causas económicas) o en la eficiencia (carencia de una más adecuada organización de los recursos) de la empresa; se deciden en función de ello despidos, de parte o toda la plantilla, que son funcionales o instrumentales a la superación de la situación desfavorable acreditada en la misma empresa de falta de rentabilidad en las explotación o de falta de eficiencia de los factores productivos.
2. La causa alegada tiene entidad suficiente para incidir negativamente en el resultado económico o e la producción, de modo que la consecuente crisis no obedezca a la mera conveniencia de la empresa (STS 11 NOV. 2002, RJ 10246).
3. La causa invocada ha de ser real, susceptible de ser acreditada y que incida de forma singular en la empresa. Para ello, si la causa es económica, no basta como argumento la generalizada crisis del sector (STS 28 febrero 2005, RJ 4734).
4. El origen de la causa puede ser debida a factores externos a la empresa pero también a la mala gestión de la misma, a errores en decisiones estratégicas, o a conductas irregulares de administradores o accionistas. En todo caso, solo la causa deliberadamente provocada, esto es, aquellos comportamientos dirigidos a buscar la crisis, resultan ineficaces a la hora de justificar el despido (STS 11 nov 2002, RJ 10246; STS 7 mayo 2003 RJ 455917; STS 17 julio 2008, RJ 6146/2005).
5. La existencia de un pacto previo entre la empresa y los trabajadores no impide la apreciación de la concurrencia de las causas de un despido colectivo en un momento posterior.
6. En relación al ámbito de apreciación de las causas, en la causa económica es la empresa en su conjunto y no el centro de trabajo o unidad productivo autónoma, mientras que las causas técnicas, organizativas o de producción es el espacio o sector concreto de la actividad empresarial en el que ha surgido la dificultad. AHORA BIEN, según RAMOS QUINTANA: A partir de la STS de 14 de mayo de 1998 (Ar. 4650), la existencia de causas económicas ex art. 52c) LET debe ser entendida en relación a la empresa en su conjunto (valoración del estado económico de la totalidad de la empresa), mientras que las otras causas pueden estar referidas a los centros de trabajo o secciones separadas. Si bien, cuando se trata del art. 51 de la LET las causas técnicas, organizativas y de producción también deben estar referidas a la situación existente en la totalidad de la empresa.
7. La selección de trabajadores afectados corresponde sólo al empresario (STS 19 enero 1998 RJ 996).
8. Si el expediente se plantea por extinción de la personalidad jurídica del empresario, no basta esa sola circunstancia para que se emita informe favorable, sino que debe concurrir alguna de las causas establecidas en el art. 51.1 ET (TSJ Aragón, 25-906).

A) Por lo que hace a las causas económicas,:

Es necesaria la existencia de una situación económica negativa (lo que no se establece en relación a las otras causas, que están desvinculadas a la existencia de pérdidas o resultados económicos desfavorables); según la STS 13 febrero 2002, 3783, se trata de un “desajuste financiero de la propia empresa, en lo que se refiere a ingresos, costes o pérdidas que hayan provocado ese desequilibrio económico”. Por la mayor parte de la doctrina judicial, se defiende que “la causa económica debe actuar sobre su equilibrio de ingresos y gastos, de costes y beneficios, en definitiva “pérdidas”, y no simple disminución de beneficios empresariales, pues no se trata de proteger el lucro empresarial sino de tutelar la eficacia y competitividad de la empresa”. Lo que si se exige por la jurisprudencia es que la situación económica negativa sea objetiva, global, sobrevenida, real, suficiente y actual.

En todo caso, es necesario que la extinción contribuya a superar la falta de rentabilidad de la explotación, bastando con que el empresario aporte datos que permitan calificar su decisión de razonable, de acuerdo con reglas de experiencia reconocidas en la vida económica (STS 14 de junio de 1996).

Para RAMÓS QUINTANA según las STSS de 24 de abril de 2006 (Ar. 3543) y STS 21 de marzo de 1997 (Ar. 2615) las causas económicas alegadas deben incidir en “los resultados de la explotación en su conjunto”, es decir “sobre el equilibrio de la empresa”. Según la norma, el despido debe contribuir en este caso, a mejorar la situación económica de la empresa, con lo que, según la tesis de dicha autora, que comparto, se toma el efecto por la causa. La empresa queda exenta de acreditar la decisión extintiva por causas económicas, como requiere el art. 52c) LET porque a priori se pre-juzga que el despido en sí es una constatación de la veracidad de la circunstancia económica de pérdidas, déficits, resultados negativos... y toma el despido como elemento integrante de la causa misma para subrayar que la decisión extintiva de por sí ya es instrumento adecuado para combatir situaciones de dificultad económica (pp. 35-36)

También, según BLASCO PELLICER, interpretando la doctrina judicial, entiende por causa económica la que incide en los resultados de la explotación en su conjunto, sobre el equilibrio de la empresa (véase STSJ CA Madrid, de 24 de mayo de 2007: Rec 315/2004) y que para llevar a cabo la extinción de los contratos de trabajo que permite el precepto no es necesario, de ningún modo, que la situación económica negativa de la empresa sea irreversible, “antes al contrario, lo más propio y característico de estos supuestos es que se trate de situaciones no definitivas, es decir, recuperables y que, precisamente, con la adopción de tales medidas extintivas se busca y pretende superar esta situación deficitaria de la entidad y conseguir un adecuado funcionamiento económico de la misma” (p. 49).

B) Causas TOP: técnicas, organizativas y de producción:

Como mantiene la doctrina mayoritaria, si las causas económicas se proyectan sobre la rentabilidad, las TOP lo hacen sobre la competitividad (racionalización de la actividad productiva; adecuación de la plantilla a la situación existente en los mercados; adecuación en relación a las organizativas, de la propia estructura de la empresa así como de sus medios personales y materiales a las líneas de producción que desarrolla). Profundizando en estas últimas, BLASCO PELLICER añade que las causas TOP no se proyectan en el plano de la rentabilidad sino en el de la competitividad, lo que quiere decir que se pueden presentar de forma independiente o desvinculadas de la existencia de pérdidas o resultados económicos desfavorables. En todo caso, las causas técnicas afectarían a los instrumentos de producción, es decir, que implican una alteración o modificación del proceso de producción introduciendo nuevos métodos que conllevan reestructuraciones de servicios o especializaciones precisas, con la importante precisión de que esos nuevos métodos productivos presuponen una inversión en la renovación de los bienes de capital que utiliza la empresa; por otra parte, las causas productivas estarían ligadas a la capacidad productiva de la empresa en relación a las situaciones de los mercados, mientras que las causas organizativas se asimilarían a la necesidad de adecuar la propia estructura de la empresa a las líneas de producción que desarrolla, en correspondencia a que se produzca una

mayor presencia e los mercados en que ha de actuar, si bien, a diferencia de las técnicas, no requieren una previa inversión en bienes de capital, esto es, son medidas empresarialmente gratuitas (p. 51).

De hecho, según el Criterio operativo 2009 de la ITSS, la normativa denotaría una mayor flexibilidad en la acogida de las causas TOP en orden a calibrar la realidad y suficiencia de la causa invocada, así como si las medidas propuestas son adecuadas para mejorar un mal funcionamiento de la empresa, aunque no registrara pérdidas concretas. De forma general, por causa técnica se entiende la inutilidad total o parcial de los medios de producción; por causa organizativa, la afectación al ámbito de los sistemas o métodos de trabajo que configuren la estructura de la empresa en una organización racional de las mismas; y las causas productivas, son las que inciden sobre la capacidad de producción de la empresa para ajustarlas a los eventos del mercado, y corresponden a la esfera de los servicios o productos de la empresa (esta última causa, la productiva, supone un desajuste entre el nivel de empleo de la empresa y las exigencias de la producción, que no se traduce necesariamente en el estado patrimonial de la empresa – activo puede seguir siendo superior al pasivo-, ni en la cuantía de resultados –es posible que no aparezcan pérdidas-, pero determina que ese nivel de empleo sea excesivo en el nuevo equilibrio de producción de la empresa).

Por otra parte, y en relación a la subcontratación de obras y servicios, se mantiene que la subcontratación de obras y servicios que con anterioridad venían siendo desarrollados por trabajadores de la empresa contratante avala el despido (STS 2 de marzo de 2009: la mera externalización de un servicio prestado con anterioridad por trabajadores de la plantilla justifica el despido objetivo de varios trabajadores por amortización ex. Art. 52c) LET, sin verificación alguna de si la externalización llevada a cabo permitía acreditar la necesidad de efectuar tales amortizaciones y sin indagación de ningún tipo en relación con otras contrataciones posteriores producidas en dicha empresa. Ahora bien, según STS 23 de enero de 2008, es imprescindible que en todo caso, se acredite dificultades de gestión para poder llevar a cabo las extinciones pretendidas.

Continúa el art. 51 diciendo que:

Para el cómputo del número de extinciones de contratos a que se refiere el párrafo primero de este artículo, se tendrán en cuenta asimismo cualesquiera otras producidas en el período de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el párrafo c del apartado 1 del artículo 49 de esta Ley, siempre que su número sea, al menos, de cinco.

¿Qué significa “motivos no inherentes a la persona del trabajador?”. Como se atiende por el C. Operativo 2009, no se computan las extinciones por causas consignadas en los contratos y expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio determinado, o también el mutuo acuerdo. Por otra parte, conforme a la STSJ La Mancha 24 abril 1997 (AS 1640): se computa la extinción del contrato por voluntad del trabajador debido a que trae su causa de incumplimiento del empresario; no se computan los ceses derivados de los arts. 40.1.4 ni 41.3.2 LET (traslado y modificaciones sustanciales de contrato); en el despido disciplinario, hay que estar a la calificación: si es procedente no se computa, pero si es improcedente y no hay readmisión, se computa, lo mismo que en el caso del art. 248 LPL para el despido nulo.

Por otra parte, hay que recordar que según el art. 51 de la LET

Cuando en períodos sucesivos de noventa días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas en el presente artículo, la empresa realice extinciones de contratos al amparo de lo dispuesto en el artículo 52.c de esta Ley en un número inferior a los umbrales señalados, y sin que concurren causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas extinciones se considerarán efectuadas en fraude de ley, y serán declaradas nulas y sin efecto

La norma hace referencia a “empresa”, y por tanto, es esta y no el “centro de trabajo” el que se tiene en cuenta a la hora de valorar la unidad de cómputo de los trabajadores para establecer los umbrales a partir de los cuales se presume que la empresa, con los sucesivos despidos, intenta

evitar de forma fraudulenta la aplicación de las previsiones legales. En todo caso, y en relación al periodo de cómputo, la STSJ Málaga 21 mayo 1997 AS. 1918, señala que “el período de noventa días, juega en un doble sentido: hacia delante y hacia atrás. Además, los períodos han de ser sucesivos y continuos: se romperá la unidad de computo cuando se rompa la serie con un intervalo de más de 90 días (STSJ Cataluña 29 marzo 1996, AS. 650). Ahora bien, como parece decantarse la doctrina judicial y laboral mayoritaria, el legislador buscaría que, producida una extinción por amortización de puesto, se proceda desde ese momento a “efectuar el cómputo”. Como ha mantenido RAMOS QUINTANA, el TS se inclina por extender la nulidad a las “nuevas extinciones”, esto es, a aquellas a partir de las cuales el umbral ha sido superado, excluyendo las extinciones practicadas antes de iniciarse formalmente el cómputo de las extinciones practicas antes de iniciarse formalmente el expediente de regulación de empleo.

2.2 Forma y Procedimiento:

Conforme a la base jurídica de referencia en esta ponencia:

El empresario que tenga la intención de efectuar un despido colectivo deberá solicitar autorización para la extinción de los contratos de trabajo conforme al procedimiento de regulación de empleo previsto en esta Ley y en sus normas de desarrollo reglamentario. El procedimiento se iniciará mediante la solicitud a la autoridad laboral competente y la apertura simultánea de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores.

La comunicación a la autoridad laboral y a los representantes legales de los trabajadores deberá ir acompañada de toda la documentación necesaria para acreditar las causas motivadoras del expediente y la justificación de las medidas a adoptar, en los términos que reglamentariamente se determinen.

La comunicación de la apertura del período de consultas se realizará mediante escrito dirigido por el empresario a los representantes legales de los trabajadores, una copia del cual se hará llegar, junto con la solicitud, a la autoridad laboral.

El precepto no dice nada sobre “la solicitud” dirigida a la autoridad laboral, si bien en función del art. 70 LRJAP, debería contener la identificación del interesado en abrir expediente; los hechos, razones o petición en que se concrete, con toda claridad, la solicitud; lugar y fecha y la firma del solicitante así como el centro a la que se dirige, cosa que se recogería ya en los modelos normalizados de solicitud que disponen las autoridades laborales competentes (BLASCO PELLICER, p. 101).

En relación a “toda la documentación necesaria para acreditar las causas motivadoras del expediente y la justificación de las medidas a adoptar”, el artículo 6 del R.D.43/1996, de 19 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Regulación de Empleo y de Actuación Administrativa en materia de Traslados Colectivos, prevé, como contenido mínimo, lo siguiente:

a. Memoria explicativa de las causas o motivos del proyecto de despido colectivo, acompañando a estos efectos toda la documentación que a su derecho convenga y particularmente, si la causa aducida por la empresa es de índole económica, la documentación debidamente auditada acreditativa del estado y evolución de su situación económica, financiera y patrimonial en los tres últimos años, y si son de índole técnica, organizativa o de producción, los planes, proyectos e informes técnicos justificativos de la causa o causas alegadas como motivadoras del despido, medidas a adoptar y sus expectativas de repercusión en cuanto a la viabilidad futura de la empresa.

Con lo cual si la causa aducida por la empresa es de índole económica, la documentación debidamente auditada acreditativa del estado y evolución de su situación económica, financiera y patrimonial en los tres últimos años (balance de la empresa, la cuenta de pérdidas y ganancias, etc...), en todo caso, dicha documentación deber figurar debidamente auditada.

Tratándose de una Administración local, debería considerarse la inaplicabilidad del presupuesto aprobado para presentarlo como causa justificativa, ya que este debe resultar equilibrado, pero podrían aportarse otros documentos o justificaciones que diesen a conocer la situación de desequilibrio financiero. Por otra parte, la auditoría podría ser realizada por los órganos públicos habilitados al efecto. En todo caso, si las causas son TOP se debe afirmar la libertad de prueba.

b. Número y categorías de los trabajadores empleados habitualmente durante el último año, así como de los trabajadores que vayan a ser afectados, criterios tenidos en cuenta para designar los trabajadores que vayan a ser afectados y período a lo largo del cual está previsto efectuar las extinciones de los contratos de trabajo.

Parece que la noción de “trabajadores empleados” es una referencia global, si bien se añade “habitualmente durante el último año”. Según BLASCO PELLICER (p. 109) para interpretar este precepto hay que tener en cuenta que el número total de trabajadores de la empresa es necesario a efectos del cómputo necesario para conocer si el despido es plural o colectivo, pero también para “servir de elemento para ponderar la medida solicitada en atención a las causas concurrentes y a las finalidades que se pretenden; en este sentido, conocer el número de trabajadores y su desglose por categorías puede resultar necesario para valorar la razonabilidad de la reorganización que el empresario puede llevar a cabo” (p. 109)

En relación a los criterios tenidos en cuenta para designar los trabajadores que vayan a ser afectados: según la STS 19/01/1998, “la selección de los trabajadores afectados corresponde en principio al empresario y su decisión sólo será revisable por los órganos judiciales cuando resulte apreciable fraude de ley o abuso de derecho o cuando la selección se realice por móviles discriminatorios”.

Según la STS de 20 de octubre de 2005 si en la resolución administrativa no se especifican personal e individualizadamente quienes son los trabajadores cuyos contratos quedan extinguidos, es totalmente necesario que en la resolución administrativa autorizadora del despido colectivo, se expresen el número y categorías de los trabajadores que vayan a ser afectados y también los criterios que se hayan de tener en cuenta para su determinación e individualización.

Dice el TS que en estos casos:

es totalmente necesario que en la resolución administrativa autorizadora del despido colectivo, se expresen el número y categorías de los trabajadores que vayan a ser afectados y también los criterios que se hayan de tener en cuenta para su determinación e individualización..., de ahí que si el trabajador que ha sido cesado como consecuencia del expediente, considera que con arreglo a los criterios establecidos en la resolución administrativa él no resulta comprendido en el mismo, puede perfectamente presentar ante los Tribunales de Justicia la correspondiente demanda en la que solicite que se declare que no está incluido en el despido colectivo que se le quiere aplicar.

En estos procesos, el TS entiende que al despido efectuado no le es aplicable el régimen del art. 52-53 LET; en todo caso, la impugnación no puede versar sobre la concurrencia o no de estas causas, sino que, exclusivamente se ha de centrar en si la afectación del trabajador impugnante se ha ajustado o no a los criterios de afectación establecidos en la misma resolución: si se concluye que las pautas y criterios esgrimidos no afectan al actor afectado, será obligado estimar su demanda y declarar su cese, dado lo que dispone el art. 124 de la LPL.

En todo caso, en un sentido que matiza lo anterior, puede comentarse la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona, de 7 de enero de 2010.

Para la sentencia, a fin de posibilitar la impugnación de un trabajador afectado por el despido colectivo autorizado sin lista, “sembla del tot indispensable que, a fi de possibilitar aquesta impugnació prèviament hagi de conèixer no ja els criteris generals d'afectació (que el treballador ja ha de conèixer al constar explícitament o per remissió, a la mateixa resolució), sinó la informació referida a l'aplicació d'aquests criteris en el seu cas concret. De no fer-ho, es genera una manifesta indefensió, amb lesió del dret a la tutela judicial efectiva”.

De aquí que la sentencia aposte por la aplicación del art. 53 LET (Apartats 1a), 3 i 5), i arts. 120-123 LPL), y que pueda sostenerse la nulidad del despido, debida a que el trabajador no haya dispuesto de la mínima información que justifique su afectación individual al amparo del art. 122.b) de la LPL o alternativamente del art. 124 LPL, o en todo caso, del art. 24 CE.

Continúa el art. 51 diciendo que:

3. Recibida la solicitud, la autoridad laboral comprobará que la misma reúne los requisitos exigidos, requiriendo, en caso contrario, su subsanación por el empresario en un plazo de diez días, con advertencia de que, si así no lo hiciere, se le tendrá por desistido de su petición, con archivo de las actuaciones.

La autoridad laboral comunicará la iniciación del expediente a la entidad gestora de la prestación por desempleo y recabará, con carácter preceptivo, informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre las causas motivadoras del expediente, y cuantos otros resulten necesarios para resolver fundadamente. Los informes habrán de ser evacuados en el improrrogable plazo de diez días y deberán obrar en poder de la autoridad laboral antes de la finalización del período de consultas a que se refieren los apartados 2 y 4 del presente artículo, quien los incorporará al expediente una vez concluido aquél.

La autoridad laboral puede solicitar a otros órganos, además de la ITSS, la emisión de Informes (C.Operativo 2009). El informe de la ITSS no tiene carácter vinculante: en todo caso, es importante la incidencia que suele tener el sentido del informe de la ITSS sobre el contenido de la Resolución administrativa. Así, el plazo de diez días para formular el Informe (sobre las causas motivadoras o sobre cualquier otro informe para resolver fundadamente por la Autoridad laboral) se inicia desde que es requerido de manera formal por la Autoridad laboral.

El Informe versa sobre las causas motivadoras del expediente, así como por cuantos otros “hechos, motivos o circunstancias” ayuden a la autoridad laboral a resolver la solicitud. En este sentido, como dice el Criterio operativo 2009 el Inspector tomará en cuenta en su Informe no sólo la documentación aportada por la empresa con la comunicación de iniciación del procedimiento o las alegaciones que ésta pueda formular posteriormente ante el inspector actuante, sino también toda aquélla que pueda provenir de otros interesados, los trabajadores o sus representantes, considerándose que no es suficiente tomar en consideración exclusivamente la documentación aportada por la empresa acompañando la solicitud. Derivado de ello, el C.Operativo 2009 considera que “resulta obligado que por parte del inspector actuante se cite a ambas partes, ya sea de manera conjunta o separada, circunstancia que deberá valorarse en cada caso, a fin de oír a las mismas y que cada una de ellas le dé traslado de sus consideraciones y valoraciones sobre las causas alegadas y la situación real y no sólo financiera y contable de la empresa que se desprenda de la documentación aportada”.

Contenido del Informe según el C.Operativo 2009:

1. Se puede afirmar que en los expedientes por causas económicas, el análisis de cada una de las medidas propuestas por al empresa debería confrontar la explicación, el análisis económico y la propuesta que se hace; en este sentido, partiendo de la dificultad de juzgar si las medidas propuestas contribuyen o no a superar una situación económica negativa, el análisis debería realizarse en base a la razonabilidad y coherencia que debiera presumirse en el juego de estos tres instrumentos (así no se entendería que una empresa con endeudamiento externo elevado, propusiera como medida de saneamiento solo la reducción de personal, sin otras que le acompañaran como la renegociación de la deuda, el fortalecimiento de los recursos propios, la mejora en la rotación de stocks...).

2. En relación al plan social, dice el C.Operativo 2009 que es uno de los elementos esenciales a tener en cuenta en el juicio de razonabilidad que debe emitir la Autoridad Laboral: en consecuencia, la insuficiencia o la falta de plan social puede comportar la valoración de falta de proporcionalidad en las extinciones solicitadas.

En relación al Plan Social, se ha de tener en cuenta que el art. 51 establece:

4. La consulta con los representantes legales de los trabajadores, quienes ostentarán la condición de parte interesada en la tramitación del expediente de regulación de empleo, tendrá una duración no inferior a treinta días naturales, o de quince en el caso de empresas de menos de cincuenta trabajadores, y deberá versar sobre las causas motivadoras del expediente y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados y para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial.

En todo caso, en las empresas de cincuenta o más trabajadores, se deberá acompañar a la documentación iniciadora del expediente un plan que contemple las medidas anteriormente señaladas.

Por tanto, en las empresas de cincuenta o más trabajadores, se deberá acompañar a la documentación iniciadora del expediente un plan que contemple las medidas anteriormente señaladas. El Artículo 6 del R.D.43/1996, de 19 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Regulación de Empleo y de Actuación Administrativa en materia de Traslados Colectivos, prevé, como contenido mínimo: "En empresas de cincuenta o más trabajadores, plan de acompañamiento social que contemple las medidas adoptadas o previstas por la empresa en orden a evitar o reducir los efectos del despido colectivo, así como atenuar sus consecuencias para los trabajadores que finalmente resulten afectados, tales como, entre otras, aquellas dirigidas especialmente a la readaptación o a la reconversión de los trabajadores y su posible integración en otros puestos de trabajo en el seno de la empresa o grupo de empresas, así como aquellas que favorezcan el mantenimiento de puestos de trabajo de carácter indefinido o la redistribución de la jornada de trabajo entre los trabajadores empleados y otras de análoga naturaleza". En lo de "otras de naturaleza análoga" podrían incluirse compromisos de recolocación futura cuando las circunstancias de la empresa lo permitan o en el establecimiento de un derecho preferente para los trabajadores afectados a ser contratados en cualquier vacante, temporal o indefinida, que se produzca en la empresa...

En todo caso, como dice la doctrina, en la normativa no se incluye ninguna indicación sobre el régimen jurídico del Plan o las posibles consecuencias de su incumplimiento formal y material.

Siguiendo con el art. 51:

5. Cuando el período de consultas concluya con acuerdo entre las partes, la autoridad laboral procederá a dictar resolución en el plazo de quince días naturales autorizando la extinción de las relaciones laborales. Si transcurrido dicho plazo no hubiera recaído pronunciamiento expreso, se entenderá autorizada la medida extintiva en los términos contemplados en el acuerdo.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, si la autoridad laboral apreciase, de oficio o a instancia de parte, la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo, lo remitirá, con suspensión del plazo para dictar resolución, a la autoridad judicial, a efectos de su posible declaración de nulidad. Del mismo modo actuará cuando, de oficio o a petición de la entidad gestora de la prestación por desempleo, estimase que el acuerdo pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo.

6. Cuando el período de consultas concluya sin acuerdo, la autoridad laboral dictará resolución estimando o desestimando, en todo o en parte, la solicitud empresarial. La resolución se dictará en el plazo de quince días naturales a partir de la comunicación a la autoridad laboral de la conclusión del período de consultas; si transcurrido dicho plazo no hubiera recaído pronunciamiento expreso, se entenderá autorizada la medida extintiva en los términos de la solicitud.

La resolución de la autoridad laboral será motivada y congruente con la solicitud empresarial. La autorización procederá cuando de la documentación obrante en el expediente se desprenda razonablemente que las medidas propuestas por la empresa son necesarias a los fines previstos en el apartado 1 de este artículo.

Como primer punto a destacar, se ha de recordar que la posibilidad de acuerdo entre empresa y representantes con los trabajadores, debe conseguirse con “la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal en su caso, o de representaciones sindicales, si las hubiere que, en su conjunto, representen a la mayoría de aquéllos”. Por lo tanto, la ley no dispone que se deba llegar a un acuerdo con la Junta de Personal o representaciones unitarias de funcionarios públicos, si bien la consulta con dichas representaciones sería deseable sobre todo si la realización de un expediente de regulación de empleo, para el personal laboral, debería incluir medidas (no extintivas, pero si reorganizativas) para el propio personal funcionario.

En todo caso, si la autoridad laboral dicta una resolución administrativa autorizando en todo o en parte los despidos, lo que acontece es que se adopta una resolución que “autoriza” los despidos, pero no los impone, ya que dicha decisión extintiva ha de ser ejecutada por la parte autorizada.

En este sentido, partiendo de los comentarios digitales de L.J. Escudero Alonso (Despidos colectivos y jurisdicción social) la STS de 23 de julio de 2009 (AR. 1029/2008) se ha pronunciado sobre las posibilidades de impugnación por el trabajador concreto que entiende que se le ha incluido injustamente en el ERE, bien porque no se haya especificado quienes son los afectados, o bien porque estima que se debe a una actuación discriminatoria prohibida por la Ley. Según dicha sentencia, el trabajador únicamente puede acudir al orden social para impugnar un presunto despido dentro de un ERE en el caso que no contenga un anexo con la lista concreta de los trabajadores afectados, en cuyo caso el trabajador podrá impugnar los motivos por los que ha sido incluido ante el Juzgado de lo Social, pudiéndose estar ante un despido sin causa, pero que en el caso de figurar en el anexo la competencia es del orden administrativo.

Como última cuestión, se ha de recordar lo que dice el art. Art. 69 de la Ley 7/2007: Objetivos e instrumentos de la planificación.

1. La planificación de los recursos humanos en las Administraciones Públicas tendrá como objetivo contribuir a la consecución de la eficacia en la prestación de los servicios y de la eficiencia en la utilización de los recursos económicos disponibles mediante la dimensión adecuada de sus efectivos, su mejor distribución, formación, promoción profesional y movilidad.

2. Las Administraciones Públicas podrán aprobar Planes para la ordenación de sus recursos humanos, que incluyan, entre otras, algunas de las siguientes medidas:

a) Análisis de las disponibilidades y necesidades de personal, tanto desde el punto de vista del número de efectivos, como del de los perfiles profesionales o niveles de cualificación de los mismos.

b) Previsiones sobre los sistemas de organización del trabajo y modificaciones de estructuras de puestos de trabajo.

c) Medidas de movilidad, entre las cuales podrá figurar la suspensión de incorporaciones de personal externo a un determinado ámbito o la convocatoria de concursos de provisión de puestos limitados a personal de ámbitos que se determinen.

d) Medidas de promoción interna y de formación del personal y de movilidad forzosa de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo III del presente Título de este Estatuto.

e) La previsión de la incorporación de recursos humanos a través de la Oferta de empleo público, de acuerdo con lo establecido en el artículo siguiente.

3. Cada Administración Pública planificará sus recursos humanos de acuerdo con los sistemas que establezcan las normas que les sean de aplicación.

Dicha previsión está desarrollada por el Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de puestos de trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado, según el cual (art. 2). Los Planes de Empleo previstos en el artículo 18 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, tanto si tienen carácter departamental como interdepartamental, podrán adoptar

las modalidades de Planes Integrales de Recursos Humanos y Planes Operativos de Recursos Humanos. Añadiendo que “Los Planes Integrales de Recursos Humanos constituirán el instrumento básico de planificación global de éstos en los ámbitos correspondientes. Especificarán los objetivos a conseguir en materia de personal, los efectivos y la estructura de recursos humanos que se consideren adecuados para cumplir tales objetivos, las medidas necesarias para transformar la dotación inicial en la que resulte acorde con la estructura de personal que se pretenda y las actuaciones necesarias al efecto, especialmente en materia de movilidad, formación y promoción”.

Llegados a este punto, hay que destacar si un expediente de regulación de empleo, podría ser desarrollado al margen de dichos Planes de empleo, o necesariamente dentro de ellos. En relación al primer aspecto, la STS ANDALUCIA de 25 ABRIL DE 1997, ya estudiada anteriormente, dice que “la medida extintiva prevista en el art. 52c de la LET puede considerarse una fórmula utilizable además de los Planes de Empleo o las Medidas de reasignación de efectivos a que aluden los arts. 18 y 20.1g) de la Ley 30/1984, conforme a la redacción dada por los artículos 15 y 16 de la Ley 22/1993”.

Por lo tanto, el ERE podría realizarse al margen de un Plan de Empleo.

En todo caso, yo considero, que solo se podría aplicar la previsión legal del art. 51 en el marco de un Plan de empleo: instrumento válido para cuadrar la situación real de un ente administrativo. La medida consistente en un Expediente de Regulación de Empleo para el personal laboral, para poder ser autorizada, posiblemente debería suponer una reorganización de todos los efectivos del Ayuntamiento (incluyendo al personal funcionario), y por ello, solo podría llevarse a cabo, tras la adopción de la LEBEP, en el marco de otra serie de medidas (de formación, de movilidad, etc.) que afectarían también al personal funcionario, lo cual haría necesario la realización de aquel Plan.

Finalmente, hay que recordar que según el Documento publicado por el Gobierno de España el 5 de febrero relativo a las líneas de actuación en el mercado de trabajo para su discusión con los interlocutores sociales en el marco del diálogo social, se recoge en su línea 1, sobre la reducción de la dualidad y la temporalidad en el mercado de trabajo, en concreto en su apartado sobre contratación indefinida, que “es obligado abrir una reflexión sobre si no resultaría más eficiente para el funcionamiento para el mercado de trabajo, reforzar y racionalizar, como señala la letra del Estatuto de los Trabajadores, el principio de causalidad del despido mediante una más clara distinción entre despidos disciplinarios y despidos económicos y, particularmente, la diferenciación entre el carácter procedente e improcedente de estos últimos. De hecho, el creciente recurso al despido que se reconoce por las empresas como improcedente ha provocado el efecto de descausalizar y, por ello, facilitar un buen número de despidos y, a cambio, ha hecho un lugar común en el debate público que 45 días por año de servicio sea el coste ordinario de la indemnización por finalización de la relación laboral en nuestro país, cuando la legislación vigente establece que esta cuantía tan sólo es de aplicación a los despidos o extinciones laborales de carácter injustificado”.

EL FENÓMENO DE LA SUCESIÓN EMPRESARIAL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: CONTENIDO Y CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 42, 43 Y 44 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

Susana Rodríguez Escanciano

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y
de la Seguridad Social. Universidad de León
Acreditada para el acceso al cuerpo de Catedráticos.

Sumario

1.- CONSIDERACIONES PREVIAS	1
2.- SUCESIÓN DE EMPRESA Y SUBROGACIÓN EMPRESARIAL: LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 44 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES	3
2.1.- Contratas y concesiones administrativas.....	3
2.1.1.- El principio de continuidad en la prestación del servicio público	3
2.1.2.- Requisitos para la subrogación empresarial.....	4
2.1.3.- Reversión a manos de la Administración de una actividad previamente exteriorizada	8
2.2.- Otros supuestos de privatización.....	13
3.- EL ARTÍCULO 42 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES.....	14
3.1.- La permisividad de la Ley de Contratos del Sector Público.....	15
3.2.- La responsabilidad solidaria de la Administración en materia salarial y de Seguridad Social	16
3.2.1.- La doctrina de los Tribunales del orden social	17
3.2.3.- Sobre el concepto “propia actividad”	20
3.2.4.- La exoneración de responsabilidad de la Administración prevista en los pliegos de condiciones	22
4.- CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES. LA INTERMEDIACIÓN (LÍCITA) DE LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL	23

1.- CONSIDERACIONES PREVIAS

Cierto es que el art. 103 de la Constitución Española (CE) establece que la “Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la ley y al derecho”. Tal previsión no significa, empero, una posición monopolista por parte de la Administración a la hora de atender los intereses de la colectividad en tanto la Carta Magna en ningún caso viene a establecer una conexión absoluta entre la noción de servicio público y su titularidad pública; antes al contrario, la garantía sí ha de serlo, pero la gestión puede ser directa, indirecta o mixta, pues no procede entender necesariamente una mejor prestación del servicio si ésta tiene lugar sin intermediarios, ni cabe llegar a la conclusión de que la gestión mediata conlleva *per se* una actuación contraria a la máxima de eficiencia¹.

Sobre la premisa anterior y en un proceso paulatino, procede recordar cómo las exigencias de mayor competitividad derivadas del actual modelo mundial o globalizado inducen, por una parte, a reducir el peso de lo público en el conjunto de la Economía y, por otra, a aumentar significativamente la eficacia de la Administración, de la cual se reclaman estándares de funcionamiento similares a los de la empresa privada².

¹ VILLAR ROJAS, F.J.: *Privatización de servicios públicos*, Madrid, 1993, pág. 336.

² VILLAR PALASI, J.L.: *La intervención administrativa en la industria*, Madrid, 1964, pág. 262.

Se produce, así, una de las muestras de la denominada “huida del Derecho Administrativo”³, conseguida a través de la sustitución de las estructuras tradicionales de gestión directa por otras interpuestas a través de las cuales los Entes públicos descentralizan determinadas tareas o actividades con el fin de conseguir la oportuna “optimización del bienestar social”⁴. “Modernizar”, e ahí la clave; éste es el contexto adecuado para hacer florecer la privatización de actividades administrativas⁵.

El límite quedará fijado en una frontera inamovible (aun cuando en algunos supuestos su oscuridad, buscada a propósito, obligará también aquí a “levantar el velo”⁶): “en ningún caso podrán prestarse mediante gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos”, situados por los estudios más acabados de la doctrina en las actividades de policía; legislar, juzgar y ejecutar lo juzgado; Seguridad Social; medios de comunicación y centros educativos (en estos dos últimos casos, por cierto, los arts. 20.3 y 27 CE impedirán su privatización absoluta)⁷.

De este modo, cuanto queda extramuros de la reserva de autoridad no deja de ser servicio público, en tanto responda a un interés merecedor de igual calificativo (si aquél desaparece entrará a formar parte de las mencionadas “actividades en nada diferentes a las realizadas por los particulares”, y cualquier cupo previo podrá ser abandonado a la dirección bajo forma privada)⁸, pero sí admitirá técnicas de llevanza sometidas al mercado y sus leyes, en virtud de las cuales la Administración proporciona prestaciones a los administrados a través de entidades especializadas⁹. Así, el contrato administrativo con empresas contratistas o concesionarias, que aportan sus medios humanos y materiales a la prestación de la encomienda pública asumida, o la creación de una entidad instrumental sometida al Derecho Privado destinada a ejercer el quehacer que previamente realizaba la Administración, pasan a ser instrumentos indispensables¹⁰.

Tales fenómenos, crecientes en los últimos tiempos, no acaban, sin embargo, con un cambio en la forma jurídica mediante la cual la Administración actúa en el mercado, sometiendo sus relaciones con terceros al Derecho Civil y Mercantil a través de una entidad interpuesta, sino que, proyectándose más allá, alcanza a la denominada “laboralización” de los recursos humanos. Y es que quienes prestan su esfuerzo productivo a favor del nuevo empleador que asume la gestión de la encomienda pública van a tener la condición de trabajadores, reclutados bajo el parámetro de la libertad de empresa propio del Derecho Laboral y, como derivado de éste, el de la autonomía de la voluntad del titular de la organización productiva a la hora de incorporar a quien estime conveniente (art. 38 CE).

Bajo tales premisas, no hay que olvidar tampoco que la aparición en el horizonte de la idea de sostenibilidad en un contexto de crisis económica hace que la Administración intente encauzar sus actuaciones dentro de una política de marcada contención del déficit sin descuidar los estándares de eficacia, razón por la cual las alteraciones subjetivas de la entidad encargada inicialmente de la prestación del servicio público no van a ser infrecuentes, bien derivadas de la asunción directa, por parte de la Administración, del cometido antes descentralizado, bien consecuencia de su rescate para su posterior encomienda a otra entidad distinta, quien, a su vez, puede externalizar parte de la actividad encargada a un tercero.

La distorsión o disfuncionalidad del ordenamiento jurídico entre normas laborales y administrativas está servida en estos supuestos de novación total o parcial en la titularidad de la entidad gestora del servicio público, pues la mano de obra implicada quedará sujeta a un proceso sometido a las reglas y garantías propias del Derecho del Trabajo, pero siendo capaz de provocar, al tiempo, imputaciones de responsabilidad a la propia Administración.

³ Entre muchos, MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S.: “Reflexiones sobre la ‘huida’ del Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 140, 1996, págs. 25 y ss.; BORRAJO INIESTA, I.: “El intento de huir del Derecho Administrativo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 78, 1993, págs. 233 y ss. ó DEL SAZ CORDERO, S.: “La huida del Derecho Administrativo: últimas manifestaciones, aplausos y críticas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 136, 1995, págs. 201 y ss.

⁴ MARTIN MATEO, R.: *Liberalización de la Economía. Más Estado, menos Administración*, Madrid, 1988, págs. 154 y ss.

⁵ PAREJO ALFONSO, L.: “La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública”, *Documentación Administrativa*, núms. 218-219, 1989, pág. 23.

⁶ GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ, S.: “Levantamiento del velo y Derecho Administrativo privado en el ámbito de la Administración Local”, *Revista Española de la Administración Local y Autonómica*, núms. 274-275, 1997, págs. 380 y ss.

⁷ SORIANO GARCIA, J.E.: *Desregulación, Privatización y Derecho Administrativo*, Bolonia, 1993, págs. 35 y ss.

⁸ FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J. y RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: *El acceso al empleo público*, Madrid, 2005, pág. 20.

⁹ GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, 11ª edición, Madrid, 2002, pág. 647.

¹⁰ RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Contratación pública y condiciones de trabajo”, *Relaciones Laborales*, núm. 4, 2008, pág. 3.

2.- SUCESIÓN DE EMPRESA Y SUBROGACIÓN EMPRESARIAL: LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 44 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

La privatización del funcionamiento de un ente gestor de servicios públicos, unida a la consecuente aplicación del Derecho del Trabajo a la mano de obra implicada, obliga a descender al detalle de un problema fundamental: el régimen jurídico aplicable a los trabajadores inmersos en un posible proceso de sucesión de empresas prestatarias de la actividad de interés general.

Uno de los principales mecanismos para la protección de los derechos de los trabajadores en las modificaciones empresariales es el principio de subrogación en las condiciones de trabajo recogido en el art. 44 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores (ET). Mediante este mecanismo, se produce el mantenimiento de los derechos y obligaciones que el primer empresario ostentaba frente a sus empleados, de modo que el adquirente debe respetar las condiciones de trabajo existentes en la empresa adquirida. Cabe analizar, pues, la posible aplicación del mencionado precepto estatutario a las Administraciones Públicas, y en qué circunstancias y bajo qué condiciones, distinguiendo dos supuestos *de facto* distintos pero coincidentes en sus requisitos y en sus consecuencias: de un lado, el recurso a las contrata y concesiones administrativas; de otro, la creación de un ente instrumental.

2.1.- Contratas y concesiones administrativas

La circunstancia de que en la contratación administrativa opera una delegación de facultades desde la Administración al empresario contratista, cuyo objeto es precisamente una actividad de interés general, y la necesidad de que en dicho adjudicatario concurren las cualidades y condiciones fijadas previamente, son datos que justifican la importancia atribuida al principio de personalidad de la concesión y la habilitación de potestades suficientes en favor de la Administración concedente para que controle, no sólo el cumplimiento de las condiciones previstas, sino que efectivamente sea el propio sujeto seleccionado por ésta quien asuma la prestación de la actividad pública. La identidad del contratista o concesionario es, pues, una cuestión de máxima importancia para la entidad administrativa, no en vano "a ésta no le resulta indiferente quién es el titular de la adjudicación"¹¹.

Ahora bien, los extensos plazos de duración de las contrata y concesiones administrativas hacen que sea muy probable, casi seguro, que se produzcan a lo largo de aquéllas múltiples incidencias que pueden afectar a la identidad del sujeto que, como contratista o concesionario, está obligado a cumplir los deberes inherentes al vínculo administrativo. En muchas ocasiones esa traslación de las obligaciones del adjudicatario a un tercero puede llevar a la sustitución íntegra del mismo por otro sujeto, tras la oportuna cesión del nexo contractual público. Tal circunstancia no supone sólo un cambio jurídico empresarial de la titularidad de la prestación de servicios públicos de necesario conocimiento o autorización por parte de la Administración, sino que, proyectándose más allá, alcanza a la condición de los trabajadores que prestaban su esfuerzo productivo a favor del antiguo adjudicatario.

2.1.1.- El principio de continuidad en la prestación del servicio público

Con el objetivo último de dar cumplimiento al consolidado principio de continuidad en la contrata o concesión administrativa¹², caracterizado por el hecho de que el titular de la misma no puede interrumpir ni suspender el servicio público concedido salvo caso de fuerza mayor, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), establece la oportuna "subrogación del cesionario en todos los derechos y obligaciones que correspondían al cedente" (art. 209.3), siempre y cuando concurren los siguientes requisitos: a) que el órgano de contratación hubiera aprobado "expresamente y con carácter previo" la cesión de la concesión [art. 209.2 a)]; b) que el cesionario no sólo tenga capacidad para contratar con la Administración y cuente con la solvencia exigible, debiendo estar debidamente clasificado si ello fuera pertinente, sino también que no esté incurso en ninguna causa de prohibición o inhabilitación para contratar [art. 209.2 c)].

De este modo, la autorización de la transmisión del vínculo administrativo a un tercero no puede conllevar sino, como lógica consecuencia, que "ante la Administración, los usuarios y cualquier ajeno, el cesionario adquiera la condición de concesionario"¹³. La relación concesional preexistente se extingue por causa de la cesión,

¹¹ MESTRE DELGADO, J.F.: "Las formas de prestación de los servicios públicos laborales. En particular, la concesión", en AA.VV (MUÑOZ MACHADO, S., Dir.): *Tratado de Derecho Municipal*, T. II, 2ª edición, Madrid, 2003, pág. 1492.

¹² REBOLLO RICO, A.: "Derechos y obligaciones del concesionario", en AA.VV (MENENDEZ MENENDEZ, A., Dir.): *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas*, Madrid, 2003, pág. 215.

¹³ MESTRE DELGADO, J.F.: *La extinción de la concesión de servicio público*, Madrid, 1992, pág. 163.

quedando el cedente desvinculado de la gestión del servicio y concluyendo su relación jurídica con la Administración concedente, no en vano la empresa adjudicataria ha traspasado a un tercero su relación contractual con la Administración, relación que subsistirá ahora entre el Ente público y el cesionario¹⁴.

2.1.2.- Requisitos para la subrogación empresarial

A esta misma conclusión debería de llegarse si aplicáramos el ordenamiento jurídico-laboral, pues, en principio, parecería lógico que este sector del ordenamiento, en virtud de su carácter marcadamente tuitivo, apostara por garantizar la estabilidad en el empleo de los trabajadores afectados por el cambio de adjudicatario, no en vano el "principio de continuidad de las relaciones laborales más allá de las vicisitudes que pueda experimentar la titularidad de la empresa" debería constituir un principio consolidado del *Ius Laborum*¹⁵.

Ahora bien, el tenor literal vigente incorporado al art. 44 ET, antes de adoptar este criterio de la subrogación empresarial, es sumamente claro al condicionar la aplicación de dicho mecanismo al cumplimiento de una serie de condicionantes de difícil materialización en muchos supuestos de cesión de un contrato administrativo a un tercero. Es más, en aquellas circunstancias en las cuales sea preceptiva la aplicación del principio de la sucesión de adjudicatarios con el obligado respeto de los derechos de los trabajadores transmitidos por cumplirse los requisitos previstos en el art. 44 ET, van a surgir de inmediato dudas de difícil solución con el exiguo marco normativo vigente en la actualidad; una insuficiencia que lleva a exigir la oportuna intervención legislativa tendente a aclarar un panorama que ha ido encontrando únicamente solución a través de los pronunciamientos judiciales capaces de propiciar en ocasiones notables contradicciones y un importante grado de inseguridad jurídica.

La asunción por el nuevo empresario de los derechos y obligaciones laborales del anterior y, por consiguiente, la continuidad con el primero de las relaciones laborales concertadas en su día por el segundo, esto es, el mantenimiento en su empleo de los trabajadores contratados por éste, aparece condicionada, para que pueda tener lugar por imperativo legal, a que medie entre los dos empresarios una transmisión "de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma" (art. 44.1 ET). Se trata de una condición necesaria, pero no suficiente, pues se requiere también que lo transmitido "afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria" (art. 44.2 ET)¹⁶.

Teniendo en cuenta los presupuestos objetivos indicados, para que el fenómeno de la transmisión de empresa vaya acompañado del efecto subrogatorio es necesario que tenga lugar una efectiva cesión de "partes individualizadas" de la entidad empresarial, "siempre que conserven su identidad"¹⁷ y "lo que se transmita sea susceptible de explotación económica independiente, capaz de ofrecer bienes y servicios al mercado"¹⁸, esto es, que, en el caso aquí analizado, quede garantizada la eficiencia de la contrata o concesión frente a los usuarios. Si el objeto de la transmisión no encaja en esta descripción legal, la subrogación empresarial devendría inviable en cuanto pretendiera sustentarse en la normativa laboral de referencia¹⁹.

Es sumamente importante que la unidad productiva a transmitir al nuevo adjudicatario constituya, pues, un conjunto de elementos productivos o patrimoniales, dotados de la suficiente autonomía funcional²⁰, quedando excluidos supuestos de transferencia de elementos materiales o instrumentales aislados, sin sustantividad propia. En consecuencia, y como prolongación de la autonomía, la transmisión ha de permitir la continuidad de

¹⁴ FERNANDEZ ASTUDILLO, J.M.: *Contratación administrativa*, 3ª edición, Barcelona, 2003, pág. 512.

¹⁵ La intención tutelar de la estabilidad en el empleo ha sido reconocida tradicionalmente en los pronunciamientos de los Tribunales; entre otras, ya clásicas, SSTS, Social, 27 marzo y 19 diciembre 1980 (Ar. 1543 y 4956), 15 mayo 1981 (Ar. 2252), 15 marzo y 17 junio 1983 (Ar. 1155 y 3017), 18 julio 1986 (Ar. 4238), 26 enero, 3 y 9 marzo, 9 julio y 6 octubre 1987 (Ar. 292, 1321, 1355, 5123 y 6834), 25 febrero y 12 julio 1988 (Ar. 948 y 5098), 30 septiembre y 15 diciembre 1997 (Ar. 7185 y 9180) y 15 diciembre 1998 (Ar. 437/1999) ó SSTSJ, Social, País Vasco 13 mayo 1991 (Ar. 1022) y La Rioja 24 febrero 1992 (Ar. 862).

¹⁶ GARATE CASTRO, J.: "Descentralización productiva por medio de contratos de obras y servicios. Algunas cuestiones laborales y de Seguridad Social, con especial referencia a las Administraciones públicas", *Actualidad Laboral*, 2004, Tomo I, pág. 1053.

¹⁷ SSTS, Social, 5 abril y 30 diciembre 1993 (Ar. 2906 y 10078), 20 enero y 19 octubre 1996 (Ar. 115 y 7778), 10 diciembre 1997 (Ar. 736) ó 29 abril y 8 junio 1998 (Ar. 3879 y 6693). También, SSTSJ, Social, Murcia 27 septiembre 1999 (Ar. 3087) y Castilla y León/Valladolid 15 julio 1999 (Ar. 3762).

¹⁸ STS, Social, 27 octubre 1994 (Ar. 8531).

¹⁹ RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: *Subcontratación de concesiones administrativas: problemas laborales*, Madrid, 2006, págs. 153 y ss.

²⁰ MOLINA NAVARRETE, C.: "El problema de la identificación del concepto de 'unidad productiva autónoma' ex art. 44 ET: la posibilidad de nuevos usos hermenéuticos", *Temas Laborales*, núm. 32, 1994, págs. 53-55.

la actividad empresarial, esto es, la permanencia de ésta como unidad organizativa de producción que configura la identidad del objeto transmitido²¹.

Desde tal perspectiva, es cuestionable la concurrencia de esta exigencia en todos los supuestos de transmisión a tercero de una contrata o concesión administrativa²², pues aun cuando la cesión lleva *per se* aparejada la entrega de la infraestructura pertinente, en realidad "no se transmite la organización empresarial básica para la explotación del servicio, lo cual... es condición necesaria para la actuación del artículo 44 ET"²³. Efectivamente, la sucesión de concesionarios en la mera actividad objeto del contrato administrativo no es subsumible, en principio, en el supuesto contemplado en el art. 44 ET, no en vano el cambio de titularidad en la concesión administrativa no suele ir acompañado por la traslación de un conjunto de elementos organizados dotados de autonomía productiva²⁴. La doctrina jurisprudencial más clásica ha venido estableciendo con claridad cómo en estos supuestos de sucesión de contratas o concesiones administrativas no hay efectiva transmisión de empresas, sino extinción de una contrata y comienzo de otra jurídicamente distinta, aunque su objeto sea el mismo²⁵. Cabe afirmar, por ende, cómo no tiene lugar la subrogación del nuevo concesionario respecto de los trabajadores del anterior, pues no se produce la efectiva transmisión patrimonial requerida por el artículo 44 ET, a no ser --como lógica excepción-- que dicha subrogación venga impuesta por el pliego de condiciones o por el convenio colectivo aplicable²⁶ (tal y como sucede, en paradigmático ejemplo, en el art. 23 del IV convenio colectivo general del sector de la construcción 2007-2011 para los trabajadores empleados en contratas de mantenimiento de carreteras o vías férreas)²⁷.

Con todo, esta tesis restrictiva debería ser matizada al calor de una nueva línea interpretativa apuntada desde algunos pronunciamientos de órganos supranacionales, recogiendo a tenor de la Directiva 2001/23, de 12 de marzo, una noción funcional de la transmisión y no centrando su atención solamente en la concepción de empresa-organización, de conformidad con la cual "dicha entidad [económica organizada] si bien ha de ser suficientemente estructurada y autónoma, no entraña necesariamente elementos significativos de activo material o inmaterial. En efecto, en determinados sectores económicos, como los de limpieza y vigilancia, estos elementos se reducen a menudo a su mínima expresión y la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra. Así pues, un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común pueden constituir una actividad económica cuando no existen factores de producción"²⁸, debiendo ser asumida la plantilla por la empresa adquirente en aquellos sectores en los cuales la unidad de producción es esencialmente la mano de obra²⁹. A tenor de esta novedosa doctrina, podría llegarse a la conclusión de que "las actividades públicas gestionadas indirectamente constituirían *per se* un complejo orgánico --una unidad productiva en sentido funcional y técnico-- encaminado a realizar un servicio público definido y delimitado, lo que supone que las vicisitudes que representen un cambio subjetivo en el ejercicio de la explotación integrarían el supuesto de hecho del art. 44 ET que acciona el efecto subrogatorio *ex lege* del que se hace eco efectivamente del servicio objeto de concesión como una unidad productiva"³⁰.

²¹ RODRIGUEZ FERNANDEZ, M.L.: "El concepto de transmisión de empresas en la jurisprudencia española", *Relaciones Laborales*, núm. 24, 2000, págs. 13 y ss.

²² CAMPS RUIZ, L.M.: "Constitución de filiales y estatuto del personal aplicable a los trabajadores al servicio de un grupo de sociedades", *Poder Judicial*, núm. 16, 1989, págs. 230-231.

²³ STS, Social, 22 abril 1997 (RJ 3581). En el mismo sentido, SSTS, Social, 5 abril 1993 (RJ 2906), 23 febrero y 14 diciembre 1994 (RJ 1227 y 10093), 9 febrero 1995 (RJ 789), 27 y 29 diciembre 1997 (RJ 9639 y 9641), 31 marzo y 29 abril 1998 (RJ 4575 y 3879), 26 abril y 1 diciembre 1999 (RJ 4532 y RJ 2000, 516) ó 11 abril, 22 mayo y 10 julio 2000 (RJ 3946, 4624 y 8295).

²⁴ ORTIZ DE SOLORZANO AURUSA, C.: "La sustitución de los contratistas y la transmisión de personal en los convenios colectivos (eficacia de las denominadas cláusulas subrogatorias en los convenios colectivos y en la jurisprudencia del TJCE)", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 116, 2002, págs. 241 y ss.

²⁵ Entre muchas, SSTS, Social, 6 febrero 1997 (RJ 999) y 21 octubre 1998 (RJ 9299).

²⁶ ALVAREZ ALCOLEA, M.: "Responsabilidad en los supuestos de cambio en la titularidad de la empresa. En particular, en la sucesión de contratas", en AA.VV (RIVERO LAMAS, J., Dir.): *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, Pamplona, 2003, pág. 270. En la doctrina judicial, entre muchas, SSTS, Social, 1 diciembre 1999 (RJ 516) y 25 febrero 2000 (RJ 4624).

²⁷ BOE núm. 197, de 27 de agosto de 2007.

²⁸ SSTJCE 173/96 y 247/96, de 10 de diciembre de 1998, asuntos acumulados *Sánchez Hidalgo y otros*; 127/96, 229/96 y 74/97, de 10 de diciembre de 1998, asuntos acumulados *Hernández Vidal y otros*; 172/99, de 25 de enero de 2001, asunto *Oy Liikenne Ab*; 51/00, de 24 de enero de 2002, asunto *Temco*, 340/01, de 20 de noviembre de 2003, asunto *Carlito Abler y otros* y 232 y 233/04, de 15 de diciembre de 2005, asunto *Güney-Gorres y Demir*. Un estudio en profundidad sobre las mismas en SALCEDO BELTRAN, M.C.: *Regulación legal y convencional de la subrogación de contratistas*, Albacete, 2005, págs. 17 y ss.; CAVAS MARTINEZ, F.: "A vueltas con el concepto de traspaso de empresa en el Derecho Comunitario", *Aranzadi Social*, núm. 22, 2006, págs. 9 y ss. ó RAMOS QUINTANA, M.I.: *Subcontratación de obras o servicios y transmisión empresarial*, Albacete, 2007, págs. 81 y ss.

²⁹ Con serias dudas, SSTS, Social, 20 y 27 octubre 2004 (RJ 7162 y 7202).

³⁰ MONEREO PEREZ, J.L.: "Continuidad de las relaciones de trabajo en la gestión indirecta de servicios y actividades. El cambio de titularidad en las contratas y en las concesiones administrativas", *Relaciones Laborales*, 1986, Tomo II, pág. 68.

Tal interpretación ha empezado a ser asumida por algunos Tribunales Superiores de Justicia³¹, pero la línea mayoritaria del Tribunal Supremo (aun cuando con determinadas matizaciones referidas a aquellos supuestos en los que el nuevo empresario se hace cargo en términos significativos de calidad y número de una parte del personal del cedente)³² sigue consistiendo en defender *a priori* cómo la aplicación del art. 44 ET queda condicionada a la ya conocida existencia de un mínimo soporte patrimonial constituido por una unidad organizada que permita prestar una actividad independiente al concesionario, porque la transmisión de unos meros servicios no constituyen por sí mismos ni un centro de trabajo, ni una unidad productiva autónoma, si la sucesión en una contrata o concesión no lleva aparejada la entrega de una infraestructura u organización³³ (si bien --en excepción ya conocida-- las normas sectoriales o el pliego de condiciones pueden prever que el nuevo contratista o concesionario se haga cargo de todo o parte del personal que prestaba sus servicios para el anterior, así como establecer una regulación específica respecto de las deudas salariales sin que se trate de un supuesto de aplicación del precepto legal transcrito).

Con mayor detalle, en palabras del Alto Tribunal, "en los casos de sucesión de contratas no hay transmisión de las mismas, sino finalización de una y comienzo de otra formal y jurídicamente distinta, con un nuevo contratista, aun cuando materialmente la contrata sea idéntica, en el sentido de que son los mismos servicios los que se siguen prestando, no produciéndose por tanto la subrogación del nuevo contratista en los contratos de los trabajadores (salvo si lo impusiere el pliego de condiciones --que de ser aceptado vinculará al nuevo concesionario-- o se derive de normas sectoriales) si no se transmiten los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación, pues, caso contrario, lo que hay es una nueva sucesión temporal en la actividad sin entrega del soporte patrimonial para la realización de ésta, no siendo por tanto de aplicación el art. 44 ET³⁴"; esto es, se trataría del término de la concesión con la entrada de un nuevo empleador, quien no aparece vinculado con el precedente por ningún título traslativo respecto de elementos materiales y organizativos de la unidad productiva³⁵.

En definitiva, pese a la línea interpretativa del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, que acentúa la protección de los intereses de los trabajadores más que los de los contratistas y de las empresas comitentes, la posición última a la que ha llegado el Alto Tribunal español³⁶ considera que si no han sido transmitidos los elementos que configuran la infraestructura organizativa básica de la concesión o si el nuevo concesionario no se hace cargo, voluntariamente o porque así lo prevea el pliego de condiciones o el convenio colectivo de aplicación, de una parte esencial, en términos de número y competencia, de los trabajadores que su antecesor destinaba al cumplimiento del encargo público, no se produce sin más el efecto subrogatorio previsto en el art. 44 ET³⁷.

Siguiendo con tal razonamiento judicial, procede señalar cómo "la aplicación o no del artículo 44 a un supuesto de sucesión de concesiones administrativas se va a determinar... en función de las circunstancias concurrentes, de tal forma que si se produce la transmisión de una unidad organizada, y se trasladan los

³¹ Por todas, SSTSJ, Social, Canarias/Las Palmas 16 enero 2009 (AS 855).

³² Significativamente, SSTS, Social, 17 octubre 2004 (RJ 7202) y 25 enero 2006 (RJ 2687).

³³ PEDRAJAS MORENO, A.: "Relaciones de trabajo de carácter interprofesional: subcontratación, cesión, sucesión, grupos de empresa", en AA.VV.: *Unificación de doctrina del Tribunal Supremo en materia laboral y procesal laboral. Estudios en homenaje al Profesor Doctor Efrén Borrajo Dacruz*, Valencia, 1998, págs. 225 y ss.

³⁴ Por todas, SSTS, Social, 6 febrero, 12 marzo, 17 junio y 10 diciembre 1997 (RJ 999, 2318, 4758 y RJ 1998, 736), 9 febrero 1998 (RJ 1644) y 30 septiembre y 1 diciembre 1999 (RJ 9100 y RJ 2000, 516) ó ATS, Social, 21 octubre 1998 (RJ 9299).

³⁵ STSJ, Social, Cataluña 17 febrero 2005 (AS 602).

³⁶ RIVERO LAMAS, J.: "Proyecciones de la descentralización productiva: instrumentación jurídico-laboral" y ALVAREZ ALCOLEA, M.: "Responsabilidad en los supuestos de cambio en la titularidad de la empresa. En particular, en la sucesión de contratas", en AA.VV (RIVERO LAMAS, J., Dir.): *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, Pamplona, 2003, págs. 49 y 271, respectivamente.

³⁷ SSTS, Social, 22 mayo 2000 (RJ 4624); en idéntico sentido, SSTS, Social, 29 abril 1998 (RJ 3879), 22 mayo 2000 (RJ 4624), 14 junio 2006 (TOL 970175), 20 septiembre 2006 (RJ 6667) y 12 diciembre 2007 (RJ 2008, 460) ó SSTSJ, Social, Galicia 5 diciembre 2000 (AS 3972), 17 enero 2002 (JUR 72485) y 22 enero 2003 (AS 1962), Castilla-La Mancha 9 enero 2003 (AS 937), Extremadura 23 febrero 2006 (TOL 849208), Murcia 10 abril 2006 (TOL 953358) y Valladolid 31 octubre 2007 (AS 2008, 488). Así ocurriría también cuando "no se trate de una mera continuidad en la prestación del servicio anterior por parte de la nueva adjudicataria, sino de una contrata nueva, con circunstancias completamente distintas a la precedente... no hay así transmisión de una unidad patrimonial susceptible de ser inmediatamente explotada, ni de elementos patrimoniales esenciales --maquinaria, herramientas y demás medios necesarios-- para la prestación de los servicios propios de la concesión ni siquiera asunción de todo o una parte significativa del personal de la anterior contratista, sino que conforme al pliego de cláusulas administrativas y condiciones técnicas vigente en ese momento, la nueva empresa adjudicataria asumió la obligación de aportar 'la totalidad de los elementos patrimoniales y personales necesarios para la realización del contrato'", SSTSJ, Social, Galicia 2 abril 2004 (AS 2004, 1668) y Castilla y León/Valladolid 4 julio 2005 (JUR 175020).

elementos patrimoniales (materiales o inmateriales) o en su caso la plantilla y la actividad, cabe sostener la aplicación de este precepto³⁸. Con mayor detalle, "la adjudicación mediante concesión administrativa a una empresa de una determinada instalación o infraestructura de titularidad pública puede tener muchas variantes distintas con consecuencias radicalmente diferentes en orden a determinar si debe o no operar el instituto de la sucesión empresarial que regula el art. 44 ET. Es perfectamente posible que la concesión comporte el derecho a la explotación comercial frente a terceros de la instalación pública, de forma que la actividad de la empresa adjudicataria consista precisamente en obtener beneficios económicos con cargo al precio que percibe de los terceros que utilizan esa instalación, a cambio de la suma correspondiente que debe abonar la Administración titular de la misma por la adjudicación. En estos casos, ninguna duda cabe que se produciría sucesión empresarial cuando la instalación pública se pone a disposición de la empresa con toda la infraestructura y elementos productivos necesarios para su explotación. Pero también es posible que lo adjudicado no sea la explotación comercial frente a terceros de la instalación, sino tan sólo el simple y mero mantenimiento de la misma, de forma que la empresa adjudicataria no sólo no basa su actividad económica en el precio que recibe de terceros por la utilización de tal instalación, pagando a cambio un determinado canon a la Administración, sino que, muy al contrario, es la Administración titular quien abona a la empresa una cierta cantidad en pago de sus servicios. En estos casos la instalación se pone a disposición de la adjudicataria, no para su explotación comercial, sino tan sólo para el mantenimiento y conservación de sus elementos, pero esta simple puesta a disposición de la instalación de titularidad pública no tiene por qué conllevar aparejada necesariamente la entrega de la infraestructura empresarial que se necesite para realizar los servicios de mantenimiento objeto de la concesión, siendo precisamente esta infraestructura la que ha de aportar la empresa a quien se le adjudica el servicio"³⁹.

Es necesario, pues, estar al caso concreto, no pudiendo afirmar *a priori* la aplicación del art. 44 ET y, en consecuencia, del mecanismo subrogatorio en todos los supuestos de transmisión de una contrata o concesión administrativa; antes al contrario, la subrogación *ex lege* tendrá lugar únicamente cuando la nueva empresa adjudicataria va a asumir la posesión de todos los elementos de la cesante afectos a la concesión en cuestión y, por tanto, objeto de reversión, lo que puede implicar la devolución de cuantos bienes inmuebles y muebles estén sujetos al desarrollo de la contrata y que, a la postre, pueden llevar incluso a la disolución de la empresa que pierde el concurso público y no puede continuar con su labor. En semejantes circunstancias, parece clara la aplicación de las previsiones establecidas en el art. 44 ET. Así sucede, en paradigmático ejemplo, con la entrega de las llaves de un camping titularidad de un Ayuntamiento y todos los elementos necesarios para su explotación a la nueva entidad que se va a hacer cargo de su gestión⁴⁰.

En otros casos, la inseguridad jurídica está servida, salvo que el pliego de condiciones administrativas o el convenio colectivo aplicable establezcan expresamente la subrogación⁴¹, debiendo quedar claro, además, "que no existe obligación de incorporar en su estructura al personal de la contratista cuando el objeto de la contrata es diferente y el convenio colectivo aplicable también"⁴².

En fin, sin apartar la vista de lo previsto en el art. 44 ET y para evitar la desprotección de los trabajadores derivada de la no aplicación la cláusula subrogatoria establecida por esta norma estatutaria al no concurrir los requisitos exigidos para ello, sería harto conveniente –y el legislador debe animar a ello con mayor contundencia que lo hace en la actualidad-- que el pliego de condiciones de la contrata (una práctica que se está implantando cada vez más en el ordenamiento español pero sin alcanzar el rango de regla general) se detuviera en establecer la obligación de la nueva adjudicataria de asumir las relaciones laborales pactadas con los trabajadores de la antigua, sin "más consecuencias que las estrictamente previstas en el título del que deriva la sucesión"⁴³, todo ello en aras a garantizar la estabilidad de los trabajadores⁴⁴. Para materializar

³⁸ STSJ, Social, Canarias/Las Palmas 30 septiembre 2003 (ILJ 2584). En el mismo sentido, SSTs, Social, 26 octubre 2004 (TOL 550624) y 17 mayo 2005 (TOL 668429) ó SSTSJ, Social, Cataluña 6 octubre 2004 (TOL 542426) y Madrid 17 octubre 2008 (JUR 387385).

³⁹ STSJ, Social, Andalucía/Sevilla 20 febrero 2002 (TOL 484994). En el mismo sentido, STSJ, Social, Extremadura 14 septiembre 2004 (TOL 494525).

⁴⁰ STSJ, Social, Andalucía/Sevilla 13 enero 2009 (AS 843).

⁴¹ STSJ, Social, Navarra 30 enero 2004 (AS 2046). En el mismo sentido, SSTSJ, Social, Cataluña 5, 21 y 22 octubre, 5 noviembre (ILJ 2453, 2626, 2615 y 2659), Canarias/Las Palmas 29 y 30 septiembre 2003 (ILJ 2589 y 2584), País Vasco 23 septiembre 2003 (ILJ 2347) ó Cantabria 29 marzo 2006 (TOL 800515).

⁴² STS, Social, 25 febrero 2009 (JUR 185958).

⁴³ STSJ, Social, Castilla y León/Valladolid 11 julio 2005 (TOL 681552). En el mismo sentido, SJS, 1, Menorca 5 abril 2005 (AS 428). De no establecerse nada al respecto el efecto jurídico es similar a la subrogación *ex lege*, "la entrada en la relación contractual de un nuevo empresario en sustitución del primitivo, sin que tal novación subjetiva afecte al complejo contenido obligacional de la relación de trabajo, el cual subsiste en su plenitud sin variación alguna", STSJ, Social, Canarias/Santa Cruz de Tenerife 19 julio 2001 (AS 3472).

esta posibilidad, de momento facultativa, el art. 104 LCSP, de una forma un tanto tímida, dispone que "en aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información necesaria sobre las condiciones de los vínculos laborales a los que afecte la subrogación para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida; a estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de éste", en clara referencia "a las personas que serán traspasadas, la antigüedad de las mismas, y su coste laboral actual, incluyendo las partidas salariales y las extrasalariales"⁴⁵. Se trata, pues, de "una garantía asumida por la nueva empresa concesionaria del servicio, de tal forma que lo pactado y convenido... en el pliego [sobre] el referido mantenimiento de las condiciones de trabajo que los actores vinieran disfrutando... obliga a su debido cumplimiento"⁴⁶, pero sólo en el caso de que el propio pliego lo imponga.

2.1.3.- Reversión a manos de la Administración de una actividad previamente exteriorizada

En tanto la utilización por parte de las Administraciones públicas de las vías establecidas en el ordenamiento para la externalización formal de parte de sus actividades ha acabado siendo un proceso muy habitual en España, no van a ser infrecuentes tampoco aquellos casos en los cuales la concreta actividad o competencia descentralizada vuelve a ser recuperada por su anterior titular.

Ante tal eventualidad, inmediatamente surge la duda de si los afectados por ese trasvase podrían aspirar a integrarse en la Administración o si tal oportunidad les queda vedada. Para dar respuesta a este interrogante resulta necesario tomar como punto de partida la siguiente hipótesis: si junto con la reversión de la competencia para la prestación de la actividad se le transmiten cuantos bienes conformaban el activo utilizado para la prestación del servicio, habría de operar el mecanismo de subrogación previsto en el art. 44 ET; sin embargo, cuando tal retorno no fuera acompañado de la entrega de ninguna clase de sustrato material, no entrarían en juego las previsiones del art. 44 ET y, en consecuencia, los contratos de trabajo podrían quedar extinguidos⁴⁷.

La aparente claridad de tales postulados se torna rápidamente en penumbra con el solo hecho de tener en cuenta las dos circunstancias siguientes:

1.- Aun no siendo de aplicación el mecanismo subrogatorio en los supuestos en los que el cambio de titularidad en la gestión del servicio público no vaya acompañado por la transmisión de un conjunto de elementos organizados dotados de autonomía productiva⁴⁸, nada impediría al convenio colectivo o al pliego de condiciones de la contrata establecer la obligación de mantener las relaciones de trabajo de la anterior

⁴⁴ SSTS, Social, 26 abril y 30 septiembre 1999 (RJ 4532 y 9100), 11 abril 2000 (RJ 3946) y 14 octubre 2008 (JUR 380623).

⁴⁵ Así lo ha considerado la Junta Consultiva del Ministerio de Hacienda en su Informe 33/02, de 23 de octubre, al afirmar que "la necesidad de que el futuro contratista conozca suficientemente cuáles serán las obligaciones que asume al resultar adjudicatario del contrato, que no son sólo las propias relativas a la presentación en sí, sino también aquellas otras obligaciones que provienen de normas sectoriales distintas de la legislación de contratos, es un elemento propio de la definición de derechos y obligaciones a que se refiere el art. 49 LCAP (actual art. 99 LCSP). Desde tal perspectiva, el conocimiento de las personas que vienen prestando servicios y aquellos aspectos que afectan a su situación laboral cobran especial relevancia para poder concretar tales derechos y obligaciones y el precio de la oferta, en la precisión de que el candidato, y consecuentemente el contratista, aceptan, en los términos establecidos en el art. 79.1 de la Ley (actual art. 129 LCSP), el contenido de todas las cláusulas sin excepción alguna al presentar su proposición".

⁴⁶ STSJ, Social, Comunidad Valenciana 12 noviembre 2004 (AS 3875), con cita de la STS, Social, 6 junio 2001 (RJ 5490). En el mismo sentido, STS, Social, 3 mayo 2004 (TOL 463070).

⁴⁷ Por todas, STCo 66/1987, de 21 de mayo. En el mismo sentido, SSTSJ, Social, Navarra 31 marzo 1992 (Ar. 1277), Cataluña 1 junio 1992 (Ar. 3312), Valencia 3 junio 1992 (Ar. 2898), País Vasco 18 abril 1994 (Ar. 1418) ó Castilla-La Mancha 15 julio 1998 (Ar. 2802).

⁴⁸ ORTIZ DE SOLORZANO AURUSA, C.: "La sustitución de los contratistas y la transmisión de personal en los convenios colectivos (eficacia de las denominadas cláusulas subrogatorias en los convenios colectivos y en la jurisprudencia del TJCE)", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 116, 2002, págs. 241 y ss.

empresa adjudicataria, en aras a garantizar la estabilidad de los trabajadores⁴⁹. En estos casos, los efectos subrogatorios no nacen de la Ley sino del propio convenio colectivo o del contrato administrativo⁵⁰.

No es habitual que en los pliegos de condiciones administrativas se recoja la obligación del Ente público de asumir la mano de obra destinada a la gestión del servicio público previamente externalizado. No obstante, cabe mencionar algunos ejemplos como pudiera ser la cláusula 14 del modelo de pliego de cláusulas administrativas particulares de la Consejería para la igualdad y bienestar social de la Junta de Andalucía para la regulación del contrato de gestión de servicios públicos por concesión mediante procedimiento abierto o restringido, en virtud de la cual "cuando la actividad de un centro cese, por finalización o modificación total o parcial del contrato de gestión, y sea adjudicataria de dicha explotación otra empresa o entidad pública, ésta vendrá obligada a subrogarse y absorber a los trabajadores de aquélla adscritos al servicio de las instalaciones que se explotan, respetándoles y conservando en su integridad, con carácter personal e irrenunciable, su antigüedad, salario y demás derechos laborales y sindicales reconocidos en convenio, pactos de empresa y condiciones personales". En parecido sentido se pronuncian también, entre otras, la cláusula 16 del pliego de cláusulas administrativas particulares para la contratación del servicio de mantenimiento de parques, jardines, zonas verdes y arbolado viario del municipio de Beasain, la cláusula 15 del pliego de cláusulas administrativas particulares para la adjudicación mediante concurso y procedimiento abierto del servicio de jardinería en el término municipal de Zumaia o la cláusula undécima del pliego de cláusulas administrativas particulares del centro especial de empleo para el servicio de mantenimiento de zonas verdes del Ayuntamiento de Aranjuez.

Más frecuente es la inclusión en los convenios colectivos de cláusulas destinadas a recoger la subrogación de contratistas, sobre todo en aquellos sectores de la actividad caracterizados por la prestación de servicios con escaso soporte material y, al tiempo, por un elevado nivel de precarización en el empleo. Cabe hacer referencia, así, a efectos meramente ilustrativos a lo previsto en el art. 43 del convenio colectivo estatal de jardinería⁵¹, art. 14 del convenio colectivo estatal para las empresas de seguridad⁵² o en el art. 63 del convenio colectivo de servicios de atención a personas dependientes⁵³. En tales supuestos, la jurisprudencia parece exigir que, para que la subrogación tenga lugar, ésta ha de "venir [necesariamente] impuesta por norma sectorial eficaz"⁵⁴ y ejercerse en los términos y con el alcance en la misma señalada⁵⁵, que generalmente no será el régimen subrogatorio *in toto*, previsto en el art. 44 ET⁵⁶.

⁴⁹ SSTS, Social, 26 abril y 30 septiembre 1999 (RJ 4532 y 9100) y 11 abril 2000 (RJ 3946). "En ese sentido, es de destacar que el Tribunal Supremo viene entendiendo que a los efectos de considerar aplicable el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en los casos de sucesión de empresas que sean prestatarias de servicios, que para ello es necesario, o bien que haya existido una transferencia de elementos patrimoniales, o bien que exista una expresa disposición convencional al respecto, o en otro caso, que en la convocatoria para la adjudicación del servicio, se aluda en el pliego de condiciones de un modo expreso a dicha obligación subrogatoria", STSJ, Social, Navarra 30 enero 2004 (AS 2046). En el mismo sentido, SSTSJ, Social, Cataluña 5, 21 y 22 octubre, 5 noviembre (ILJ 2453, 2626, 2615 y 2659), Canarias/Las Palmas 29 y 30 septiembre 2003 (ILJ 2589 y 2584) ó País Vasco 23 septiembre 2003 (ILJ 2347).

⁵⁰ SSTS, Social, 22 abril y 10 diciembre 1997 (RJ 3581 y 1998, 736) y 9 febrero 1998 (RJ 1644).

⁵¹ BOE de 19 de julio de 2006.

⁵² BOE de 10 de junio de 2005.

⁵³ BOE de 1 de abril de 2008.

⁵⁴ SSTSJ, Social, Galicia 22 enero 2003 (AS 1962), Cataluña 17 febrero 2005 (AS 602) ó Comunidad Valenciana 6 octubre 2004 (JUR 24110) y 3 marzo 2005 (JUR 108712). En el mismo sentido, SSTS, Social, 26 abril, 30 septiembre y 1 diciembre 1999 (RJ 4532, 9100 y RJ 2000, 516) y 17 mayo 2000 (RJ 4620) ó SSTSJ, Social, Asturias 30 diciembre 2002 (JUR 2003, 75141), País Vasco 20 abril 2004 (AS 2939), Navarra 30 junio 2004 (AS 2144) y Madrid 1 septiembre 2005 (Rec. 2363/2005).

Admitiendo la eficacia a estos efectos de un acuerdo de empresa, SSTSJ, Social, Canarias/Santa Cruz de Tenerife 11 septiembre y 9 octubre 2000 (AS 4130 y 4148).

⁵⁵ Conforme señalan algunos pronunciamientos, "los efectos subrogatorios se limitan exclusivamente a la novación de los contratos de trabajo de los trabajadores que se integren en su plantilla `respetando sus antigüedades como el resto de los derechos adquiridos por el trabajador hasta el momento del cambio del contrato', sin que pueda hacer extensiva su responsabilidad a las consecuencias derivadas de la posible aplicación del art. 44 ET, al no existir una subrogación en los términos previstos en dicha normativa, reguladores de los supuestos de sucesión de empresa [STSJ Canarias/Santa Cruz de Tenerife 13 junio 2003 (JUR 178337); en sentido similar, SSTSJ Cantabria 24 junio 2004 (JUR 187624) y Castilla y León/Valladolid 18 mayo 2005 (AS 1585)]; o, en otros términos, la "norma convencional no prevé una subrogación igual o similar a la del art. 44 ET sino una nueva contratación tras un proceso de selección imponiendo sólo un porcentaje de nuevas contrataciones pero no la subrogación o novación de los contratos anteriores" [STSJ Andalucía/Sevilla 31 enero 2002 (AS 2003, 721); aplicando dicha doctrina, SSTSJ Andalucía/Granada 7 enero 2004 (JUR 79463) ó Castilla y León/Valladolid 30 abril y 4 octubre 2004 (JUR 172544 y AS 2741)].

⁵⁶ ALVAREZ ALCOLEA, M.: "Responsabilidad en los supuestos de cambio en la titularidad de la empresa. En particular, en la sucesión de contratistas", en AA.VV (RIVERO LAMAS, J., Dir.): *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, cit., pág. 272.

Ahora bien, estas cláusulas convencionales, en virtud de las cuales se obliga al gestor del servicio público entrante a incorporar a su plantilla a los trabajadores adscritos a la concesión por el anterior adjudicatario, garantizándoseles así su continuidad en el empleo⁵⁷, deben ser interpretadas, tal y como se viene entendiendo por la doctrina de los Tribunales, de forma restrictiva y literal, pues constituyen "una excepción a la regla general de no subrogación"⁵⁸, quedando vinculados únicamente los sujetos que estén encuadrados en su ámbito de aplicación⁵⁹. Tal posición judicial no ha estado, sin embargo, exenta de críticas al "confundir los términos de la subrogación operada vía convencional por cuanto no existe una regla general de no subrogación ni tampoco una excepción subrogatoria. Se trata, por el contrario, de un derecho reconocido convencionalmente al trabajador, ni más o menos excepcional que cualquier otro que en convenio colectivo se reconozca"⁶⁰.

De esta manera, el intérprete no estará forzado a analizar si concurren las condiciones legales de subrogación, sino exclusivamente a comprobar el acatamiento de las establecidas en el propio pacto colectivo, entendido desde el punto de vista de los objetivos buscados por él, a situar en una doble esfera: una mayor estabilidad en el empleo y una eliminación de contenciosos entre las partes⁶¹. A tal fin, cedente y cesionario deberán cumplir los condicionantes --materiales y formales-- establecidos expresamente en el convenio⁶², pues la transmisión únicamente se produce "cuando se cumplen los requisitos que a tal fin determina el pacto"⁶³, de forma que sólo la inobservancia de condiciones imprescindibles, necesarias y suficientes para entender acreditados los deberes recogidos en la norma convencional implicará la no aplicación de la cláusula subrogatoria en ella recogida⁶⁴.

Bajo tales premisas y descendiendo al terreno que aquí interesa, estas cláusulas convencionales a favor del traspaso de trabajadores en el supuesto de sucesión de contratistas no pueden ser, sin embargo, de aplicación cuando la gestión del servicio revierte a la Administración, en tanto dicha regulación convencional únicamente podría afectar a las empresas incorporadas al ámbito de aplicación del convenio, pero nunca a empleadores en él no incluidos⁶⁵; es decir, el convenio colectivo "ni puede contener cláusulas obligacionales que afecten a quienes no son parte en la negociación ni, en su contenido normativo, establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación"⁶⁶, razón por la cual la subrogación incorporada en una norma paccionada no obligaría a la Administración, a menos que ésta fuera firmada por dicho órgano público asumiendo el compromiso, en los casos de reversión, de mantener las relaciones de trabajo suscritas con la antigua concesionaria, lo cual parece poco probable.

2.- No hay que olvidar tampoco que el mecanismo de la subrogación por parte de la Administración en los supuestos de reversión podría vulnerar los principios constitucionales y legales que requieren la necesidad de acceder al empleo público a través de un procedimiento respetuoso con los parámetros de mérito y capacidad; en este sentido, los vínculos laborales en que se hubiera podido producir la subrogación por parte de la Administración si se cumplen los requisitos exigidos en el art. 44 ET o lo establece el pliego de condiciones, deberían considerarse nulos por no haber cumplido con aquel requisito *sine qua non* y

⁵⁷ SALA FRANCO, T.: "La sucesión de contratistas", en AA.VV (PEDRAJAS MORENO, A., Dir.): *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*, Valladolid, 2002, pág. 275.

⁵⁸ Por todas, STS, Social, 8 junio 1988 (Ar. 6693).

⁵⁹ SSTS, Social, 28 octubre 1996 (Ar. 7797), 15 diciembre 1997 (Ar. 1998/1136) y 22 mayo 2000 (Ar. 4624) ó SSTSJ, Social, Madrid 26 junio 2001 (Ar. 2961) y 23 junio 2003 (Ar. 3420) y Extremadura 10 diciembre 2004 (Ar. 3383).

⁶⁰ SALA FRANCO, T.: "La sucesión de contratistas", cit., pág. 275.

⁶¹ SSTSJ, Social, Comunidad Valenciana 10 julio 2000 (JUR 2001, 57295) y 18 noviembre 2004 (AS 3869).

⁶² SSTS, Social, 10 diciembre 1997 (RJ 736), 9 febrero 1998 (RJ 1644), 30 septiembre 1999 (RJ 9100) y 10 julio y 27 octubre 2000 (RJ 8295 y 9656) ó SSTSJ, Social, Cataluña 9 marzo 2001 (AS 1456) y Castilla-La Mancha 13 octubre 2004 (AS 2972).

⁶³ SSTSJ, Social, Baleares 8 enero 2004 (AS 1505) y Andalucía/Sevilla 2 junio 2009 (JUR 365601).

⁶⁴ SSTS, Social, 11 marzo y 28 julio 2003 (RJ 3353 y 7782) y SSTSJ, Social, Castilla y León/Valladolid 8 marzo, 17 y 31 (dos) mayo y 14 junio 2004 (AS 739, JUR 173847 y 176317, AS 1933 y 2069), Madrid 18 enero 2005 (AS 86), País Vasco 15 febrero 2005 (AS 540), Comunidad Valenciana 14 enero 2004 (AS 1516) y 3 marzo 2005 (JUR 108712), Canarias/Santa Cruz de Tenerife 7 abril 2005 (AS 930), Baleares 25 mayo 2005 (AS 1839) ó Navarra 30 junio y 26 julio 2005 (JUR 197931 y AS 2197).

⁶⁵ Entre otras, SSTS, Social, 14 diciembre 1994 (RJ 10093), 15 diciembre 1997 (RJ1136) y 22 mayo 2000 (RJ 4624) ó SSTSJ, Social, Extremadura 20 marzo 1995 (AS 1080), Murcia 13 octubre 1995 (AS 4044) y 28 julio 1999 (AS 2670), Andalucía/Granada 10 junio 1999 (AS 4042), Castilla-La Mancha 9 enero 2003 (AS 937), Extremadura 10 diciembre 2004 (AS 3383), Cataluña 22 septiembre, 19 octubre y 13 diciembre 2004 (JUR 281889 y AS 3451 y 4011) y Madrid 18 enero 2005 (AS 86).

⁶⁶ STS, Social, 28 octubre 1996 (RJ 7797) y SSTSJ, Social, Comunidad Valenciana 19 enero 1999 (AS 195), Murcia 5 junio 2000 (AS 5347) y Aragón 8 julio 2009 (JUR 399971).

extinguidos con los solos derechos establecidos en el art. 9.2 ET: percibir el salario correspondiente a los trabajos prestados como si se hubiera tratado, hasta ese momento, de un contrato válido y eficaz.

Teniendo en cuenta la peculiar naturaleza del trabajo, de cuya efectiva prestación fáctica no se puede hacer abstracción, y la imposible exigencia de repetición "*in natura*", es lógico que el trabajador pueda exigir una restitución indirecta que evite el enriquecimiento sin causa de la otra parte, quien ya ha hecho suyos los frutos de la actividad prestada, optando el art. 9.2 ET por pautar directamente como medida de valor del trabajo que hubiese desarrollado el empleado el referente que el propio ordenamiento posee como recíproco respecto a la prestación de actividad: el salario correspondiente.

Esta interpretación no soluciona, sin embargo, de una forma adecuada la concurrencia entre los principios de estabilidad en el empleo y legalidad de la actuación administrativa, pudiendo distinguir los tres siguientes supuestos⁶⁷:

a) Si la reversión de la actividad a favor de la Administración se produce con el objetivo inmediato de su nueva adjudicación a un tercero y se cumplen los requisitos del art. 44 o lo establece el pliego de condiciones, se produciría la subrogación en los contratos de trabajo cuando acaezca la reversión a manos públicas, procediendo, no obstante, a su inmediata suspensión (no habiendo prestación de actividad laboral por el trabajador no procederá tampoco contraprestación económica por parte de la Administración). Es más, dicha situación de pendencia se mantendrá sólo hasta tanto la actividad fuera cedida de nuevo a otro contratista, momento en el cual tendría lugar una nueva subrogación. Esta podría ser una solución justa y satisfactoria para ambas partes involucradas en el proceso: para la Administración por cuanto no debería asumir los costes anejos al personal, y para el operario habida cuenta vería salvaguardado --al menos en parte-- su derecho a la estabilidad en el empleo.

Una oportuna intervención legislativa debería apostar, pues, por la subrogación provisional, con la inmediata suspensión del contrato, hasta la devolución de la actividad a otro empresario privado⁶⁸; de lo contrario, otorgar al trabajador una posición de estabilidad sin condiciones supondría una onerosidad excesiva para la Administración, así como una injusticia respecto a quienes consiguieron acceder al empleo público de manera "regular".

b) El problema se agrava, empero, cuando la iniciativa no va a ser entregada a un nuevo empresario privado, sino desempeñada directamente por el propio Ente público, pues en este caso, de aplicar el mecanismo de la subrogación si ello fuera pertinente, el trabajador estaría accediendo al empleo público --permítase la expresión-- "por la puerta de atrás".

Para evitar tan deplorable consecuencia algunos pliegos de cláusulas administrativas particulares establecen expresamente que en ningún caso la Administración contratante "se subrogará en las relaciones contractuales entre la entidad adjudicataria y el personal de la misma, ya sea por terminación del contrato o por cualquier otra causa", tal y como sucede, por poner un ejemplo, en la cláusula undécima del pliego de cláusulas administrativas particulares del centro especial de empleo para el servicio de mantenimiento de zonas verdes del Ayuntamiento de Aranjuez⁶⁹.

No estaría de más --conforme ocurría en el supuesto anterior-- un pronunciamiento normativo expreso capaz de salvaguardar el obligado respeto a los principios constitucionales de mérito y capacidad. Quizá lo más oportuno, a estos efectos, sea considerar al operario en situación de interinidad hasta la cobertura definitiva de la plaza, no existiendo inconveniente, en opinión de cierto sector de la doctrina, para contemplar como mérito la experiencia acumulada en la empresa cedente⁷⁰.

⁶⁷ GOMEZ ALVAREZ, T.: "*El difícil equilibrio entre el rescate de las contrataciones y los principios de mérito y capacidad en el acceso del personal laboral a la función pública*", en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Valencia, 2000, págs. 528 y ss.

⁶⁸ Idea apuntada por la STS, Social, 17 abril 1984 (Ar. 2106).

⁶⁹ En parecido sentido, cláusula 13 del pliego de cláusulas administrativas particulares para la contratación del servicio de mantenimiento y conservación de parques y jardines en el municipio de Berja (Almería).

⁷⁰ MORENO GENE, J.: *Los grupos de empresas públicos. Identificación del empresario responsable*, Valencia, 2002, pág. 71.

Cabe aplicar, en consecuencia, la doctrina reiterada de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo⁷¹, en la que se trata de especificar el alcance jurídico de la diferenciación entre trabajadores fijos de plantilla e indefinidos, recogida ahora de forma expresa en el párrafo segundo del art. 11.1 Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP)⁷². La clave reside, desde esta perspectiva, en el comportamiento del organismo contratante, el cual debe consolidar la plaza ocupada a través de la vía ordinaria de reclutamiento correspondiente y --se insiste-- también extinguir el vínculo laboral anterior⁷³, bien mediante la cobertura/amortización de la plaza, bien a través del cumplimiento del término final previsto para ello⁷⁴, sin necesidad, en consecuencia, de ningún tipo de indemnización económica.

Procede abrir aquí un breve paréntesis para recordar que aun cuando el Tribunal de Justicia Comunitario ha admitido expresamente la posibilidad de establecer exclusiones a la transformación automática en fijos de aquellos trabajadores contratados irregularmente por las Administraciones públicas, no en vano la Directiva 1999/70, de 28 de junio, deja cierto margen de actuación a los diferentes Estados miembros a fin de transponer sus objetivos⁷⁵, lo cierto es que acto seguido exige la adopción de medidas efectivas para prevenir y sancionar semejantes irregularidades⁷⁶. Así, al albur de la interpretación realizada por el órgano judicial supranacional, el ordenamiento español queda forzado a establecer algún tipo de indemnización en los supuestos de extinción del contrato indefinido consecuencia de la cobertura definitiva de la vacante hasta ese momento ocupada de manera irregular, reparación tasada por ley que impediría reclamar en la vía contenciosa contra la Administración por su funcionamiento anormal⁷⁷. Tal argumentación ya ha sido recogida parcial y tímidamente por algún pronunciamiento judicial, en virtud del cual “para que se extinga el contrato de trabajo del indefinido no fijo es preciso siempre que la plaza sea cubierta reglamentariamente, con arreglo a los principios constitucionales de igualdad, publicidad, mérito y capacidad. En el momento en que dicha cobertura se produzca, ello acarreará la extinción sin indemnización del contrato del trabajador indefinido no fijo que la ocupaba. Pero, si, por el contrario, la Administración considerara innecesarias las plazas por motivos legalmente amparados en los arts. 51 ó 52 ET (causas económicas, técnicas, organizativas o de producción), podrá proceder, si existe causa justa para ello debidamente acreditada, a la amortización de las mismas y a la extinción de los correspondientes contratos, lo que conllevará en todo caso el abono de la indemnización legalmente prevista (veinte días de salario por año de servicio con el máximo de 12 mensualidades)”⁷⁸.

c) En fin, no exento de dificultades se encuentra el supuesto en el cual el cometido previamente descentralizado y rescatado no va a ser entregado nuevamente a un empresario privado ni va a ser ejercido tampoco por la propia Administración. La respuesta a este espinoso supuesto de hecho dista de ser unánime, existiendo pronunciamientos judiciales diversos: mientras algunos sostienen la extinción de los contratos por ausencia de objeto [arts. 49.1 c), 49.1 j) y 51 ET]⁷⁹, al no ser de aplicación el art. 44 ET⁸⁰, otros

⁷¹ SSTS, Social, 21 enero, 27 marzo, 20 y 28 abril 1998 (Ar. 1138, 3725, 3725 y 3874), 19 y 26 enero 1999 (Ar. 810 y 1105), 8 febrero, 29 mayo y 29 noviembre 2000 (Ar. 1744, 4804 y 1440), 6 mayo 2003 (RJ 2003, 5765), 8 noviembre 2005 (rec. 3779/2004), 21 diciembre 2006 (rec. 4537/2005), 27 febrero 2007 (rec. 4220/2005), 27 marzo y 26 abril 2007 (RJ 3190 y 4634) y 29 enero 2009 (TOL 1453844) ó SSTSJ, Cont-Admto, Baleares 23 septiembre 2003 (JUR 2004, 55961), Madrid 6 octubre 2003 (JUR 2004, 93260), Galicia 13 diciembre 2003 (AS 2004, 861) y 23 abril 2004 (AS 2292), Andalucía (Sevilla) 22 enero 2004 (AS 2005, 255), Castilla y León (Valladolid) 30 julio 2004 (JUR 210676), Navarra 11 abril 2005 (JUR 1355611), Canarias (Santa Cruz de Tenerife) 10 marzo 2006 (AS 1352) y Castilla y León/Valladolid 10 septiembre 2008 (AS 2736).

⁷² DE LA VILLA GIL, L.E.: "El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario de urgencia a los aspectos laborales de la Ley 7/2007, de 12 de abril", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Iustel*, núm. 17, 2008, pág. 8.

⁷³ SSTS, Social, 22 septiembre 1998 (Ar. 7423), 15 marzo 1999 (Ar. 2920) ó, con carácter más reciente, 30 mayo 2007 (rec. 5315/2005), comentada esta última por VALDES ALONSO, A.: "Contrato de trabajo fijo y contrato de trabajo indefinido en la Administración Pública", *Relaciones Laborales*, núm. 21, 2007, págs. 41 y ss.

⁷⁴ LAHERA FORTEZA, J.: Los contratos temporales en la unificación de doctrina, Madrid, 2001, pág. 133.

⁷⁵ STJCE 212/04, de 4 de julio de 2006, asunto *Adelener y otros*.

⁷⁶ STJCE 53/04, de 7 de septiembre de 2006, asunto *Marrosu y Sardino*.

⁷⁷ FERNANDEZ FERNANDEZ, R.: "La figura del contrato indefinido en la Administración: la convalidación legislativa de una mala praxis de los poderes públicos" y NICOLAS BERNARD, J.A.: "La reparación de los principios constitucionales vulnerados en la relación laboral indefinida no fija", ambos en AA.VV.: *El Estatuto Básico del Empleado Público. XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. I, Madrid, 2009, pág. 529 y 687, respectivamente.

⁷⁸ STSJ, Social, Castilla y León/Valladolid 14 enero 2009 (rec. 1743/2008).

⁷⁹ SSTSJ, Social, Canarias 31 julio 1993 (Ar. 3510), Castilla y León (Valladolid) 28 febrero 1995 (Ar. 635), Madrid 6 noviembre 1996 (Ar. 3731) ó Cataluña 22 enero 1998 (Ar. 649). En la doctrina, GOERLICH PESET, J.M. y NORES TORRES, L.E.: "Reestructuraciones de plantillas en los entes locales: un nuevo supuesto de dudosa aplicación del Derecho del Trabajo en las Administraciones Públicas", *Justicia Laboral*, núm. 4, 2000, págs. 5 y ss.

⁸⁰ STS, Social, 1 diciembre 1999 (Ar. 866) ó STSJ, Social, Madrid 9 marzo 2000 (Ar. 2347).

van más allá y apuestan porque, de acaecer la recuperación del servicio, automáticamente debe tener lugar la subrogación, si se cumplen los requisitos exigidos, en favor de los afectados⁸¹. De conformidad con una sólida interpretación judicial, "lo decisivo para que exista subrogación empresarial no puede estar en que el titular continúe el servicio o actividad objeto de concesión administrativa, cosa que puede depender únicamente de su voluntad, sino en que tenga la posibilidad de hacerlo. Aquello supondría abrir una ancha puerta al fraude, al permitir a quienes utilizan esta forma de gestión indirecta de servicios el poder desprenderse en cualquier momento de la plantilla sin costo alguno, recuperando los bienes que constituyen el `substratum' objetivo de la empresa"⁸². Eso sí, ante la imposibilidad de prestar servicios, y en una solución análoga a cuanto se prevé para los fijos-discontinuos, es posible apreciar que el vínculo permanece en estado latente, de tal manera que si el servicio vuelve a prestarse, automáticamente se reactiva la cláusula subrogatoria y los afectados deberán volver a ser llamados para prestar servicios a la Administración⁸³ o, cabría añadir, a un privado si aquélla decide exteriorizar, de nuevo, su gestión; durante esta situación suspensiva especial los trabajadores deberán ser considerados en situación legal de desempleo en aras a lucrar, en su caso, dicha prestación y además, ante la incertidumbre sobre el posible llamamiento en el futuro, habría de fijarse una indemnización a su favor como consecuencia de la falta de ocupación, cifrada en unas cuantías cercanas a las previstas en el artículo 51.8 ET (veinte días de salario por año de servicio con un máximo de doce mensualidades).

Habida cuenta en este caso cabe asistir a un proceso mixto (en primer lugar, la reversión de la actividad previamente exteriorizada a la Administración y, acto seguido, la decisión de ésta de no continuar con ella), lo más aconsejable --por tercera vez-- es que una futura ley se pronuncie de forma expresa al respecto y obligue al Ente público a asumir a quienes trabajaban en la actividad entregada para su ejercicio a la entidad privada y, posteriormente, al amortizarla, proceder a extinguir los contratos laborales afectados previo cumplimiento de los requisitos legales establecidos en la normativa social de común aplicación [despido objetivo --art. 52 c) ET-- o despido colectivo --art. 51 ET--]⁸⁴, pagando la indemnización prevista legalmente cifrada en 20 días de salario por año de servicio.

2.2.- Otros supuestos de privatización

La utilización por parte de la Administración de las vías que el ordenamiento jurídico ofrece de privatización formal de ciertas actividades, materializada a través del recurso a órganos instrumentales sometidos al Derecho Privado, provoca importantes consecuencias laborales, sobre todo en el supuesto de desaparición de la entidad que se ha hecho cargo de la prestación de la actividad pública externalizada.

Las causas desencadenantes de tal circunstancia pueden ser variadas y de no difícil concurrencia práctica: cumplimiento del fin recogido en sus estatutos, llegada del término final fijado en los mismos o, cómo no, decisión de la propia Administración de la que aquélla dependa. Todas estas posibles circunstancias justificarían la liquidación del patrimonio de la entidad y la extinción de los contratos de trabajo por la vía del art. 51 ET (desaparición de la personalidad jurídica del contratante), dando lugar a la oportuna indemnización de 20 días de salario por año de servicio con el máximo de doce mensualidades. No obstante, habría que estar a la norma que se ocupase de la redistribución del personal que ha estado vinculado con el ente que se disuelve, pues si en ella se estableciese la recolocación de ese colectivo en otro órgano administrativo, deviene necesario --lógicamente-- dar cumplimiento a tal previsión⁸⁵.

La extinción de la personalidad jurídica del órgano público sometido al Derecho Privado puede ir acompañada, además, de una recuperación de la competencia o actividad descentralizada por la Administración inicialmente titular de la misma o de su transmisión a otra persona jurídica administrativa o privada para su ejercicio por razones justificadas de índole práctica, técnica o jurídica. En este caso, el objeto de la entidad prestadora del servicio público ha quedado vacío de contenido, lo cual puede justificar la extinción de los contratos de trabajo por la vía del art. 51 ET, pero es necesario comprobar si junto con la reversión de la competencia para desarrollar una actividad, se han transmitido también los bienes que

⁸¹ STS, Social, 5 febrero 1991 (Ar. 800) ó STSJ, Social, Cataluña 16 mayo 1999 (Ar. 1903).

⁸² STS, Social, 5 febrero 1991 (RJ 800); en términos parecidos, STS, Social, 26 mayo 1987 (RJ 3886). Siguiéndolas SSTSJ, Social, Castilla-La Mancha 19 noviembre 1998 (AS 4517) y Madrid 17 (dos) mayo 2005 (AS 1522 y JUR 156066).

⁸³ STSJ, Social, Cataluña 16 mayo 1999 (AS 1903).

⁸⁴ BODAS MARTIN, R.: "Particularidades del régimen jurídico de los trabajadores en régimen laboral y de las Administraciones Públicas", en AA.VV (MOLINER TAMBORERO, G., Dir.): *La Administración Pública como empresario. Aspectos laborales y sindicales. El convenio único para el personal laboral de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2000, pág. 307.

⁸⁵ GOMEZ ALVAREZ, T.: *La transformación de las Administraciones Públicas. Aspectos laborales y perspectivas de futuro*, Madrid, 2004, págs. 218 y ss.

conformaban el activo utilizado por la persona público-privada para la ejecución de tal cometido. Si así fuera, serían de aplicación las reglas de subrogación previstas en el art. 44 ET. En caso contrario, la extinción de los contratos sería plenamente lícita a no ser que el convenio colectivo estableciera lo contrario o que la decisión de recuperación de la actividad por parte de la Administración se hubiese acompañado una previsión específica sobre los derechos de los trabajadores afectados que garantizara su incorporación al órgano administrativo de origen o a otro distinto⁸⁶.

En fin, puede suceder también que la actividad desarrollada por la entidad que la tenía encomendada se transfiera por segunda vez. Es decir, no revierta en la propia Administración matriz sino en otra entidad diversa, esto es, en una tercera persona. Tal supuesto no plantea especialidad alguna: si no se transmite el pertinente activo patrimonial al nuevo ente no operará la subrogación empresarial, a no ser que expresamente lo prevea el convenio colectivo, siendo necesario que se trate de un convenio colectivo eficaz y que sea de aplicación en la nueva empresa.

Por lo demás, tales conclusiones resultan de fácil aplicación en cuanto al personal laboral al servicio del ente encargado del servicio descentralizado se refiere, no en vano éste puede haber asumido los empleados por cuenta ajena cedidos en su día por la Administración o haber contratado personal *ex novo*. Más dificultades se plantean, no obstante, si, en el proceso de descentralización, han estado involucrados funcionarios. No está de más recordar cómo la versión primigenia del art. 29.3 a) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (LMRFP) asumía el encargo de poner fin a la presencia de funcionarios en organismos privatizados (en tanto sometidas sus prestaciones al servicio del Derecho del Trabajo), estableciendo de forma concluyente que “procederá declarar en excedencia voluntaria a aquéllos cuando se encuentren en situación de servicio activo en otro cuerpo o escala de cualquiera de las Administraciones Públicas, o pasen a quedar integrados en organismos o entidades del sector público y no les corresponda quedar en alguna otra”. A partir de tan drástica previsión, la laboralización de funcionarios se convirtió en medida adicional a ciertas decisiones organizativas, tales como transformación de organismos autónomos en sociedades estatales de las distintas especies surgidas por la evolución legal.

El atentado al derecho al cargo derivado del intento de una transformación forzosa obligó a adoptar medidas alternativas tendentes a evitar el anterior carácter imperativo, permitiendo al funcionario optar entre conservar el *status* precedente siendo recolocado y reclasificado en otro puesto o pasar a prestar servicios en el nuevo ente semipúblico o semiprivado como excedente voluntario en el suyo de origen, con posibilidad de reingreso a su antigua situación [nueva versión del art. 29.3 a) LMRFP a tenor de la Ley 13/1996, de 13 de diciembre]. A estos efectos, el art. 15.3 Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Situaciones Administrativas, permite, además, que, en el plazo de un mes desde la extinción de su contrato laboral, el funcionario pueda pedir el reingreso al servicio activo.

El EBEP no establece previsión alguna al respecto, pudiendo interpretar, por tanto, que tales previsiones previas continúan vigentes, pues en nada contradicen a la nueva regulación estatutaria (disposición final 4^a.3)⁸⁷. Es más, según las Instrucciones para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos, de 21 de junio de 2007, elaboradas por la Secretaría General para la Administración Pública, se mantiene expresamente la regulación de esta clase de excedencia voluntaria por prestación de servicios en el sector público hasta tanto se promulgue la Ley de Función Pública de la Administración General del Estado⁸⁸.

3.- EL ARTÍCULO 42 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

En nuestro ordenamiento jurídico y contando con el apoyo que proporciona el art. 38 CE, el empresario privado dispone de libertad para contratar o subcontratar la realización de obras o servicios. Se trata, no obstante –tal y como recuerda el art. 42 ET–, de una libertad a ejercitar con sujeción a determinadas condiciones dirigidas a preservar los derechos de los trabajadores frente a eventuales incumplimientos o fraudes por parte de la empresa contratista o subcontratista a la que pertenecen. De esta posibilidad pueden hacer uso, lógicamente, las Administraciones públicas, que quedarán sometidas, entonces, al régimen de responsabilidades que diseña el Derecho del Trabajo para quien ocupa ante él la posición de

⁸⁶ FERNANDEZ FERNANDEZ, R.: *La sucesión de empresa en los supuestos de transmisión de concesiones administrativas de gestión de servicios públicos*, Sevilla, 2008, págs. 67 y ss.

⁸⁷ CASTILLO BLANCO, F.A.: “Las situaciones administrativas de los empleados públicos”, en AA.VV (SANCHEZ MORON, M., Dir.): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Valladolid, 2007, pág. 526.

⁸⁸ FUENTETEJADA PASTOR, J.A.: “Situaciones administrativas”, en AA.VV (CASTILLO BLANCO, F.A., Coord.): *Manual de Empleo Público*, Madrid, 2009, pág. 816.

empresario "principal" o "comitente", lo cual tropieza con muchas dificultades que no se plantean en el ámbito privado, pues en el sujeto responsable concurre la condición de entidad que participa, en mayor o menor grado, de potestades públicas.

Tal circunstancia obliga a analizar si del incumplimiento de las deudas salariales o con la Seguridad Social contraídas por el concesionario o el contratista deberá de responder también la Administración y en qué casos y bajo qué condiciones. En tanto en cuanto la normativa laboral no ha arbitrado una respuesta específica a estas cuestiones, no puede extrañar que la aplicación del régimen de responsabilidad empresarial solidaria previsto en el art. 42 ET provoque un importante grado de inseguridad jurídica, máxime cuando la técnica legislativa utilizada en dicho precepto, de un lado, propicia todo tipo de equívocos necesitados de urgente corrección y, de otro, entra en directa contradicción con lo previsto en la LCSP⁸⁹.

Es más, no hay que olvidar tampoco que el relevo parcial del adjudicatario de un contrato administrativo, materializado a través del mecanismo de la subcontratación, es un fenómeno cada vez más frecuente en la práctica de la contratación pública, no en vano la complejidad intrínseca al objeto contractual impone, en multitud de ocasiones, que determinadas partidas integrantes del mismo puedan ser encomendadas a terceros⁹⁰. Es muy habitual, por tanto, que los adjudicatarios de las contrataciones o concesiones soliciten la colaboración de otra(s) empresa(s) auxiliares en la prestación del servicio público asumido, en el bien entendido sentido de que estos empresarios auxiliares pueden ser, a su vez, "principal" de otros a efectos laborales⁹¹.

3.1.- La permisividad de la Ley de Contratos del Sector Público

El imperativo empresarial de ganar en productividad, capacidad de adaptación y dinamismo en un mercado cada vez más competitivo e internacionalizado, al que no son ajenas las Administraciones públicas y sus contratistas o concesionarios, impulsa a buscar estrategias de reducción de las dimensiones de las empresas adjudicatarias de servicios de interés general a través de la externalización de la producción (*outsourcing*)⁹², en aras de la mejora de la calidad y eficiencia del servicio⁹³.

Exigencias de funcionamiento como las expuestas explican la progresiva tendencia a la fragmentación (u "horizontalización")⁹⁴ del proceso de explotación de la concesión o de realización de la contrata en pequeñas unidades de producción --autónomas--, operada por mor de la especialización productiva en aras a garantizar la calidad del servicio ofrecido al público. Esta es la positiva idea de la que parte el art. 210 LCSP, el cual se encarga de aclarar que, a través de este fenómeno, en virtud del cual el adjudicatario concierta con un tercero la realización parcial del contrato administrativo, no se atribuye al nuevo empresario disponibilidad sobre la gestión del servicio, sino que ésta la mantiene el empleador originario⁹⁵, de manera que los subcontratistas quedarán obligados sólo ante el contratista principal, siendo este último el que asumirá la total responsabilidad de la ejecución del vínculo contractual frente a la Administración y terceros, con arreglo estricto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y --cómo no-- a los términos del propio contrato (art. 210.4 LCSP)⁹⁶.

En la circunstancia de que el contratista inicial no es reemplazado de su posición respecto de la Administración reside precisamente la razón última por la que la legislación administrativa en esta materia se decanta por un criterio favorable hacia la posible materialización del fenómeno de la subcontratación en aras de la eficiencia de la propia concesión: no habiendo sustitución jurídica del concesionario, no se falsea la licitación, motivo por el cual los posibles recelos acerca de este instrumento ceden y, en su lugar,

⁸⁹ RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: "Responsabilidades de régimen laboral derivadas de la subcontratación de concesiones administrativas", *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núms. 281-282, 2006, págs. 5 y ss.

⁹⁰ TOLOSA TRIBIÑO, C.: "La subcontratación en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas", en AA.VV. (MERCADER UGUINA, J.R., Coord.): *La nueva Ley reguladora de la subcontratación en la construcción*, Valladolid, 2007, pág. 170.

⁹¹ STS, Social, 9 julio 2002 (RJ 10538).

⁹² CRUZ VILLALON, J.: "*Outsourcing y relaciones laborales*", en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*. X Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, 2000, págs. 251-252.

⁹³ DE QUINTANA PELLICER, J.: "*La descentralización productiva (outsourcing)*. Algunos apuntes en relación con las cuestiones que plantea desde el punto de vista judicial", *Actualidad Laboral*, núm. 10, 2000, pág. 163.

⁹⁴ MONEREO PEREZ, J.L.: *La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad. Estudio del ordenamiento interno y comunitario*, Madrid, 1999, pág. 10.

⁹⁵ MESTRE DELGADO, J.F.: *La extinción de la concesión de servicio público*, Madrid, 1992, pág. 176.

⁹⁶ FERNANDEZ ASTUDILLO, J.M.: *Contratación administrativa*, 3ª edición, Barcelona, 2003, pág. 513.

emergen razones a favor de su aplicación, atendiendo, sobre todo, a la propia complejidad del objeto del contrato público y a la creciente especialización que exige su pleno cumplimiento⁹⁷.

Nada impide, por tanto, a los agentes económicos subcontratar con terceros una parte, esencial o no, del contrato que tienen adjudicado. En tanto subcontratar significa simplemente concertar con un tercero la realización parcial del vínculo administrativo, no puede extrañar que los requisitos exigidos para su realización sean menos estrictos que si de una cesión se tratara: no se precisa y, por ende, no es obligatoria, la previa autorización expresa del órgano de contratación [salvo para aquellos contratos de carácter secreto o reservado, en aquellos cuya ejecución deba de ir acompañada de medidas de seguridad especiales o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado –art. 210.2 d) LCSP--]; antes al contrario, únicamente es necesario para ello comunicar anticipadamente y por escrito a la Administración la intención de celebrar los subcontratos, si bien es pertinente señalar la parte de la prestación que se pretende subcontratar y –cómo no-- la identidad del subcontratista, justificando, al tiempo, suficientemente la aptitud de éste para ejecutarla por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia [art. 210.2 b) LCSP]. En ningún caso podrá concertarse con el contratista la ejecución parcial del contrato con personas inhabilitadas para contratar o afectadas por alguna causa de prohibición (art. 210.5 LCSP). La nueva LCSP se esfuerza, al tiempo, en dejar claro que lo importante en la contratación pública es la correcta ejecución del contrato adjudicado, de manera que la infracción de estas condiciones podrá dar lugar a la imposición al contratista de una penalidad de hasta un 50 por 100 del importe subcontratado (art. 210.3 LCSP)⁹⁸.

Así, con el fin de garantizar el buen fin de la concesión, la nueva LCSP no se opone al recurso de la subcontratación; únicamente establece, además del cumplimiento necesario de las mencionadas formalidades, ciertas limitaciones que intentan asegurar la responsabilidad global del agente económico adjudicatario inicial del contrato⁹⁹. De este modo, el contratista principal –es decir, el adjudicatario– continúa obligado a todos los efectos ante el poder adjudicador y el subcontratista queda obligado sólo ante el contratista principal (art. 210.4 LCSP). De esta diferenciación obligacional, cabe inferir la existencia de dos contratos perfectamente distintos: uno, de naturaleza pública, es decir, el del poder adjudicador con el agente adjudicatario, y otro, de naturaleza privada, esto es, entre este último y un nuevo empresario, de lo que se deduce que la subcontratación no implica la existencia de una tercera parte en el contrato público, sino únicamente una relación jurídica y económica entre el adjudicatario y el subcontratista ajena a la relación principal entre el poder adjudicador y el primero¹⁰⁰. Ahora bien, tal diferenciación, clara desde el punto de vista teórico, no siempre está tan definida en la práctica, máxime cuando entra en juego una posible responsabilidad en materia laboral.

3.2.- La responsabilidad solidaria de la Administración en materia salarial y de Seguridad Social

El sistema de responsabilidad administrativa, que se hace recaer en exclusiva sobre el adjudicatario, no implica, sin embargo, que los derechos de los trabajadores inmersos en el proceso de descentralización queden desprotegidos, pues la aplicación del art. 42 ET deja patente la existencia de una responsabilidad solidaria entre la Administración, el contratista y los subcontratistas por las deudas salariales y de Seguridad Social contraídas por estos últimos con sus empleados. Llegar a esta conclusión, no es, sin embargo, fácil¹⁰¹, tal y como se tratará de demostrar a lo largo de las páginas siguientes.

Para combatir el riesgo de fraudes y de incumplimientos laborales que puede llevar aparejado el fenómeno de la subcontratación, en la medida en que la concurrencia de varios empresarios propicia la elusión de obligaciones y de responsabilidades, la Ley laboral establece una serie de cautelas o garantías en beneficio de los trabajadores, consistentes en el establecimiento, bien de determinadas obligaciones para la empresa principal respecto de las empresas contratistas y subcontratistas, bien –por lo que aquí interesa-- de una responsabilidad solidaria de la empresa principal para el supuesto de incumplimiento por parte de las empresas auxiliares de sus obligaciones laborales o de Seguridad Social con su personal¹⁰².

⁹⁷ GARCIA-TREVIJANO GARNICA, E.: *La cesión del contrato administrativo. La subcontratación*, Madrid, 1997, pág. 17.

⁹⁸ TOLOSA TRIBIÑO, C.: *Contratación administrativa*, 2ª edición, Pamplona, 2008, págs. 541 y ss.

⁹⁹ IBAÑEZ GARCIA, I.: "La subcontratación en los contratos del sector público", *Actualidad Administrativa*, núm. 1, 2007, págs. 17-22.

¹⁰⁰ FERNANDEZ ASTUDILLO, J.M.: *Los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios en la Unión Europea*, Barcelona, 2005, pág. 127.

¹⁰¹ RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: *Subcontratación de concesiones administrativas: problemas laborales*, Madrid, 2006, págs. 17 y ss.

¹⁰² SALA FRANCO, T.: "Los efectos laborales de la contratación y subcontratación de obras o servicios: puntos críticos", *Actualidad Laboral*, núm. 1, 2005, págs. 1016-1017.

Así, en aras a evitar las posibles situaciones de desprotección para el trabajador, el art. 42 ET diseña un mecanismo destinado a depurar imputabilidades tanto del empleador directo como de los "empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a su propia actividad" cuando vayan referidas a las obligaciones de naturaleza salarial y de Seguridad Social contraídas por el primero "durante el período de vigencia de la contrata".

3.2.1.- La doctrina de los Tribunales del orden social

En tanto en cuanto el art. 42 ET se refiere expresamente a "los empresarios que contraten o subcontraten...", parece que está exigiendo a las dos partes involucradas en la contratación o subcontratación una determinada condición subjetiva que, en todo caso, deben reunir para que la responsabilidad en materia salarial y de Seguridad Social sea solidaria. Interpretada restrictivamente, en sentido económico o mercantil, dicha condición no alcanzaría a las Administraciones públicas, pues cuando éstas adjudican la ejecución de obras y la prestación de servicios a empresas privadas actúan sometidas al Derecho Administrativo y no obtienen, con carácter directo, lucro alguno que deban restituir¹⁰³. Es más, las Administraciones contratantes no externalizan la obra o servicio público "por razón de una actividad empresarial", mención contenida en el último párrafo del art. 42 ET, sino como consecuencia de una "actividad de planificación o fomento" dirigida a la satisfacción de un interés general, razón por la cual los Entes públicos no serían, en una primera aproximación, "empresarios titulares" de una organización económica específica ni, consecuentemente, contraparte contractual frente al empresario contratista a efectos de imputación de responsabilidades ex art. 42 ET¹⁰⁴.

Este fue el criterio judicial adoptado inicialmente en diversas sentencias del Tribunal Central de Trabajo y posteriormente mantenido en algunos de los ulteriores pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia, quienes a los referidos argumentos han añadido consideraciones tan escasamente jurídicas como que, de interpretar lo contrario, la responsabilidad que recaería sobre la Administración impondría una carga demasiado pesada a la actividad pública de fomento¹⁰⁵.

Ahora bien, pese a las iniciales reticencias de las instancias judiciales a aplicar el art. 42 ET cuando en el comitente concurre la cualidad de ser un Ente público, la doctrina científica ha admitido y continúa admitiendo tal posibilidad¹⁰⁶, en especial, tras una serie de resoluciones judiciales en las que de forma expresa se reconoce la aplicabilidad del mencionado precepto estatutario en el ámbito de las Administraciones públicas¹⁰⁷, no en vano el término "contratas y subcontratas" utilizado por la norma tiene un marcado carácter "atécnico"¹⁰⁸.

Cuando la Administración comitente y el empresario concesionario conciertan la gestión por este último de un servicio público encargado por la primera, por regla general, están celebrando un contrato administrativo-empresarial cuya ejecución supone disponer la organización de medios materiales y humanos por parte del adjudicatario al servicio de la Administración por razón de ese encargo. El objeto del contrato celebrado entre ambos sujetos conlleva la puesta en funcionamiento de la organización productiva del titular de la concesión como parte accidental del ciclo de actuación de la Administración. Esta circunstancia supone, en

¹⁰³ SANTOR SALCEDO, H.: "Contratación administrativa y subcontratación: supuestos de imputación y exención de responsabilidades laborales", en AA.VV. (RIVERO LAMAS, J., Dir.): *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, Pamplona, 2003, pág. 194.

¹⁰⁴ GOERLICH PESET, J.M.: "Actividades laborales externalizables: régimen jurídico", en AA.VV. (PEDRAJAS MORENO, A., Dir.): *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*, Valladolid, 2002, pág. 119.

¹⁰⁵ SSTCT 19 enero y 8 marzo 1982 (Ar. 168 y 1439); SSTS, Cont-Admtivo, 10 diciembre 1986 (Ar. 1987/1034) ó SSTSJ, Cont-Admtivo, Baleares 5 diciembre 1992 (AS 519), Navarra 22 marzo 1994 (AS 891) y 28 abril 1995 (AS 1355), País Vasco 17 octubre 1995 (AS 3718) ó Cataluña 22 enero 1996 (AS 174).

¹⁰⁶ GARCIA-PERROTE ESCARTIN, I. y GOÑI SEIN, J.L.: "Contratación administrativa y aplicación de las normas laborales sobre contratas", en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Valencia, 2000, págs. 148 y ss.; GALA DURAN, C.: "La responsabilidad empresarial en materia salarial en el ámbito de las contratas y subcontratas de obras y servicios", en AA.VV. (DEL REY GUANTER, S., Dir.): *Descentralización productiva y relaciones laborales*, Valladolid, 2001, págs. 226 y ss.; LOPEZ ANIORTE, M.C.: *La descentralización productiva y su incidencia en la relación individual de trabajo*, Murcia, 2003, págs. 35 y ss. ó NORES TORRES, L.E.: *El trabajo en contratas. La noción de 'contrata de propia actividad'*, Valencia, 2004, pág. 37.

¹⁰⁷ Entre muchas, SSTSJ, Social, Canarias/Santa Cruz de Tenerife 12 enero 1998 (AS 1998/1173), Castilla-La Mancha 23 marzo 1998 (AS 1282), Andalucía/Málaga 9 febrero y 9 marzo 1998 (AS 1242, 1805) y 24 diciembre 1999 (AS 4356), Cataluña 14 septiembre 1999 (AS 3045), Murcia 18 diciembre 2000 (AS 4167), Madrid 13 junio 2001 y 16 febrero 2004 (AS 2811 y TOL 488844) y Barcelona 20 julio 2004 (TOL 479692).

¹⁰⁸ CRUZ VILLALON, J.: "Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas", *Relaciones Laborales*, núm. 2, 1992, págs. 114 y ss.

la práctica, la incorporación indirecta por el Ente público del trabajo de los operarios del adjudicatario, lo cual provoca consecuencias importantes desde el punto de vista laboral. Esa relación fáctica de trabajo entre la Administración comitente y el trabajador al servicio del concesionario no puede pasar desapercibida, lógicamente, para el Derecho del Trabajo¹⁰⁹.

Como con acierto se ha dicho, "es precisamente la prestación de servicios de los trabajadores de una empresa --el adjudicatario-- para otra --la Administración-- la que hace que esas relaciones interempresariales, en principio extralaborales, pasen a tener trascendencia para el ordenamiento jurídico social"¹¹⁰, motivo por el cual todo tipo de cargas y responsabilidades que la Administración pueda tener con los empleados del adjudicatario deriva directamente del vínculo suscrito entre el Ente público y dicho titular de la contrata o concesión a partir del cual se origina la relación mediata de trabajo¹¹¹. En principio, la condición pública del organismo que adjudica la gestión indirecta de un servicio público no puede hacer olvidar ni transmutar la naturaleza de la prestación, razón por la cual su gestión indirecta no debería afectar al *solidum* legal; de hecho, de no haberse exteriorizado la actividad, la Administración sería el empleador inmediato¹¹².

Por otra parte, el contrato administrativo encaja sin trauma alguno en el concepto de "contrata", tal y como ha reconocido expresamente la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en varias ocasiones: "una interpretación del reiterado art. 42, conforme a su espíritu y finalidad, permite extender el concepto 'contratas y subcontratas' celebradas por el empresario y terceros respecto a la realización de obras y servicios de los primeros, a la noción de 'concesión administrativa' ya que, de un lado, la generalidad de los términos 'contratas o subcontratas' no permiten su aplicación exclusiva a los negocios jurídicos privados, y, de otro, parece más adecuado a los fines de la Administración que la misma, a través de la figura de la concesión, pueda encomendar a un tercero la gestión de servicios propios, sin que ello afecte a las garantías solidarias entre el Ente público, dueño de la obra que se explota o del servicio cedido, y la entidad que organiza su propia actividad y medios personales y materiales para el cumplimiento de la prestación concedida"¹¹³. De esta manera, "entendida la contrata como el derecho que un empresario o empresa tiene a la prestación de un servicio a un tercero, este tercero puede ser una empresa pero puede ser también la Administración que, utilizando el mecanismo de la concesión administrativa, adjudica la gestión de un servicio a quien corresponda según los términos de la convocatoria y cumpliendo los trámites establecidos al efecto por el Derecho Administrativo"¹¹⁴.

3.2.2.- Dificultades para su aplicación

Estas reflexiones vienen a avalar la necesidad de extender el mecanismo de la responsabilidad solidaria por incumplimiento de las obligaciones salariales y con la Seguridad Social previsto en el art. 42 ET, no sólo al contratista o concesionario, que procede a subcontratar parte de la actividad asumida, sino a la propia Administración comitente. El principal problema en la materialización de tal objetivo radica, no obstante, en el hecho de que la LCSP es muy clara al establecer una previsión básica y fundamental: es el contratista o concesionario el único obligado a indemnizar los daños y perjuicios causados a terceros por la explotación de una concesión administrativa a no ser que (única excepción) tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia de una orden de la propia Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma (art. 198 LCSP)¹¹⁵.

El adjudicatario es, pues, responsable de las consecuencias que se deriven de la ejecución y resolución de los contratos que haya celebrado con terceros, no sólo frente al órgano de contratación sino también frente

¹⁰⁹ MARTIN VALVERDE, A.: "Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios", en AA.VV (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Comentarios a las leyes laborales*, Vol. VIII, Madrid, 1988, pág. 105.

¹¹⁰ GOERLICH PESET, J.M.: "Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales", *Actualidad Laboral*, núm. 8, 1997, pág. 125.

¹¹¹ RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "El lugar de ejecución de la contrata y el art. 42 del ET", *Relaciones Laborales*, núm. 5, 1996, pág. 6.

¹¹² QUIROS HIDALGO, G.: "Algunas cuestiones sobre la atribución de responsabilidades ex art. 42 ET en un supuesto de contrata encargada por una sociedad cooperativa de viviendas, a su vez concesionaria de un Ayuntamiento", *Aranzadi Social*, núm. 4, 2005, pág. 15.

¹¹³ SSTS, Social, 18 marzo 1997 (RJ 2572), citando a su vez las SSTS, Social, 15 julio, 27 septiembre, 18 noviembre y 14, 23 y 31 diciembre 1996 (RJ 5900, 6910, 8628, 9464, 9844 y 9867). Con carácter más reciente, SSTS, Social, 23 enero, 24 junio y 3 octubre 2008 (RJ 2775, 4233 y 359050).

¹¹⁴ STSJ, Social, Asturias 11 febrero 2000 (AS 262). En parecido sentido, STSJ, Social, Madrid 18 enero 2005 (AS 86).

¹¹⁵ MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUADAMILLAS, F.: *Nuevo régimen de contratación administrativa*, 3ª edición, Madrid, 2003, págs. 429 y ss.

a los propios auxiliares¹¹⁶. "Los terceros no existen a efectos jurídicos para la Administración concedente, ya que cualquier resultado de sus actuaciones es asumido según la Ley por el concesionario..., (de modo que) el concedente se desvanece para los terceros por cuanto la única instancia que les resulta a éstos asequible es la del concesionario con el que contratan"¹¹⁷. El legislador administrativo pretende preservar, así, la independencia de la concesión, como relación entre Administración contratante y concesionario, frente al también deseable dinamismo del mercado. De conformidad con lo previsto en la LCSP, el Ente público no tiene que responder por los daños ocasionados por los adjudicatarios ni mucho menos por las empresas auxiliares de éstos, ya que tales sujetos no se encuentran integrados en la organización administrativa, "no habiendo solidaridad alguna entre la Administración y el contratista, ni siendo en absoluto equiparables la técnica de la concesión con la de la delegación"¹¹⁸. La responsabilidad del concesionario por los daños que ocasione en la explotación de la concesión es, pues, directa y objetiva, asumiendo la indemnización de todos los perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato¹¹⁹.

Tal régimen jurídico, derivado de lo previsto en la LCSP, debe ser matizado, empero, atendiendo a la normativa laboral que persigue fines tuitivos distintos, no en vano, en la realidad, el contratista o concesionario no deja de ser un sujeto que asume el ejercicio de funciones administrativas cuya titularidad se reserva la Administración, quien actuaría como empresario directo de los trabajadores involucrados en la prestación del servicio público si no acudiera a la técnica de la concesión. Sin duda el art. 42 ET no fue redactado pensando en el ámbito contractual público, pero pretender en todo caso la exoneración de responsabilidad de la Administración comitente alegando que su actividad de fomento no entraña ejercicio de "actividad empresarial", supone un trato diferenciado carente de justificación frente al sector privado y una discriminación con efectos previsiblemente negativos para los trabajadores de los empresarios con quienes contrata¹²⁰. Así, "a la Administración le debe alcanzar la responsabilidad en materia laboral y de Seguridad Social por los hechos o actos del concesionario-gestor, incluso cuando éste entre en relaciones de derecho privado..., (de modo que) ésta no puede desentenderse de ninguna manera de los daños que cause la actuación del adjudicatario o las empresas auxiliares con las que éste subcontrate parcelas de la prestación del servicio público asumido"¹²¹.

La normativa laboral no ha arbitrado una respuesta específica a estas cuestiones, de modo que el régimen legal previsto en el art. 42 ET de responsabilidad empresarial solidaria en caso de contrata y subcontratas es aplicable (con severas matizaciones como se ha tenido ocasión de comprobar) no sólo al supuesto de hecho de contrata o subcontratas de naturaleza privada, sino también a las contrata y concesiones administrativas. Más claro se debería haber manifestado, en este sentido, la LCSP, excepcionando del principio de responsabilidad directa y exclusiva por parte del adjudicatario aquellos daños causados a terceros (trabajadores) relacionados con deudas de tipo salarial o con la Seguridad Social, para adoptar aquí el principio de responsabilidad solidaria, sin limitarse a establecer el deber del contratista de informar a

¹¹⁶ MORCILLO MORENO, J.: "Las obligaciones del concesionario de obra pública tras la Ley 13/2003, de 23 de mayo", *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 43, 2005, pág. 28.

¹¹⁷ ALONSO COLOMER, F.: "Ejecución de las obras", en AA.VV (MENEDEZ MENEDEZ, A., Dir.): *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas*, Madrid, 2003, pág. 185.

¹¹⁸ BOCANEGRA SIERRA, R.: "La responsabilidad civil de los concesionarios y contratistas", *Documentación Administrativa*, núm. 237-238, 1994, pág. 206. En el mismo sentido, BELADIEZ ROJO, M.: *Responsabilidad e imputación de daños por funcionamiento de los servicios públicos*, Madrid, 1997, pág. 150. En la jurisprudencia, SSTS, Cont-Admto, 31 julio 1989 (Ar. 6183) y 25 enero 1992 (Ar. 1343).

¹¹⁹ GARCIA DE ENTERRIA, E.: *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid, 1956 (2ª edición, facsímil, 1984); LEGUINA VILLA, J.: *La responsabilidad civil de la Administración*, Madrid, 1983; MARTIN REBOLLO, L.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia*, Madrid, 1997; REBOLLO PUIG, M.: "Servicios públicos concedidos y responsabilidad de la Administración: imputación o responsabilidad por hecho de otro", *Poder Judicial*, núm. 20, págs. 23 y ss.; BOCANEGRA SIERRA, R.: "Responsabilidad de contratistas y concesionarios de la Administración Pública por daños causados a terceros", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 18, 1978, págs. 397 y ss.; PANTALEON PRIETO, F.: *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, Madrid, 1985 ó DE AHUMADA RAMOS, F.J.: *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Pamplona, 2000, págs. 232 y ss.

¹²⁰ SANTOR SALCEDO, J.: "Contratación administrativa y subcontratación: supuestos de imputación y exención de responsabilidades laborales", cit., pág. 196.

¹²¹ SSTS, Cont-Admto, 19 mayo 1987 (Ar. 3615) y 9 mayo 1989 (Ar. 4487). En la doctrina, GONZALEZ NAVARRO, F.: "Responsabilidad de la Administración por daños causados a terceros por el empresario de un servicio público", *Revista de Derecho Administrativo y Fiscal*, núms. 44-45, 1976, págs. 215 y ss.; ARIÑO ORTIZ, G.: "El servicio público como alternativa", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 23, 1979, pág. 552; VILLAR EZCURRA, J.L.: *La responsabilidad en materia de servicios públicos*, Madrid, 1981, págs. 19 y ss.; JURISTO SANCHEZ, R.: *La ejecución del contrato de obra pública*, Madrid, 1983, págs. 165 y ss.; SUAY RINCON, J.: "La ejecución del contrato administrativo. La cesión del contrato y la subcontratación", en AA.VV (GOMEZ FERRER MORANT, R., Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª edición, Madrid, 2004, pág. 415.

los representantes de los trabajadores de la subcontratación, de acuerdo con la legislación laboral (indicando, por tanto, el nombre o razón social, domicilio y número de identificación fiscal de la empresa subcontratista, el objeto y la duración de la subcontrata, el lugar de ejecución, el número de trabajadores que serán ocupados en la subcontrata en el centro de trabajo del contratista y las medidas previstas para la coordinación de actividades desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales –arts. 210.6 LCSP--), pues tal previsión, pese a ser importante, se queda, sin duda, corta.

3.2.3.- Sobre el concepto “propia actividad”

El sistema de la garantía solidaria instrumentado por el art. 42 ET, de aplicación también a los supuestos de descentralización de vínculos contractuales públicos, queda supeditado, no obstante, al cumplimiento de una exigencia *sine qua non*: que el objeto de la contrata o concesión administrativa pertenezca a la “propia actividad” de la Administración comitente, concepto jurídico harto problemático, pues la frontera entre lo principal y lo accesorio no siempre resulta nítida ni mucho menos generalizable, máxime cuando las Administraciones públicas no realizan una sola o preferente actividad sino una pluralidad de ellas, consecuencia a su vez de la multiplicidad de funciones y ámbitos de actuación asignados a su competencia.

La alusión genérica a la “propia actividad” --“*vexata quaestio*”, expresión ambigua en extremo, de difícil aprehensión y “sobre todo enormemente escurridiza”¹²²-- dificulta en gran medida la determinación de las situaciones de hecho a partir de las cuales desencadenar todas las consecuencias previstas en el ET, buena muestra de lo cual viene dada por las inseguras e insatisfactorias conclusiones alcanzadas al respecto por la doctrina¹²³ y la consiguiente necesidad de un recurso permanente a los pronunciamientos judiciales para poder encontrar un poco de luz en la materia¹²⁴. Teniendo en cuenta el criterio jurisprudencial de la conexión de las obras o servicios contratados con la finalidad productiva y las necesidades normales del comitente, puede considerarse “actividad propia” de las Administraciones públicas toda aquélla realizada en el ejercicio de las competencias y atribuciones que la normativa estatal, autonómica y, en su caso, local, les encomiendan expresamente, lo cual desencadenaría la responsabilidad de la Administración en cualquier supuesto. Excluidas las funciones públicas que impliquen ejercicio de autoridad, la contratación administrativa puede tener cualquier objeto siempre que “su necesidad para los fines del servicio público” se justifique en el expediente administrativo, de modo que cualquier contrato de la Administración cumpliría el requisito señalado.

No parece, sin embargo, procedente entender que todo contrato administrativo, por el hecho de justificarse su necesidad para los fines de servicio público, se entienda incluido en el concepto “propia actividad” a efectos de imputación de responsabilidades laborales a la Administración, pues dicha noción no puede identificarse con cualquier actividad contratada, aunque el expediente de contratación así lo declare por imperativo legal¹²⁵. Es necesario imponer, por tanto, una modulación del concepto acorde con la limitación objetiva que incorpora la norma social. La realización en régimen descentralizado de obras y servicios competencia de las Administraciones públicas debe perseguir la satisfacción del interés general, pero no todas las obras ni todos los servicios contratados se dirigen directa e inmediatamente a la satisfacción de ese interés público. Al igual que en el ámbito privado, existen servicios complementarios necesarios para el ejercicio de la función pública descentralizada, pero no “inherentes” a la misma, y obras contratadas cuya ejecución no constituye propiamente función o cometido específico de la Administración¹²⁶.

El criterio de la conexión con la finalidad pública de la actividad objeto de concesión debe ser completado, por ello, con otros, como el de la “sustitución” o el de la “proyección pública” del servicio contratado. A tenor del primero, cabría sostener que el objeto del vínculo administrativo se corresponde con la “propia actividad”

¹²² RIVERO LAMAS, J.: “Proyecciones de la descentralización productiva: instrumentación jurídico-laboral”, en AA.VV (RIVERO LAMAS, J., Dir.): *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, cit., pág. 41.

¹²³ Para un sector de la doctrina, “propia actividad” equivale a total igualdad de las actividades, PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Valencia, 1990, pág. 31. Para otros es suficiente con la sustituibilidad, RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “La regulación protectora del trabajo en las contrataciones”, *Revista de Política Social*, núm. 93, 1972, pág. 37 ó MARTINEZ EMPERADOR, R.: *El Estatuto de los Trabajadores y la responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios*, Madrid, 1980, pág. 6. No falta quien, sin embargo, identifica la expresión legal con el núcleo de la actividad empresarial, CRUZ VILLALON, J.: “Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contrataciones y subcontratas”, cit., págs. 130-131.

¹²⁴ Si bien es preciso recordar la inexistencia “en la doctrina científica y en la jurisprudencia [de] criterios enteramente consolidados sobre el alcance preciso de este concepto”, MARTIN VALVERDE, A.: “La protección jurídica del trabajo en contrataciones: delimitación de los supuestos de hecho”, en AA.VV (SANCHEZ PEGO, F.J., Dir.): *Cesión de trabajadores. Empresas de trabajo temporal. Responsabilidad empresarial en caso de contrataciones de obras o servicios. Sucesión de empresas*, Madrid, 1994, pág. 119.

¹²⁵ SANTOR SALCEDO, H.: “Contratación administrativa y subcontratación: supuestos de imputación y exención de responsabilidades laborales”, cit., pág. 204.

¹²⁶ RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: *Subcontratación de concesiones administrativas: problemas laborales*, cit., págs. 39 y ss.

de la Administración comitente cuando, de no haberse concertado su prestación indirecta, la propia Administración tendría que gestionarlo necesariamente por sí misma con su propio personal. De acuerdo con el segundo, el indicio de exteriorización productiva vendría dado por la existencia de servicio público con efectiva proyección o incidencia *ad extra*¹²⁷. A la postre, el calificativo "inherente" a la Administración de un servicio contratado dependería del destinatario del mismo: de ser el ciudadano el usuario del servicio, la Administración habría descentralizado su "propia actividad" en el ejercicio regular de su función pública; de ser la propia Administración la destinataria, el servicio sería necesario para su funcionamiento pero accesorio o puramente instrumental para la satisfacción del interés general.

Este último es el parámetro que parece haber adoptado casuísticamente la doctrina de los Tribunales¹²⁸. La mayor parte de las resoluciones judiciales vienen a considerar cómo aquellas actividades que respondiesen a las previsiones fijadas en la normativa específica que reparte y atribuye las funciones y competencias de las diferentes Entidades administrativas formarían parte del concepto "propia actividad" y, en consecuencia, caso de proceder a su contrata, sería de aplicación el mecanismo de la responsabilidad solidaria entre Administración comitente y contratista, siempre y cuando el destinatario último fuera el ciudadano¹²⁹. La pauta más utilizada (insegura a todas luces) viene siendo, por tanto, la de la pertenencia material al "ciclo productivo" pero con una versión marcadamente finalista, pues, como resulta impropio hablar de "ciclo productivo" en una Administración pública, se ha optado por considerar que efectivamente existe "propia actividad" cuando la obra o servicio contratado esté dirigido a la consecución de fines propios de la competencia específica de la Administración contratante, con la condición de que ello redunde en beneficio de la colectividad¹³⁰.

Por poner algunos ejemplos capaces de manifestar que aún no están claramente definidos los perfiles de un criterio interpretativo objetivo que tenga vocación de validez generalizada para la interpretación del requisito de la "propia actividad" de una Administración pública, cabe destacar cómo con tal fundamento se ha declarado que forma parte de este concepto "el servicio de retirada de vehículos mal aparcados"¹³¹, "la ayuda a domicilio"¹³², "la conservación y mantenimiento de parques naturales"¹³³, "la gestión de unas entidades deportivas"¹³⁴, "la limpieza y mantenimiento de los jardines públicos"¹³⁵, "ciertas tareas de vigilancia"¹³⁶, "el mantenimiento de una estación depuradora de aguas"¹³⁷, "la explotación de un teatro perteneciente a un ente autonómico"¹³⁸, "la gestión del servicio de cuidado de minusválidos psíquicos profundos"¹³⁹, "la adjudicación administrativa de comedores escolares"¹⁴⁰, "la toma de datos para la informatización de un servicio"¹⁴¹, "una actividad de restauración medioambiental"¹⁴² o "el transporte sanitario ordinario por parte de un ente autonómico de salud"¹⁴³. Por el contrario, se ha marginado del ámbito aplicativo del concepto aquí analizado "la contrata suscrita por una Consejería para efectuar una mudanza"¹⁴⁴, "las obras de construcción y remodelación de un edificio contratadas por una Comunidad

¹²⁷ CRUZ VILLALON, J. y RODRIGUEZ-RAMOS VELASCO, P.: "Problemática laboral de la privatización y externalización de los servicios públicos", *Revista de Derecho Social*, núm. 3, 1998, págs. 24 y ss.

¹²⁸ GARCIA-PERROTE ESCARTIN, I. y GOÑI SEIN, J.L.: "Contratación administrativa y aplicación de las normas laborales sobre contratas", en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, cit., págs. 153 y ss. ó MARTIN JIMENEZ, R.: "Descentralización funcional en las Administraciones Públicas y propia actividad", *Relaciones Laborales*, núm. 4, 1999, págs. 705-710.

¹²⁹ PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: "El concepto de 'propia actividad' empresarial", en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, cit., pág. 168.

¹³⁰ SSTS, Social, 18 enero 1995 (RJ 514) y 15 julio 1996 (RJ 5990).

¹³¹ STSJ, Social, Andalucía/Málaga 24 diciembre 1999 (AS 4356).

¹³² SSTS, Social, 15 julio, 27 septiembre, 18 noviembre y 14, 23 y 31 diciembre 1996 (TOL 236633, 235747, 236634, 235882, 236222 y 236640) ó 3 y 18 marzo 1997 (TOL 238147 y 237728).

¹³³ SSTSJ, Social, Canarias 24 abril 2003 (JUR 128636) y Aragón 12 junio 2003 (JUR 183838).

¹³⁴ STSJ, Social, Murcia 18 diciembre 2000 (AS 4167).

¹³⁵ SSTSJ, Social, Andalucía/Málaga 9 febrero y 9 marzo 1998 (AS 1242 y 1805).

¹³⁶ STS, Social, 18 enero 1995 (RJ 514).

¹³⁷ STSJ, Social, País Vasco 17 febrero 1998 (AS 759).

¹³⁸ STSJ, Social, Madrid 27 enero 1999 (AS 96).

¹³⁹ STSJ, Social, Canarias 12 enero 1998 (RJ 6216).

¹⁴⁰ STS, Social, 27 julio 1998 (RJ 6216).

¹⁴¹ STSJ, Social, Cataluña 25 enero 2002 (AS 1079).

¹⁴² STS, Social, 14 junio 2005 (TOL 675689).

¹⁴³ SSTS, Social, 23 enero, 24 junio y 3 octubre 2008 (RJ 2775, 4233 y 359050).

¹⁴⁴ STSJ, Social, Madrid 12 julio 1997 (AS 2632).

Autónoma¹⁴⁵, "la prestación de servicios de seguridad o vigilancia en edificios públicos"¹⁴⁶, "la limpieza de los entes docentes públicos de una ciudad"¹⁴⁷ o "el encargo procedente del servicio público de empleo para impartir un curso de formación"¹⁴⁸.

La remisión al casuismo y la constante adaptación del precepto, a través de su interpretación, al entorno social en que ha de aplicarse conjuga mal con la seguridad jurídica, valor que, ciertamente, resulta primordial en una disposición normativa como el ET, donde interactúan distintos intereses (de los trabajadores, de la Administración, del contratista o concesionario, de los empresarios participantes...)¹⁴⁹. El problema principal que se plantea es la distinción de las actividades necesarias respecto de las accesorias y, dentro de estas últimas, identificar cuáles resultan esenciales para la consecución del fin perseguido por la Administración en beneficio de la colectividad y cuáles no. Se trata de un interrogante cuya respuesta sólo puede darse --como se ha visto-- de forma particularizada, con las limitaciones y los inconvenientes que de dicho método derivan¹⁵⁰: la falta de seguridad o certeza¹⁵¹. Siempre será difícil, por no decir imposible, fijar unas fronteras claras de lo que por propia actividad hay que entender, pues no existe un concepto *in rerum natura* que permita fijar con validez universal las distintas fases y operaciones que integran el mismo, resultando imposible determinar con seguridad si una concreta actividad forma parte o se integra en un ciclo productivo cuyos límites se desconocen¹⁵².

En fin, idénticas conclusiones podrían aplicarse a los supuestos de descentralización de actividades públicas mediante la creación de un ente instrumental, que, a su vez, proceda a externalizar parte de la actividad pública dispensada, pues ello podría conllevar igualmente una responsabilidad en materia laboral y de Seguridad Social por parte de la Administración atendiendo a los términos del art. 42 ET.

3.2.4.- La exoneración de responsabilidad de la Administración prevista en los pliegos de condiciones

No es infrecuente, como crítica adicional, que en los pliegos de condiciones ("ley primordial del contrato" o "*lex inter partes*")¹⁵³ se incorporen, a favor de la Administración comitente, cláusulas exoneratorias de la responsabilidad que pudiera derivarse del incumplimiento por el concesionario o los sucesivos subcontratistas de la normativa laboral y de protección social. Como con acierto se ha dicho, "la contratación administrativa, no obstante sus especiales características, tiene como nota o fondo común con la ordinaria, civil o mercantil, la de ser, ante todo, un concierto de voluntades en el que las normas fundamentales y en primer término aplicables son las acordadas por la Administración y el contratista, es decir, las cláusulas del pliego de condiciones aceptado por éste, por lo que los derechos y obligaciones derivados de estos contratos se regulan, ante todo, por lo previsto en el pliego de condiciones publicado para su celebración como ley primordial del contrato, resultando obligado, en consecuencia de ello, para resolver las cuestiones relativas al cumplimiento, inteligencia y efectos de un contrato administrativo, el remitirse a lo establecido en el correspondiente pliego"¹⁵⁴.

El pliego de condiciones se conforma como receptor del acervo jurídico, económico y técnico al cual ha de ajustarse la licitación, adjudicación y ejecución de los contratos¹⁵⁵ y, al ser conocido por la empresa al presentarse al concurso y aceptado de manera expresa en el momento de firmar la concesión, vinculará a las partes en cuanto a sus términos y alcance¹⁵⁶. La autoexoneración de responsabilidad prevista en el

¹⁴⁵ STSJ, Social, Cataluña 23 septiembre 1998 (AS 6948).

¹⁴⁶ SSTS, Social, 18 enero 1995 (RJ 514) y 15 julio 1996 (RJ 5990).

¹⁴⁷ STSJ, Social, Cataluña 1 febrero y 1 abril 1997 (AS 712 y 1994).

¹⁴⁸ STS, Social, 29 octubre 1998 (AS 9049).

¹⁴⁹ MONTOYA MEDINA, D.: *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, Valencia, 2004, pág. 138.

¹⁵⁰ GARCIA MURCIA, J.: "El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores", *Revista de Política Social*, núm. 130, 1981, pág. 29.

¹⁵¹ RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "Propia actividad y contrata", *Relaciones Laborales*, núm. 6, 1996, pág. 42 ó MARTINEZ GARRIDO, L.R.: *Tratamiento laboral de la contratación y subcontratación entre empresas: problemas y soluciones*, Madrid, 1998, pág. 43.

¹⁵² NORES TORRES, L.E.: *El trabajo en contratas. La noción de 'contrata de propia actividad'*, Valencia, 2004, pág. 115.

¹⁵³ STS, Cont-Admtivo, 4 octubre 1982 (RJ 6318).

¹⁵⁴ STS, Cont-Admtivo, 9 julio 1988 (RJ 5880).

¹⁵⁵ SSTSJ, Social, Asturias 11 febrero 2000 (AS 262) y Cataluña 9 marzo 2001 (AS 1456).

¹⁵⁶ SSTS, Social, 7 noviembre 1991 (RJ 813) y 5 abril 1993 (RJ 2906). También, SSTSJ, Social, Madrid 10 junio 1998 (AS 2587), Cataluña 3 enero 2000 (AS 1657), Galicia 5 y 12 diciembre 2000 (AS 3972 y 3740), Canarias/Las Palmas 28 noviembre 2000 (JUR

mismo hace depender, no obstante, la aplicabilidad de una norma imperativa, como es el art. 42 ET, de la voluntad unilateral de la parte obligada a cumplirla, lo cual no puede ser admitido en ningún caso, pues dicho precepto estatutario establece un régimen de responsabilidad empresarial solidaria a favor de los trabajadores indisponible para las partes e inderogable para la Administración¹⁵⁷.

Siguiendo a la mejor doctrina, "estos pliegos carecen de sustancia normativa en sentido propio, en cuanto simples piezas integrantes del contenido de un contrato, que extraen su fuerza precisamente de su inclusión en el mismo por los contratantes"¹⁵⁸, razón por la cual "el carácter de *lex contractu* de los pliegos está en función de que no se vulneren preceptos de derecho necesario supraordenados a las partes"¹⁵⁹. Tres argumentos avalan esta conclusión¹⁶⁰: a) De conformidad con el art. 25 de la LCSP, las Administraciones públicas pueden concertar los pactos y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las normas y principios superiores del ordenamiento. b) La falta de impugnación en tiempo y forma convalida los posibles vicios de los pliegos, que adquieren, por ello, eficacia jurídica, pero esta regla no alcanza a los vicios de nulidad de pleno derecho, en cuyo caso su denuncia no está sujeta a plazo preclusivo alguno¹⁶¹. c) El art. 2 del Convenio número 94 de la OIT, relativo a las cláusulas de trabajo de los contratos celebrados para la ejecución de obras y servicios públicos, garantiza a los trabajadores de los contratistas implicados en la contrata condiciones de empleo no menos favorables que las establecidas para trabajos idénticos en el ámbito privado, de donde cabe inferir la prohibición de derogación *in peius* del régimen tuitivo establecido en la normativa laboral, máxime si dicha derogación obedece a una decisión unilateral del comitente público.

Una prohibición expresa en la LCSP de la inclusión de este tipo de cláusulas exoneratorias en los pliegos evitaría, no obstante, muchos problemas planteados en la práctica.

4.- CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES. LA INTERMEDIACIÓN (LÍCITA) DE LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

La contratación de trabajadores para cederlos a otro empresario (en este caso, a una Administración pública) implica una consecuencia primera y principal prohibida por el ordenamiento jurídico laboral: frente a la relación tradicional y típica de trabajo que presupone la existencia de dos sujetos (trabajador y empresario), donde el primero tiene como obligación fundamental la prestación de servicios al segundo y donde el empresario retribuye y recibe esos servicios, se produce una relación triangular caracterizada por la disociación de facultades empresariales entre dos sujetos y por la existencia de dos relaciones jurídicas diferenciadas: una, que deriva del contrato de trabajo y que une al trabajador con el empresario formal y otra, material o real, que vincula al operario con el empresario-Administración para el que realmente presta servicios, relación esta última que no se articula mediante un contrato de trabajo ni mediante ninguna otra fórmula contractual, pero se trata de una relación jurídico-laboral de hecho merecedora de protección jurídica.

El empresario prestatario se limita a proporcionar la fuerza de trabajo que realizará su actividad bajo la dependencia, organización y dirección de la Administración¹⁶², es decir, se ciñe al "simple reclutamiento y cesión de personal"¹⁶³. Esa falta de integración determina la existencia de una interposición ilícita, pues el empresario ficticio restringe su actividad al suministro de mano de obra al Ente Público sin ejercer su capacidad de planificación, disciplina y gestión, ni los derechos, obligaciones, riesgos, responsabilidades y poder de dirección que son inherentes a su condición de empleador¹⁶⁴. De esta forma, el interpuesto es un

2001, 119829) y 30 enero 2002 (AS 2236), País Vasco 23 noviembre 2002 (JUR 2003, 81739) y La Rioja 11 y 18 noviembre 2003 (JUR 2004, 100009 y AS 2004, 707).

¹⁵⁷ GARCIA PIQUERAS, M.: *Régimen jurídico de las responsabilidades empresariales en las contratas y subcontratas*, Valencia, 1998, pág. 20.

¹⁵⁸ GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 14ª edición, Madrid, 2008, pág. 680.

¹⁵⁹ SOSA WAGNER, F.: *La gestión de los servicios públicos locales*, 6ª edición, Madrid, 2004, pág. 202, con gran apoyo jurisprudencial.

¹⁶⁰ SANTOR SALCEDO, H.: "Contratación administrativa y subcontratación: supuestos de imputación y exención de responsabilidades laborales", cit., pág. 214.

¹⁶¹ SSTS, Cont-Admto, 21 octubre 1981 (RJ 4614) y 4 noviembre 1997 (RJ 8158).

¹⁶² LLANO SANCHEZ, M.: *Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas*, Madrid, 1999, pág. 101.

¹⁶³ SSTS, Social, 9 febrero y 12 diciembre 1997 (Ar. 803), 14 septiembre 2001 (Ar. 202/582), 17 enero 2002 (Ar. 3755), 19 mayo 2004 (TOL 449745) y 11 mayo 2005 (TOL 657196).

¹⁶⁴ SSTS, Social, 19 enero 1994 (Ar. 352), 12 diciembre 1997 (Ar. 9315), 25 octubre 1999 (Ar. 8152), 29 enero 2004 (TOL 347152) y 29 abril 2005 (675614).

"auténtico medio propio" de la propia Administración¹⁶⁵, no existiendo dos voluntades independientes sino una mera relación "*in house providing*"¹⁶⁶, a través de la cual se contribuye al "mantenimiento de las políticas administrativas de precarización laboral", no en vano "existe una masa obrera flotante destinada a desempeñar las distintas ocupaciones públicas sin ninguna garantía de estabilidad"¹⁶⁷, previa existencia de un ente artificial de imputación jurídica¹⁶⁸.

Una valoración equilibrada de este tipo de prácticas exige tomar como punto de partida lo previsto en el art. 43 ET, en virtud del cual se prohíbe literalmente un comportamiento objetivo, una determinada conducta descrita en términos fácticos, es decir, toda situación ficticia, por medio de la cual aparezca como empleador formal quien no es el efectivo empleador que organiza y recibe el servicio ejecutado por el trabajador.

Tal hipótesis da lugar, además, a responsabilidades diversas para los empresarios infractores, el cedente y la propia Administración, al tiempo que, para los trabajadores, genera derechos adicionales que minimizan los efectos perjudiciales del tráfico ilícito. En cuanto a las responsabilidades empresariales, el art. 43.2 ET hace responsables solidarios a ambos empresarios de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social. En cuanto a los derechos de los trabajadores sometidos al tráfico prohibido, el art. 43.3 ET les otorga el de adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o en la cesionaria, una vez transcurrido un plazo igual al legal o convencionalmente previsto como período de prueba¹⁶⁹. Por su parte, el art. 104 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), declara a ambos, cedente y cesionario, responsables del cumplimiento de la obligación de cotizar y el art. 127.2 LGSS prevé la responsabilidad solidaria entre el empresario cedente y cesionario en los casos de cesión temporal de mano de obra, aunque sea a título amistoso y no lucrativo¹⁷⁰.

La dicción de dos de estos preceptos (el art. 43.3 ET y el art. 127.2 LGSS), pese a su aparente contradicción, no plantea serios problemas interpretativos. Mientras el art. 127.2 *in fine* se refiere específicamente a las responsabilidades prestacionales, el art. 43.2 comprende todas las responsabilidades en materia de Seguridad Social, por lo que aquél es una reiteración de lo que éste establece o una simple especificación¹⁷¹. Así, las obligaciones frente a las que responden solidariamente cedente y cesionario (Administración *in casu*) son todas las contraídas con los trabajadores (salarial, indemnizatoria, de readmisión...) y con la Seguridad Social (pago de cotizaciones, de prestaciones...) adquiridas durante la vigencia de la cesión ilegal, no las anteriores ni posteriores a aquélla. La razón de esta amplitud se halla, sin duda alguna, en su carácter de respuesta frente a la actuación contraria a la Ley tanto del prestamista como del receptor, así como, en la intención de proteger de la forma más completa posible al trabajador, cuyos derechos laborales --así como los de Seguridad Social-- son los que pueden verse más directamente afectados por la actuación de aquéllos. Es más, en muchos casos, muy probablemente, el cedente es una empresa ficticia, sin patrimonio propio y muchas veces insolvente, razón por la cual los trabajadores, en la práctica, sólo van a poder ser resarcidos por la Administración, si bien aquéllos deberán dirigir la reclamación judicial contra ambos para evitar la alegación de la excepción procesal de falta de litisconsorcio pasivo necesario¹⁷².

En muchas ocasiones la empresa suministradora de mano de obra, aun actuando como interpuesta, carece de entidad real, de modo que, como ha reconocido la jurisprudencia, "mal cabría optar por adquirir la condición de trabajador en una empresa que no existe"¹⁷³. En este caso el trabajador podría pasar a ocupar

¹⁶⁵ "Lo cual no es admisible: si la Administración matriz va a pagar íntegramente todo el coste del nuevo personal necesario para realizar la actividad, no se comprende por qué razón no lo hace directamente. O peor aún: sí se comprende; se comprende que lo hace para huir de las normas de selección de funcionarios o de contratación de personal por la Administración...". REBOLLO PUIG, M.: "Los entes instrumentales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio", *Documentación Administrativa*, núm. 243, 1995, págs. 392-393.

¹⁶⁶ SSTJCE 107/98, de 18 de noviembre de 1999, asunto *Teckal* ó 94/99, de 7 de diciembre de 2000, asunto *Arge*. Por extenso, DELVOLLE, P.: "Marchés publics: les critères des `contrats-maison'", *Revue du Droit de l'Union Européenne*, núm. 1, 2002, pág. 56.

¹⁶⁷ AMOEDO SOUTO, C.A.: "La precarización laboral del personal al servicio de las Administraciones Públicas mediante la utilización de `medios propios'. El caso de Tragsa", *Aunario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 8, 2004, pág. 983.

¹⁶⁸ NAVARRO NIETO, F.: "Descentralización productiva y relaciones laborales", *Documentación Laboral*, núm. 71, 2004, pág. 47.

¹⁶⁹ SSTS, Social, 12 diciembre 1997 (Ar. 9315), 3 febrero 2000 (Ar. 1600), 27 diciembre 2002 (Ar. 1844) ó 16 junio 2003 (Ar. 7092). En idéntico sentido, STSJ Madrid 5 marzo 1998 (Ar. 787).

¹⁷⁰ STS, Social, 14 septiembre 2001 (RJ 582).

¹⁷¹ BLASCO PELLICER, A.: *La responsabilidad empresarial en el pago de prestaciones de Seguridad Social*, Pamplona, 2005, pág. 62.

¹⁷² GALA DURAN, C.: *La responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y/o cotización a la Seguridad Social*, Pamplona, 1999, pág. 465.

¹⁷³ STS, Social, 17 enero 1991 (Ar. 58).

una plaza en propiedad en dicha Administración, pero sin someterse a los procedimientos de selección establecidos¹⁷⁴, razón por la cual la doctrina jurisdiccional se ha visto obligada a hacer una forzada interpretación con el fin de no permitir tal consecuencia¹⁷⁵, ejerciendo una auténtica labor pretoriana capaz de dotar de coherencia al exiguo régimen legal¹⁷⁶. A tal fin, cuando una empresa privada preste irregularmente a alguno de sus trabajadores a un empleador de naturaleza pública procede entender corregida y adaptada la letra del precepto comentado (art. 43 ET), reconociendo la posibilidad de que, si el interesado lo elige, adquiera la condición de empleado público, pero sólo hasta tanto la plaza se cubra en forma reglamentaria y con carácter definitivo en el centro administrativo correspondiente¹⁷⁷, pasando a ocupar la categoría (ya conocida) de trabajadores indefinidos no fijos¹⁷⁸.

No es descartable, en este marco, que el trabajador afectado fuera ya indefinido en la empresa prestataria a través de la cual se procedió a la cesión ilegal a la Administración, de forma que la aplicación de esa doctrina matizada, negando el reconocimiento de la condición de fijo en la Administración, supone un retroceso de lo ya reconocido al trabajador afectado en la empresa cedente, pues la calificación judicial de "indefinido no fijo de plantilla" no es identificable, ni equiparable, con la condición de indefinido en el empleador ordinario, sino más perjudicial. En este sentido, la opción judicialmente reconocida a favor del operario se convertiría, sorprendentemente, en una alternativa en su contra, y la tutela judicial en una auténtica trampa y una norma premial para la Administración¹⁷⁹, pero el obligado respeto de los principios de mérito y capacidad impiden llegar a una conclusión distinta.

Sea como fuere, no hay que olvidar que la cesión deja de ser ilegal cuando se efectúa a través de una empresa de trabajo temporal. Sin pretender descender al detalle de los problemas planteados por el diseño actual del régimen jurídico de las empresas de trabajo temporal, únicamente cabe poner de manifiesto, en el contexto de este análisis, cómo las citadas empresas aparecen reguladas en la Ley 14/1994, de 1 de junio (LETT), como excepción a la tradicional prohibición de cesión de trabajadores prevista en el art. 43 ET¹⁸⁰. Así pues, subsistente el veto de las actividades de tráfico ilícito de mano de obra --cuya vulneración acarrea las consecuencias de solidaridad de la responsabilidad y de reconocimiento de un derecho de opción al trabajador afectado entre adquirir la condición de fijo en la empresa cedente o en la cesionaria--, el legislador reconoce, en un ejercicio de realismo, la legalidad de la cesión efectuada en los términos establecidos en la Ley 14/1994¹⁸¹. Definida la empresa de trabajo temporal por su art. 1 como "aquella cuya actividad consiste en poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados" --

¹⁷⁴ ANTONIO ALTES, J.: La contratación temporal en la Administración Pública, Valencia, 1984, pág. 107.

¹⁷⁵ GARATE CASTRO, J.: "Algunas cuestiones laborales y de Seguridad Social de la descentralización productiva por medio de contrataciones de obras y servicios, en especial, de las que corresponden a la 'propia actividad' (referencias al empleo de esta fórmula de descentralización productiva por parte de las Administraciones Públicas)", en AA.VV. (GARATE CASTRO, J., Coord.): *Las relaciones laborales en las Administraciones Locales*, Barcelona, 2004, pág. 158.

¹⁷⁶ MONTOYA MARTIN, E.: *Las empresas públicas sometidas a Derecho Privado*, Madrid, 1996, pág. 965.

¹⁷⁷ SSTS, Social, 27 mayo, 12 junio, 22 septiembre y 5, 13 y 22 octubre 1998 (Ar. 3159, 5203, 7423, 8659, 7809 y 8875), 19 y 26 enero y 13 y 18 octubre 1999 (Ar. 810, 1105, 7493 y 8147), 19 junio y 17 septiembre 2002 (Ar. 10677 y 10649), 6 mayo y 11 noviembre 2003 (ILJ 1063 y 2056), 26 julio 2004 (ILJ 923), 19 mayo 2005 (TOL 668428) ó SSTSJ, Social, Madrid 18 junio 1998 y 8 junio 2001 (Ar. 2595 y JUR 259592), País Vasco 18 septiembre 2001 (Ar. 4003), Madrid 21 abril 2003 (ILJ 1406), Canarias/Santa Cruz de Tenerife 5 junio 2003 (ILJ 1086), Extremadura 2 abril 2003 (ILJ 1227), Castilla-La Mancha 14 marzo 2003 y 19 febrero 2004 (ILJ 91578 y 670), Asturias 20 febrero 2004 (ILJ 777), Cantabria 17 mayo 2004 (*Actualidad Laboral*, núm. 21, 2004, pág. 2621 y ss.) y Valencia 8 abril 2005 (TOL 672337). En la doctrina, BOLTANA BOSCH, X.: "Régimen jurídico de los trabajadores indefinidos no fijos de la Administración Pública", *Aranzadi Social*, T.V, 2002, págs. 529 y ss.

¹⁷⁸ Por solo hacer referencia a algunos de los últimos pronunciamientos judiciales, cabe hacer mención a las SSTSJ, Social, Cantabria 15 abril 2009 (AS 2099), Canarias/Santa Cruz de Tenerife 26 mayo 2009 (AS 1852), Castilla y León/Burgos 4 junio 2009 (AS 2218) Canarias/Las Palmas 29 junio 2009 (AS 2450) ó Madrid 11 septiembre 2009 (JUR 479227).

¹⁷⁹ ALFONSO MELLADO, C.L. y PEÑA OLBIAL, S.: "De nuevo el trabajador indefinido no fijo. Ahora en supuesto de cesión ilegal de trabajadores", *Revista de Derecho Social*, núm. 22, 2003, pág. 175.

¹⁸⁰ RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: "La Ley 14/1994, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal: un hito en la evolución del derecho español de trabajo", en AA.VV. (VALDES DAL-RE, F. y CASAS BAAMONDE, M^a.E., Coords.): *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, 1994, pág. 342 y ss. y *Las empresas de trabajo temporal en España*, Valencia, 1994, págs. 43 y ss.; GARCIA FERNANDEZ, M.: "Posición del trabajador ante la empresa de trabajo temporal y ante la empresa cliente: puntos críticos", *Actualidad Laboral*, núm. 34, 1994, pág. 525; MERCADER UGUINA, J.R.: "La intermediación en el mercado de trabajo tras la reforma laboral: realidades y respuestas", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 14, 1994, pág. 37 ó RAMOS MORCILLO, M.J.: "El régimen jurídico de las empresas de trabajo temporal", *Revista Técnico Laboral*, núm. 68, 1996, pág. 292.

¹⁸¹ PEREZ-ESPINOSA SANCHEZ, F.: "Las empresas de trabajo temporal: a medio camino entre la apertura de los sistemas de colocación y la flexibilización de la utilización de la mano de obra", en AA.VV.: *La reforma del mercado laboral*, Valladolid, 1994, págs. 106 y ss.; GARCIA FERNANDEZ, M.: "La contratación de trabajadores a través de las empresas de trabajo temporal" (I), *Actualidad Laboral*, núm. 1, 1996, pág. 1 ó VALDES DAL-RE, F.: "Las relaciones jurídicas entre las empresas de trabajo temporal y la empresa usuaria: el contrato de puesta a disposición", en AA.VV.: *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Prof. Manuel Alonso García*, Madrid, 1995, págs. 87 y ss.

siempre y cuando la empresa aparezca debidamente autorizada¹⁸²--, el resultado no es sino la "ruptura del sinalagma funcional"¹⁸³, al faltar la coincidencia entre la figura del empresario (empresa de trabajo temporal) y el receptor de los servicios del trabajador (empresa cliente --en este caso, la Administración--), con el consiguiente quebranto a la presunción establecida en el art. 8.1 ET, según el cual "se presumirá existente [el contrato de trabajo] entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquél".

La nueva forma jurídica de trabajar que la empresa de trabajo temporal instrumenta no sólo pone en paréntesis la radical unidad y unicidad de la relación obligatoria a la que da vida el vínculo laboral, sino que quiebra también la propia noción del nexo contractual celebrado entre un trabajador y un empresario como fuente exclusiva de derechos y obligaciones. La empresa de trabajo temporal, que es a la que corresponde la condición formal de empresario, ni ejerce la integridad de los poderes derivados de esta titularidad ni soporta en régimen de monopolio las responsabilidades laborales; aquéllos se distribuyen entre ambas por razón de la materia y estas otras o bien se reparten entre las dos con idénticos criterios materiales o bien dan lugar a fórmulas de co-responsabilidad. La quiebra tiene lugar, pues, a partir de la superación de la bilateralidad como elemento de vital importancia "para la caracterización estructural del contrato de trabajo"¹⁸⁴ y la construcción de una estructura tripolar, trilateral o triangular¹⁸⁵ --no mera mediación¹⁸⁶--, en la cual quien dirige la prestación no coincide con quien la retribuye, provocando una singular manifestación de la dependencia, pues el círculo rector al que aparece subordinado el trabajador viene dado por un empresario --relacionado con el "empleador" propiamente dicho a través de un contrato de naturaleza civil o mercantil denominado de puesta a disposición¹⁸⁷-- con quien no existe vínculo laboral alguno, sino una relación innominada.

Bajo tales premisas, la Administración no ostenta una facultad indiscriminada para acudir a estas entidades, actuando en la posición de empresa usuaria. Antes al contrario, tras un azaroso debate parlamentario, la disposición adicional 5ª LCSP prohíbe la celebración de "contratos de servicios con empresas de trabajo temporal salvo cuando se precise la puesta a disposición de personal con carácter eventual para la realización de encuestas, toma de datos y servicios análogos"¹⁸⁸.

Esta prohibición a la posibilidad de que los Entes públicos utilicen de manera general los servicios de una empresa de trabajo temporal merece una valoración positiva por cuanto trata de evitar una vulneración de los principios constitucionales que rigen el acceso al empleo público. Salta a la vista de inmediato que, a través de una empresa de trabajo temporal, la Administración se podrá servir de personas previamente reclutadas sin tener en cuenta los parámetros de mérito y capacidad recogidos en los arts. 23.2 y 103.3 CE. En efecto, la empresa usuaria (Ente público --en este caso--) en aras de una mayor eficacia no seleccionará al personal temporal cedido; su intervención quedará ceñida únicamente a decidir cuál será la concreta empresa de trabajo temporal con la cual se va a suscribir el contrato de puesta a disposición. Más tarde, la

¹⁸² VALDES DAL-RE, F.: "Empresa de trabajo temporal, empresa usuaria y contrato de puesta a disposición (I)", *Relaciones Laborales*, núm. 1, 1995, págs. 3 y ss.

¹⁸³ GALA DURAN, C.: Derechos y obligaciones entre los trabajadores cedidos por las empresas de trabajo temporal y las empresas usuarias, Madrid, 1998, págs. 14-15.

¹⁸⁴ RIVERO LAMAS, J.: "Tipificación y estructura del contrato de trabajo", *Anuario de Derecho Civil*, T. XXV, 1972, págs. 157 y 160.

¹⁸⁵ OLMO GASCON, A.M.: "Alteración sustancial del contrato laboral en el trabajo desarrollado a través de empresas de trabajo temporal", *Actualidad Laboral*, núm. 46, 1996, pág. 881; ALBIOL MONTESINOS, I.: "Las empresas de trabajo temporal", *Tribuna Social*, núm. 43, 1994, págs. 118 y 121; PEREZ YÁÑEZ, R.: "El reparto de poderes empresariales entre empresa de trabajo temporal y empresa usuaria respecto a los trabajadores en misión", *Relaciones Laborales*, núm. 1, 1998, págs. 18-19; DEL REY GUANTER, S. y LEAL PERALVO, F.: "La relación entre los supuestos contractuales justificativos del contrato de puesta a disposición y los supuestos contractuales justificativos del contrato de trabajo de cesión temporal de duración determinada", *Relaciones Laborales*, 1996, T. II, pág. 120 ó GALA DURAN, C.: "Supuestos y consecuencias de la utilización 'inadecuada' de las empresas de trabajo temporal", *Relaciones Laborales*, núm. 19, 1998, pág. 43.

¹⁸⁶ RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: *Las empresas de trabajo temporal en España*, Madrid, 1994, pág. 48.

¹⁸⁷ SANCHEZ PEGO, F.J.: "La realización interempresarial de trabajo temporal: el contrato de puesta a disposición", *Documentación Laboral*, núm. 46, 1995, pág. 87.

¹⁸⁸ APILLUELO MARTIN, M.: "Algunas cuestiones sobre el estado actual de la contratación laboral temporal por parte de la Administración Pública", QUINTANILLA NAVARRO, B. y MADRID YAGÜE, P.: "Las empresas de trabajo temporal en la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, de modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas" ó SERRANO OLIVARES, R.: "Los fenómenos de descentralización en el ámbito de las Administraciones Públicas: aspectos de Derecho Individual del Trabajo", todos en AA.VV.: *Las relaciones laborales en las Administraciones públicas. XI Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. I, Madrid, 2000, págs. 448 y ss., 889 y ss. y 967 y ss., respectivamente; MOLINER TAMBORERO, G.: "La contratación de personal laboral por las Administraciones Públicas. Puntos críticos", en AA.VV. (MOLINER TAMBORERO, G., Dir.): *La Administración Pública como empresario. Aspectos laborales y sindicales. El convenio único para el personal laboral de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2000, págs. 103 y ss. ó FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J. y RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: *El acceso al empleo público*, Madrid, 2005, págs. 193 y ss.

escogida será quien proponga, con criterios propios, al trabajador más acorde con la plaza a cubrir, sin que en tal determinación proceda --obviamente-- respetar los mentados principios, aplicándose, por el contrario, íntegramente el Derecho del Trabajo.

Ahora bien, pese al acierto de la mentada prohibición, es criticable, no obstante, la delimitación del ámbito de aplicación de la disposición adicional quinta LCSP cuando permite utilizar, si bien con carácter excepcional, los trabajadores cedidos por una empresa de trabajo temporal, con carácter eventual, para la "realización de encuestas, toma de datos y servicios análogos", pues si bien está claro cuanto cabe entender por "encuestas" y "toma de datos", no lo está tanto la determinación de cuáles sean los trabajos "de naturaleza análoga" a los anteriores, no en vano parece hacer referencia a actividades de soporte administrativo de configuración excesivamente laxa¹⁸⁹. Por si fuera poco, y siendo deplorable el punto de arranque, no lo es menos el desarrollo posterior de la contratación de trabajadores a través de una ETT, permitida por la disposición adicional 5ª LCSP, pues la "realización de encuestas, tomas de datos y otros servicios análogos" son las actividades (demasiado amplias) a cubrir también por la vía laboral ordinaria: contratos para obra o servicio determinado y eventual por circunstancias de la producción. La única limitación al efecto prevista es su duración (también hartamente arbitraria), no en vano finalizarán, no cuando concluya la tarea (de aplicación sólo en las empresas privadas), sino cuando expire el término fijado en el negocio de puesta a disposición, extinguiéndose a su vencimiento sin posibilidad de prórroga y sin que en ningún caso la duración máxima pueda superar los seis meses.

La extinción *ex lege* de los contratos celebrados con la empresa de trabajo temporal, al vencimiento de su plazo inicial, sin admisión de prórroga alguna (ni siquiera hasta alcanzar los seis meses), lleva necesariamente a preguntarse por la situación de los trabajadores cedidos que realizan las tareas cuando éstas quedan sin finalizar y concluye el término. Con ello se abre un nuevo punto de incertidumbre acerca de la calificación jurídica de este tipo de variantes en presencia, así como sobre el cauce legal para hacer viable la conclusión de los cometidos en curso, sin que necesariamente sea menester suscribir un nuevo contrato de servicios a partir del cual se siga la cesión del mismo (u otro) trabajador para idéntica Administración¹⁹⁰. La cuestión todavía se complica más por un tenor legal claro en su consecuencia de provocar la cesación en su prestación a todos los efectos, sin posibilidad alguna de continuación. Así, el segundo párrafo de la disposición adicional 5ª de la LCSP ha intentado eliminar, impidiendo la aplicación del art. 7.2 LETT, la consecuencia de la indefinición para aquellos supuestos en los cuales el contratado a través de una empresa de trabajo temporal siga prestando servicios en la empresa usuaria más allá del máximo establecido. El motivo para apoyar esta opción legal enlaza con la inviabilidad de que, a partir de irregularidades formales o de infracciones cometidas por las Administraciones, los empleados de la empresa de trabajo temporal puedan llegar a consolidarse en los puestos de trabajo como fijos¹⁹¹.

Ahora bien, pese a lo categórico de la afirmación, tal proceder excluye expresamente la operatividad de uno de los preceptos del ordenamiento social que constituyen un mecanismo de garantía y de protección de los cedidos. Al tiempo, dicha previsión normativa parece no ser --en el sentir de algunos autores-- ajustada a Derecho, pues las consecuencias jurídico-laborales de una contratación temporal irregular no pueden ser suprimidas de un plumazo por el legislador administrativo, máxime cuando la excepción a la aplicación de lo previsto en el art. 7.2 LETT, sobre la consolidación mentada, aparece formulada de manera significativamente restrictiva e insegura, no en vano únicamente queda referida a quienes "realizaran las actividades que constituyan el objeto del contrato". De esta forma, si dichos trabajadores llevan a cabo tareas distintas no quedarán incluidos en el ámbito de aplicación de la disposición adicional quinta aquí analizada, pudiendo, en su caso, llegar a consolidar su posición como personal al servicio de la Administración usuaria. Insistiendo sobre esta idea, la previsión transcrita "no podrá enervar la aplicación del art. 7.2 LETT, en tanto en cuanto una Ley cuyo objeto es la regulación de las relaciones de carácter mercantil o civil entre Entes públicos y sujetos privados no puede afectar a los laborales destinados por el contratante a la ejecución de su objeto, o, en otros términos, no debe entrar a ordenar el vínculo *de facto*

¹⁸⁹ QUINTANILLA NAVARRO, B. y MADRID YAGÜE, P.: "Las empresas de trabajo temporal en la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, de modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas", cit., pág. 889. No es infrecuente la intervención de una empresa de trabajo temporal para la realización de encuestas anuales por el INE o para la cobertura de tareas de soporte administrativo en el período de matriculación de estudios en centros escolares o universitarios. SERRANO OLIVARES, R.: "Los fenómenos de descentralización en el ámbito de las Administraciones Públicas: aspectos de Derecho Individual del Trabajo", cit., pág. 967.

¹⁹⁰ QUINTANILLA NAVARRO, B. y MADRID YAGÜE, P.: "Las empresas de trabajo temporal en la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, de modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas", cit., pág. 889.

¹⁹¹ AA.VV (GARCIA MACHO, R., Dir.): *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Valencia, 2003, pág. 1088.

entablado entre cualquiera de aquéllos y el o los trabajadores en misión al servicio de la empresa de trabajo temporal, no en vano la situación queda referida a un vínculo disciplinado por una ley social específica¹⁹².

De esta manera, y atendiendo a una interpretación lógica, procede señalar cómo debe resultar de aplicación efectiva el abundantemente citado art. 7.2 LETT tanto para cuantos cedidos realizaran tareas constitutivas del objeto pactado como para aquellos otros encargados de desarrollar funciones distintas, debiendo considerar que quienes a la finalización del plazo de puesta a disposición continuaran prestando servicios en la Entidad pública correspondiente pasan a estar vinculados a la misma por un contrato indefinido pero no fijo. Tal efecto resulta perfectamente adecuado a la línea jurisprudencial imperante en materia de irregularidades en la contratación temporal en el ámbito de los organismos públicos (actualmente recogida en el art. 11 EBEP), la cual viene a reconocer únicamente el carácter de indefinidos, y no así de fijos de plantilla, a los afectados, a fin de no contrariar los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a las tareas de interés general, con una doble consecuencia: por una parte, la Administración está obligada a cubrir la plaza a través de los procedimientos de selección reglamentarios, en cuyo caso concurrirá una causa lícita para la extinción del contrato del trabajador; por otra, el empleado habrá de participar y superar las oportunas pruebas si quiere adquirir la condición de fijo.

¹⁹² SERRANO OLIVARES, R.: *"Los fenómenos de descentralización en el ámbito de las Administraciones Públicas: aspectos de Derecho Individual del Trabajo"*, cit., pág. 967.

2^a

sessió

20/05/10

**Reflexions al voltant de les noves eines de selecció:
la selecció per competències i els nous instruments
de selecció adequats a les previsions de l'EBEP**

La selecció per competències.

Jesús F. Salgado Velo, catedràtic de Recursos Humans i Psicologia del Treball de la Facultat de Psicologia de la Universitat de Santiago de Compostel·la

Models, instruments i noves eines en la selecció de personal.

Juliana Vilert, subdirectora general de Gestió de Recursos Humans del Departament de Governació i Administracions Públiques de la Generalitat de Catalunya

Un dels principis rectors que fixa l'article 55.2.e de l'EBEP és la necessitat d'adequar el contingut dels processos selectius de cada convocatòria a les funcions o tasques que cal desenvolupar. En aquest mateix sentit, l'article 61.2 de l'EBEP estableix l'obligació que els procediments de selecció tinguin cura especialment de la connexió entre el tipus de proves que cal superar i l'adequació al desenvolupament de les tasques dels llocs de treball convocats, incloent-hi, si escau, les proves pràctiques que siguin necessàries. Alhora, aquestes proves es poden completar amb la superació de cursos, amb els períodes de pràctiques, amb l'exposició curricular pels candidats, amb proves psicotècniques o amb la realització d'entrevistes.

L'eix central sobre el qual pivotarà aquesta sessió del seminari serà l'anàlisi en profunditat d'aquest ampli ventall de figures poc usades en la majoria de processos selectius en el sector públic, adreçades a comprovar no solament els coneixements i la capacitat analítica dels aspirants –aspectes que tradicionalment han centrat l'articulació dels processos selectius en les nostres organitzacions–, sinó també, amb molt més èmfasi, l'avaluació de la possessió d'habilitats i destreses per part dels aspirants que concorren en un procés selectiu.

La sessió s'encetarà amb l'anàlisi conceptual d'un model de selecció basat en competències professionals. S'hi abordarà la fiabilitat i validesa de diferents mètodes de selecció de personal consistentes a avaluar les possibles competències professionals de l'aspirant, juntament amb les formes de predicció del desenvolupament ocupacional a partir dels millors instruments i variables. Finalment, s'hi tractarà quina ha de ser, des de la perspectiva teòrica, la combinació òptima dels procediments de selecció que garanteixi la millor predicció del desenvolupament ocupacional.

A continuació, es tractarà la configuració i la possible articulació pràctica de la diversitat de noves tipologies de proves que es poden dur a terme, d'acord amb el nou marc aportat per l'article 61.5 de l'EBEP. S'analitzaran, entre altres aspectes, el concepte d'idoneïtat, l'objectivitat i la validesa en la selecció, i el funcionament i la virtualitat pràctica dels diferents models de selecció i d'instruments com ara l'anàlisi del currículum, les proves psicotècniques, l'entrevista i les proves pràctiques d'avaluació de competències professionals.

M. Carme Noguer

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

SELECCIÓN DE RECURSOS HUMANOS POR COMPETENCIAS EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Jesús F. Salgado Velo,
Catedràtic de Recursos Humans i Psicologia del Treball
Facultat de Psicologia
Universitat de Santiago de Compostel-la

1.- INTRODUCCION.....	1
2.- OBJETIVOS Y MODELOS DE LA SELECCIÓN DE PERSONAL	2
3- LA ELECCIÓN DEL LOS INSTRUMENTOS DE SELECCIÓN Y LA GESTIÓN ESTRATÉGICA DE LOS RECURSOS HUMANOS.....	5
4.- VENTAJAS Y LIMITACIONES DE LA SELECCIÓN DE PERSONAL ESTRATÉGICA.....	12
5. CONCLUSIONES.....	12

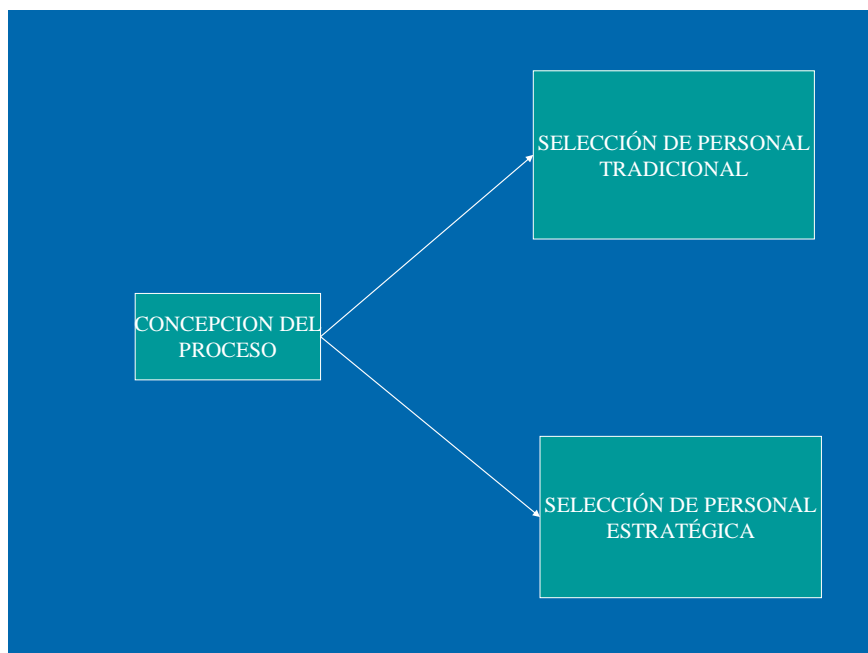
1.- INTRODUCCION

La selección de personal es un proceso mediante el cual las organizaciones (p.e empresas, instituciones, administraciones públicas, etc.) deciden cuál de los aspirantes a una determinada plaza es el más apto para desempeñarla. En otras palabras, la selección de personal es un proceso de toma de decisión sobre el ajuste de los candidatos a los puestos ofertados. En otro lugar hemos escrito que esta definición de selección de personal implica tres aspectos: “(1) que es preciso emplear instrumentos evaluativos y que si no se utilizan, estaremos ante otro proceso de incorporación, pero no ante selección de personal; (2) que tales instrumentos tienen como objetivo permitir una toma de decisión sobre la adecuación de los candidatos al puesto, y (3) que se requiere un profesional capacitado en la utilización de tales instrumentos. (Salgado, Moscoso y Lado, 2005 p. 104)”. Para que este proceso pueda llevarse a cabo adecuadamente es preciso conocer cuáles son las características del puesto (p.e. tareas, funciones, ámbito de actuación, instrumental, conocimientos y formación necesaria, etc.) y comprobar hasta que punto los aspirantes reúnen las capacidades cognitivas, conocimientos, aptitudes, destrezas, habilidades, dimensiones de personalidad, experiencia o cualquier otro tipo de características necesarias para un buen desempeño del puesto de trabajo. A este último conjunto de características (es decir, capacidades cognitivas, conocimientos, etc.), con frecuencia en los últimos años, se le denomina *competencias*, y a la selección de personal basada en la evaluación de dichas características se le suele denominar *selección por competencias*. En este sentido, la selección por competencias no se diferencia de lo que, desde una postura de selección estrictamente ortodoxa (aplicación estricta de los principios clásicos de selección), ha venido siendo la práctica tradicional. No obstante es preciso tener en cuenta que a la par que el concepto de selección por competencias también se ha desarrollado el modelo de *selección estratégica de personal* (ver Salgado, Moscoso y Lado, 2005 para una explicación más amplia) que añade a la concepción tradicional de los procesos de selección la idea de que estos tienen que estar alineados con los objetivos de la organización y el hecho de que no se puede concebir la gestión de los procesos de selección de modo independiente de la gestión de otros procesos tales como la formación, el desarrollo de carreras, la evaluación del desempeño o la compensación. Además, la concepción estratégica de la selección de personal considera que ésta se desarrolla en un entorno de alta volatilidad en lo que se refiere a las tareas de los puestos de trabajo, lo cuál impone prioridades y restricciones a las prácticas y procedimientos evaluativos utilizados en la toma de decisiones.

Así pues, la selección de personal es uno de los procesos críticos de la gestión integrada de los recursos humanos en las organizaciones, en la medida que condiciona poderosamente la eficacia de los procesos de gestión que se producen después de efectuada la selección. En efecto, si la selección de personal está correctamente realizada permitirá la incorporación de efectivos de alto rendimiento y, por sus mismas características, estos efectivos mostrarán un buen aprovechamiento de la formación, unas excelentes posibilidades de promoción, una tasa de rotación que se sitúe en los márgenes aceptables para las compañías y, en general, un adecuado nivel en todos los procesos finales que tienen que ver con éxito el de la organización.

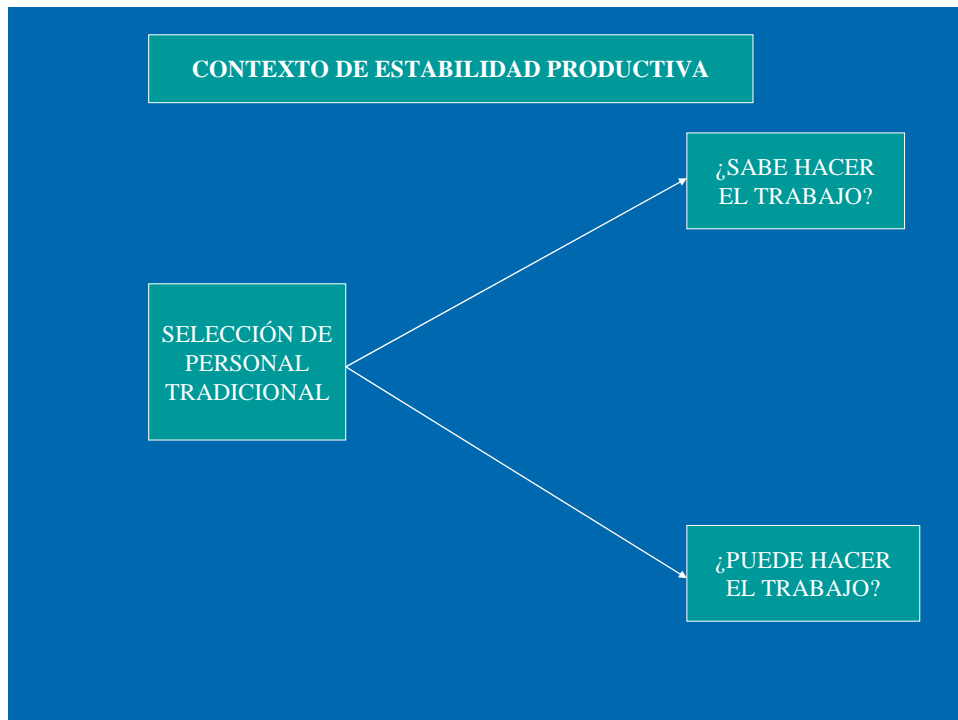
2.- OBJETIVOS Y MODELOS DE LA SELECCIÓN DE PERSONAL

Una de las características clave de la selección de personal, como se ha señalado más arriba, es la utilización de instrumentos evaluativos que permitan la toma de decisión sobre la adecuación de los candidatos al puesto. Los instrumentos que se podrían emplear en un proceso de selección son innumerables y entre ellos se encuentran: hojas de solicitud, currículum, historiales profesionales, entrevistas, tests de habilidades cognitivas, tests de habilidades psicomotoras, tests y cuestionarios de personalidad, simulaciones (dinámicas de grupo, tests "in-basket", juegos de empresa, etc.), tests de muestras de trabajo, referencias, etc. Que se utilicen unos u otros instrumentos depende fundamentalmente del enfoque o modelo de selección que se está usando en cada organización concreta y de la estrategia de negocio que se está utilizando: el modelo de selección tradicional (incluida la versión tradicional del modelo de competencias) y modelo de selección estratégica. Estos dos enfoques se relacionan directamente con las estrategias de negocio identificadas por Miles y Snow. Se puede fácilmente apreciar que el modelo tradicional está muy vinculado con las estrategias defensoras, mientras que el modelo de selección estratégica está más asociado con las estrategias de negocio prospectoras.



El modelo de selección tradicional se basa en una concepción del mercado económico y del mercado laboral caracterizado por una gran estabilidad productiva. Este modelo tradicional asume que un empleado hace y hará las mismas tareas un año y otro y así durante un número elevado de años. De este modo, si una empresa desea tener un empleado altamente productivo debe lograr que sus procesos de contratación consigan determinar que empleados poseen los conocimientos o características específicas que pueden poner en práctica inmediatamente. Con esta finalidad, las organizaciones que utilizan el modelo tradicional realizan la selección de personal con métodos más o menos adecuados para los entornos económicos en los que desarrollan su actividad. Así, por ejemplo, tres instrumentos de selección utilizados en la

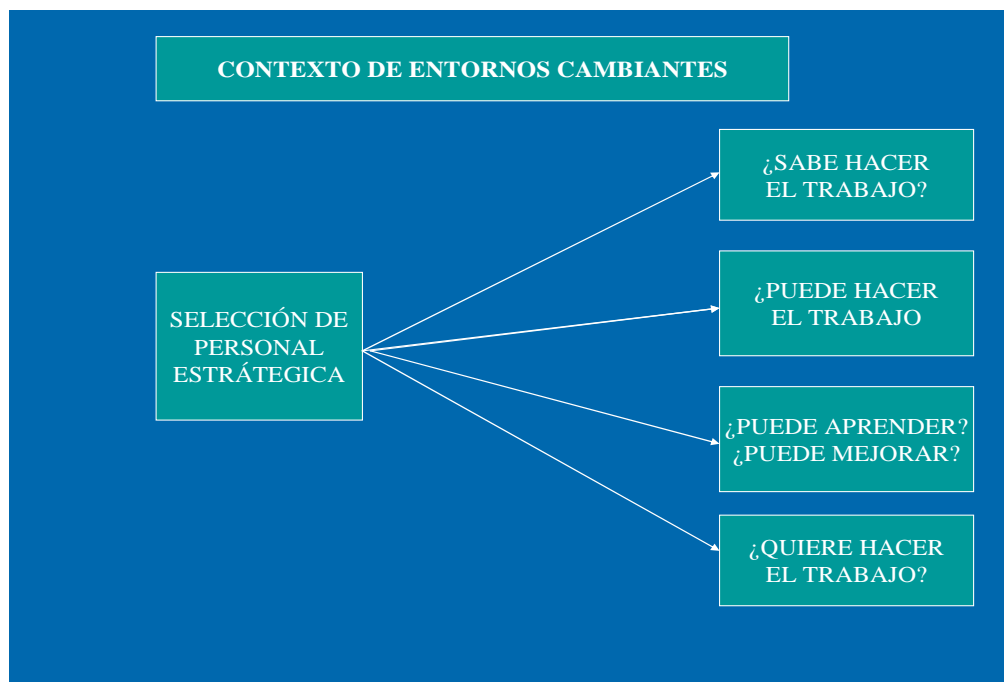
generalidad de los procesos de selección son el currículum vitae, la entrevista y las referencias, que analizaremos más adelante. Si reflexionamos un poco sobre el proceso de selección clásico, nos daremos cuenta que, independientemente de los instrumentos utilizados, la base de la toma de decisiones de contratación reside en que la persona a seleccionar posea buenos conocimientos y elevada experiencia en el puesto que va a desarrollar seguidamente. Si la persona posee experiencia y conocimientos existen muchas probabilidades de que pueda hacer con eficacia el trabajo que se le va a demandar.



El segundo modelo de selección de personal, el denominado **modelo de selección de personal estratégica (modelo de selección por competencias)**, se basa en una concepción diferente del mercado económico y laboral. Este modelo parte de la premisa de que la economía se mueve en un escenario caracterizado por su volatilidad, por desarrollarse en entornos económicos cambiantes y que en el futuro la volatilidad de los escenarios se acentuará. Además, cada vez más el mercado económico y el mercado laboral se caracterizan por su globalidad y por la reducción de las fronteras. Un ejemplo ilustrativo de esta volatilidad lo ofrece el ciclo de vida de muchos productos. Hace años era frecuente observar ciclos de vida de diez, quince o veinte años y más. Sin embargo, hoy en día el ciclo de vida de la mayoría de los productos es inferior a cinco años e incluso en algunos casos no llega al año (piénsese, por ejemplo, en la industria de los ordenadores). Una consecuencia de este escenario volátil son las nuevas demandas para los recursos humanos de las organizaciones. El cambio en los ciclos de vida de los productos y servicios hace que los empleos sean más demandantes en términos de procesamiento de información y de toma de decisiones, que se incremente la necesidad del trabajo en equipo y que se produzca una mayor interdependencia entre los empleados. También lleva incorporada una mayor atención a los elementos que repercuten en la productividad más allá del desempeño de tarea y una mayor preocupación por la seguridad y la salud física y mental de los empleados.

Desde la perspectiva de la selección estratégica se considera que, si de ahora en adelante la característica esencial de nuestros empleos será su volatilidad y continuo cambio, el hecho de que una persona sepa hacer muy bien un trabajo y tenga los conocimientos necesarios para desarrollarlo hoy, no nos proporciona ninguna garantía de que sea una persona eficaz y altamente productiva en el futuro. Y no porque el empleado no desee ser un elemento productivo de la

empresa, sino simplemente porque puede no reunir las características necesarias para realizar con éxito las nuevas demandas de su empleo. Este modelo de selección estratégica está caracterizado porque su funcionamiento y los elementos que lo componen se insertan en un sistema integrado de gestión de recursos humanos y porque se diseñan estratégicamente los procesos de selección de acuerdo con las necesidades de adaptación a un entorno y a un mercado global altamente competitivo. Por tanto, y de acuerdo al modelo de selección estratégica, las características más comunes que se demandarán a los empleados en el futuro serán la capacidad de aprendizaje, la innovación y la creatividad, la capacidad de trabajar en equipo, su capacidad de adaptación y flexibilidad, automotivación, orientación de su trabajo al servicio del cliente actual y potencial de la empresa, orientación hacia la calidad, destrezas para el trabajo en equipos virtuales, destrezas para el uso de tecnologías de la información y las comunicaciones, conciencia, estabilidad emocional, habilidades de comunicación e idiomas. Es común denominar **competencias** a las características acabadas de mencionar.



Todas las características acabadas de señalar, y otras no mencionadas, hacen que los instrumentos utilizados desde la concepción estratégica de la selección de personal sean diferentes y así se utilizarían: tests de habilidad mental general, inventarios de personalidad basados en los “Big Five”, pruebas de personalidad centradas en los criterios, entrevistas conductuales estructuradas, tests de juicio situacional, simulaciones, referencias estructuradas, y sistemas de evaluación vía Internet. Además, tales instrumentos se utilizan combinadamente elaborándose una ecuación predictiva específica para cada criterio que se pretenda estimar, por ejemplo, desempeño, formación, progreso de carrera, conductas contraproductivas, conductas de retirada y abandono o auto-evaluaciones.

Sin embargo, ya se utilice una concepción tradicional de la selección de personal o una concepción estratégica es preciso examinar las propiedades psicométricas fundamentales de todo instrumento que se vaya a usar para tomar una decisión de empleo, es decir conocer su fiabilidad (en diversas modalidades) y fundamentalmente su validez de criterio (predictiva y concurrente)¹. El

¹ En el ámbito de la selección de personal se suele considerar como escasamente válidos los coeficientes inferiores a .15, la validez comprendida entre .16 y .30 suele ser considerada pequeña, moderadamente

conocimiento, análisis e interpretación de los datos referentes a las propiedades psicométricas de los instrumentos es un requisito "sine qua non" para poder utilizarlos adecuadamente en los procesos de selección.

3- LA ELECCIÓN DE LOS INSTRUMENTOS DE SELECCIÓN Y LA GESTIÓN ESTRATÉGICA DE LOS RECURSOS HUMANOS

La elección de los instrumentos de selección y su combinación en sistemas integrados tiene que estar basada en la alineación con los objetivos estratégicos de la organización, además de estar basada en sus características psicométricas (pe. fiabilidad y validez) y en otras características no psicométricas relevantes, como por ejemplo, su apariencia (mayor o menor fidelidad a las tareas del puesto de trabajo), su formato (grupal o individual), el tiempo requerido para aplicarlas, o su coste de utilización. Siguiendo a Porter (1980), tradicionalmente se han venido considerando tres estrategias competitivas genéricas: (a) la estrategia de liderazgo de costes reducidos, (b) la estrategia de diferenciación, y (c) la estrategia focalizada o de alta segmentación. De acuerdo a la estrategia de costes reducidos, el objetivo básico es lograr el liderazgo total en costes y para alcanzar este liderazgo las compañías necesitan una elevada participación en el mercado y evitar todo tipo de factores o agentes que provoquen un incremento en los costes. Por lo que se refiere a la estrategia de diferenciación, se caracteriza porque la compañía ofrece un producto que es percibido por el mercado como algo único, de tal modo que los costes no son percibidos como un objetivo estratégico, aunque ello no quiere decir que la empresa los pueda ignorar. Para desarrollar una estrategia de diferenciación, las compañías deben hacer una alta inversión en productos y servicios únicos, tales como una alta orientación al servicio del cliente o una elevada innovación. La tercera estrategia, la focalizada o de alta segmentación, se caracteriza por centrarse en un grupo de clientes en particular, en segmento de la línea de producto o en un mercado geográfico particular. De acuerdo a Gomez-Mejía, Balkin y Cardy (2001), la estrategia focalizada sería una combinación de las dos anteriores, dirigida a un objetivo estratégico particular. Más recientemente, Dess y Miller (1993) han sugerido una cuarta estrategia, denominada de "respuesta rápida" y que consiste en actuar de un modo mucho más rápido que los competidores. Consiste en dar una respuesta rápida a los clientes mediante un nuevo producto, una mejora del producto o acelerar una decisión.

Estas cuatro estrategias de negocio están a su vez ligadas con los objetivos generales de la selección de personal. Entre los objetivos generales, los más comúnmente perseguidos son: (a) el desempeño de tarea, (b) el desempeño contextual, (c) el progreso de carreras (pe. promociones), (d) la evitación de conductas contraproductivas, (e) las conductas de retirada y abandono (absentismo y rotación), y (f) el aprovechamiento de la formación. Así, por ejemplo, la estrategia de liderazgo de costes reducidos tiene como objetivos fundamentales (1) la utilización de instrumentos que permitan predecir las conductas de retirada y abandono para tratar de reducir al máximo los costes de la rotación del personal, (2) mejorar la eficiencia y la efectividad a través de la mejora del desempeño de tarea y (3) evitación de conductas contraproductivas y (4) que los instrumentos sean económicos y produzcan una elevada utilidad económica. La estrategia de diferenciación requiere personal que (1) muestre un alto desempeño contextual (pe. servicio al cliente y compromiso con la organización), (2) elevada capacidad de aprendizaje e innovación, (3) aprovechamiento de la formación, (4) avances de carrera. A su vez, la estrategia focalizada utilizaría una combinación de los objetivos de las dos estrategias anteriores. Por último, la estrategia de respuesta rápida está asociada a (1) una reducción importante en el tiempo requerido para la toma de decisiones de selección y que la información se realice en "tiempo real", (2) que el personal muestre un alto desempeño contextual (pe. una elevada orientación al servicio del cliente), (3) que tenga potencial de promoción, y (4) elevado desempeño de tarea.

válidos los coeficientes comprendidos entre .31 y .40 y de apreciable validez los superiores a .40. No obstante, es preciso tener en cuenta también el tipo de criterio que se está prediciendo y que algunos instrumentos que muestran poca validez, aún así, pueden ser interesantes, puesto que dicha validez podría incrementarse a la lograda por otros.

A la vista de lo anterior cabe hacer se dos preguntas: ¿cuáles son los instrumentos de selección que presentan mejores coeficientes de fiabilidad y validez? y ¿cuál es la capacidad predictiva que se conseguiría con la combinación de los mejores instrumentos de selección?

Validez Predictiva (Bivariada) de los Métodos e Instrumentos de Selección Propuestos en el Informe de la Comisión.

Los índices que seguidamente se presentan son el resultado de la aplicación del meta-análisis psicométrico a decenas y centenas de estudios singulares realizados a lo largo de años y muestran el valor promedio de la validez de cada uno de dichos métodos e instrumentos, cuando se han eliminado las fuentes de error que podrían afectar al cálculo de los resultados (información más completa puede obtenerse en McDaniel, Schmidt y Hunter, 1988; Salgado, 1997, 1998, 1999, 2002, 2003; Salgado y Anderson, 2002, 2003; Salgado, Anderson, Moscoso y otros, 2003a, 2003b; Salgado y Moscoso, 1995, 2001, 2002; Salgado, Moscoso y Lado, 2001; Salgado, Viswesvaran y Ones, 2001; Schmidt y Hunter, 1998). Son una puesta al día de los resultados previos ya que se han calculado usando como constante la fiabilidad de la medida del desempeño ($r_{yy}=.52$) y aplicando los nuevos métodos de corrección de la restricción indirecta del rango de puntuaciones en el predictor. Ambas aplicaciones hacen que los datos incluidos en las tablas sean mucho más exactos que los datos calculados previamente.

Tabla 1. Fiabilidad y Validez de los Variables Individuales de Selección de Personal.

Método	Fiabilidad	Validez
		Operativa
Capacidad Cognitiva General	.83	.71
Razonamiento Matemático	.85	.52
Razonamiento Espacial-Mecánico	.77	.51
Razonamiento Verbal	.83	.35
Capacidad Perceptiva	.67	.52
Memoria	.77	.56
Personalidad – Conciencia	.80	.30
Experiencia	1.0	.25 ¹
Personalidad – Estabilidad Emocional	.85	.20
Personalidad – Amigabilidad	.79	.17

Nota. Validez operativa= validez observada corregida por fiabilidad del criterio y restricción indirecta en el predictor.

¹ = validez operativa para una experiencia entre 5 y 10 años en el puesto de trabajo.

Tabla 2. Fiabilidad y Validez de los Métodos de Selección de Personal.

Método	Fiabilidad	Validez
		Operativa
Entrevista Conductual Estructurada	.83	.63

Exámenes (Tests) de Conocimientos	.80	.45
Assessment Center - Simulaciones	.70	.37
Entrevistas Convencionales Estructuradas	.65	.33
Referencias Personales	.60	.26
Inteligencia Emocional	.70	.23
Entrevistas No Estructuradas	.50	.15
Valoración de Méritos y Formación	.80	.16

Nota. Validez operativa= validez observada corregida por fiabilidad del criterio y restricción indirecta en el predictor.

La diferencia entre una variable y un método reside en el hecho de las variables no están compuestas a su vez por otros elementos, mientras que los métodos consisten en agrupamientos de diversas variables, aunque no siempre estén identificadas formalmente. Por ejemplo, la Capacidad Cognitiva General no está formada por otras variables, mientras que las valoraciones de una entrevista están compuestas de los efectos en diversos grados de la Capacidad Cognitiva General, diversas características de personalidad, conocimientos del puesto, experiencia y habilidades sociales, entre otras variables. Lo dicho para la entrevista podría decirse para las simulaciones, tales como el assessment center, o las valoraciones de méritos y formación o los exámenes de conocimientos, aunque las variables implicadas y su grado de implicación variarían.

Como puede apreciarse en la Tabla 1, el mejor predictor singular (usado en solitario) que existe del desempeño en el puesto de trabajo es la capacidad cognitiva general, seguida de las restantes capacidades cognitivas. El factor de personalidad “conciencia” también ofrece una buena validez y en un nivel más reducido se encuentran los factores de estabilidad emocional y amigabilidad y la experiencia en el puesto de trabajo. En relación con esta última variable es preciso tener en cuenta que tiene una diferencia importante con respecto a todas las restantes y es que su validez predictiva decrece a medida que aumenta la duración de la experiencia. Esta forma de relación es exactamente la opuesta de las restantes variables y se produce independientemente de la complejidad cognitiva del puesto de trabajo.

En relación a los métodos de selección (ver Tabla 2), es decir, los instrumentos que a su vez están compuestos de otras variables, la entrevista convencional estructurada es el mejor predictor singular seguido por los exámenes (tests) de conocimientos, las simulaciones y las entrevistas convencionales estructuradas. Salvo en el caso de la entrevista conductual estructurada, la validez de los restantes métodos es inferior al de cualquier medida de capacidades cognitivas. Las entrevistas convencionales no estructuradas tienen una validez predictiva muy reducida y la valoración de los méritos, uno de los instrumentos por excelencia utilizados en la Administración Pública (especialmente en los concursos), más baja aún.

Predicción Múltiple de Desempeño Ocupacional a Partir de los Mejores Instrumentos y Variables.

Una vez conocida la validez de los distintos instrumentos (variables) y métodos de selección de personal, estamos en condiciones de establecer cuál será el grado máximo de predicción que se podrá lograr mediante la aplicación de dichos procedimientos selectivos. La combinación óptima de los procedimientos de selección que garantiza la mejor predicción del desempeño ocupacional se obtiene a partir de una ecuación de predicción desarrollada después de un análisis de regresión múltiple. Mediante la regresión múltiple estamos en condiciones de establecer dos aspectos diferentes: (a) cuánta varianza de desempeño ocupacional explicamos a través de los instrumentos selectivos, es decir, cuánto somos capaces de predecir y (b) cuál es el peso diferencial de cada uno de los instrumentos en la calificación final de cada aspirante. Estos dos aspectos se obtienen a través del conocimiento de la validez predictiva de cada una de las

variables y del grado en que están correlacionadas entre sí. Es fácilmente comprensible que si dos variables, dos instrumentos o dos métodos están altamente relacionados, el resultado final será muy semejante si se utiliza uno sólo de ellos o los dos conjuntamente, por lo cual, la utilización del segundo no contribuye en nada al proceso selectivo.

Hay diversas posibilidades combinatorias y nosotros vamos a examinar las más sencillas en términos del número de instrumentos a utilizar. Vamos a establecer procesos selectivos consistentes en la aplicación de dos y tres instrumentos y determinar el grado máximo de predicción que lograríamos. Como variable inicial utilizaremos la capacidad cognitiva general por la razón de que es la que muestra el coeficiente de validez más elevado de todas las variables (es el mejor predictor singular del desempeño). A partir de ahí haremos combinaciones con las restantes variables más importantes para obtener el grado máximo de validez. Los resultados de la predicción del desempeño usando dos variables aparecen en la Tabla 3 y los resultados de la predicción utilizando grupos de tres variables aparecen en la Tabla 4.

Como puede apreciarse en la Tabla 3, la mejor combinación de dos predictores del desempeño se logra utilizando una medida de capacidad cognitiva general suplementada con una entrevista conductual estructurada ($R=.84$). La segunda mejor opción es combinar la medida de capacidad cognitiva general y con el factor de personalidad denominado "conciencia" ($R=.77$) y la tercera mejor combinación se logra con una medida de experiencia laboral ($R=.75$). A partir de aquí, la contribución de un segundo predictor es relativamente escasa o nula. Por ejemplo, una medida de razonamiento matemático, de amigabilidad, o de valoración de méritos produce un incremento de .02 en la predicción total. Suplementar la capacidad cognitiva general con una medida de estabilidad emocional, o de conocimientos, o un assessment center o una medida de capacidad perceptiva o espacial-mecánica o una de memoria incrementa la capacidad perceptiva en .01. Suplementar la capacidad cognitiva general con una medida de razonamiento verbal o una entrevista convencional estructurada no aporta nada a la predicción realizada por la capacidad cognitiva general.

Tabla 3. Predicción Múltiple del Desempeño con Dos Predictores.

Combinación de Predictores	Validez Operativa		
	Múltiple	R ²	% Pérdida
CCG + ECE	.84	.71	00
CCG + CO	.77	.59	17
CCG + EXP	.75	.56	21
CCG + RM	.73	.53	25
CCG + AM	.73	.53	25
CCG + VME	.73	.53	25
CCG + ES	.72	.52	25
CCG + CPT	.72	.52	25
CCG + ASC	.72	.52	25
CCG + CP	.72	.52	25
CCG + CEM	.72	.52	25
CCG + MEM	.72	.52	25
CCG + RV	.71	.50	30
CCG + ECO	.71	.50	30

Nota. CCG= Capacidad Cognitiva General; ECE= Entrevista Conductual Estructurada; CO= Conciencia; RM= Razonamiento Matemático; ES= Estabilidad Emocional; CP= Capacidad Perceptiva; CEM= Capacidad Espacial-Mecánica; MEM= Memoria; RV= Razonamiento Verbal; ECO= Entrevista Convencional Estructurada; EXP=

Experiencia; AM= Amigabilidad; VME= Valoración de Méritos del Empleado; CPT= Conocimientos del Puesto de Trabajo; ASC= Assessment Center; Pérdida= Porcentaje de pérdida de la capacidad predictiva con respecto a la combinación óptima $(R_i^2 - R_o^2)/R_o^2$.

Cuando la predicción de desempeño se hace mediante tres variables predictoras hay un grupo de tres posibilidades que ofrece una combinación óptima con resultados muy parecidos. La mejor combinación y, en consecuencia, el mejor sistema de selección sería aquel que incluyese una medida de capacidad cognitiva general junto con una entrevista conductual estructurada y una medida del factor de personalidad "conciencia". Una segunda alternativa que produciría también excelentes resultados sería sustituir la medida de "conciencia" por una valoración de méritos y una tercera sería la sustitución de la medida de "conciencia" o la valoración de méritos por un examen (test) de conocimientos. Cualquiera de estas tres alternativas produciría efectos esencialmente semejantes y la decisión sobre si utilizar una u otra tendría que basarse en criterios de carácter no psicométricos, tales como el número de aspirantes, el tiempo disponible, la existencia o no de medidas de "conciencia" o el examen de conocimientos o acuerdos con los representantes sindicales para tener en cuenta la valoración de méritos.

Un segundo grupo de alternativas que también produciría excelentes resultados estaría compuesto por una combinación de una medida de capacidad cognitiva general, suplementada por una medida de experiencia y una medida de "conciencia". Alternativamente, se podría sustituir la medida de "conciencia" por una entrevista conductual estructurada. Un tercer grupo de combinaciones de tres predictores que produciría buenos resultados sería la combinación de una medida de capacidad cognitiva general, suplementada con un examen de conocimientos y una medida de la experiencia en el puesto o una valoración de méritos.

Tabla 4. Predicción Múltiple del Desempeño con Tres Predictores.

Combinación de Predictores	Validez Operativa		
	Múltiple	R ²	% Pérdida
CCG + ECE + CO	.86	.75	0
CCG + ECE + VME	.85	.73	3
CCG + ECE + CPT	.84	.71	5
CCG + EXP + CO	.81	.66	12
CCG + EXP + ECE	.79	.62	17
CCG + EXP + CPT	.76	.58	23
CCG + CPT + VME	.73	.54	28
ECE + CPT + VME	.66	.43	43
ECE + CPT + EXP	.60	.36	52

Nota. CCG= Capacidad Cognitiva General; ECE= Entrevista Conductual Estructurada; Co= Conciencia; VME= Valoración de Méritos en el Puesto; CPT= Conocimientos del Puesto de Trabajo; EXP= Experiencia; Pérdida= Porcentaje de pérdida de la capacidad predictiva con respecto a la combinación óptima $(R_i^2 - R_o^2)/R_o^2$.

Las últimas combinaciones que producirían buenos resultados, aunque notablemente inferiores a los resultados óptimos, consistirían en una combinación de una entrevista conductual estructurada suplementada por un examen de conocimientos y una valoración de méritos o una valoración de la experiencia en el puesto de trabajo.

Una vez conocida la capacidad predictiva de los instrumentos de selección (considerados en solitario o en combinación con otros) estamos en condiciones de responder a la pregunta de ¿cuáles serían los más aconsejables para cada una de las estrategias de negocio descritas previamente? Los propios objetivos de cada una de las estrategias y los criterios laborales que se pretenden optimizar, junto con el grado de validez y fiabilidad de los distintos instrumentos y otros

criterios de carácter no psicométrico, determinan la respuesta a dicha pregunta. En la tabla 1 figuran las respuestas tentativas para la estrategia de liderazgo de costes reducidos, la estrategia de diferenciación y la estrategia de reducción de tiempo (obviamos las respuestas para la estrategia focalizada por ser una combinación de las dos primeras):

Tabla 1. Tipos de estrategias de negocio e instrumentos de reclutamiento y selección asociados a cada una.

ESTRATEGIA	OBJETIVOS	RECLUTAMIENTO	INTRUMENTOS DE SELECCIÓN
Liderazgo de costes reducidos	<ul style="list-style-type: none"> . Predicción de rotación . Predicción del desempeño de tarea . Evitación de conductas contra-productivas . Instrumentos de bajo coste y alta utilidad . Referencias personales 	<ul style="list-style-type: none"> . Referencias de empleados . Vía Internet . Web propia . Agencias de empleo económica. . Asociados de negocios 	<ul style="list-style-type: none"> . Tests de Habilidad Mental . Inventarios de personalidad basados en “Big Five”. . Escalas de Integridad . Organizaciones profesionales . Entrevista convencional
Diferenciación	<ul style="list-style-type: none"> . Predicción del desempeño contextual . Predicción de la capacidad de aprendizaje . Predicción del aprovechamiento de la formación . Predicción de avances de carrera 	<ul style="list-style-type: none"> . Anuncios en prensa . Vía Internet . Web propia . Consultores externos . Convenciones de carrera 	<ul style="list-style-type: none"> . Tests de Habilidad Mental . T.Orientación de servicio . T. orientación a la calidad . Assessment center . Tests de conocimientos . Inventarios de personalidad basados en los “Big Five” . Entrevista conductual . Referencias personales
Respuesta rápida	<ul style="list-style-type: none"> . Reducción del tiempo de toma de decisiones de selección . Predicción de desempeño contextual . Predicción del potencial de promoción . Predicción del desempeño de tarea 	<ul style="list-style-type: none"> . Vía Internet . Anuncios en prensa . Web propia . Consultores externos 	<ul style="list-style-type: none"> . Sistemas en Internet . Tests de Habilidad Mental . T. Orientación al Servicio . Inventarios de Personalidad basados en Big Five . Entrevista conductual

4.- VENTAJAS Y LIMITACIONES DE LA SELECCIÓN DE PERSONAL ESTRATÉGICA.

La comparación del modelo tradicional de selección de personal con el modelo de selección estratégica indica que este último es muy superior desde distintos puntos de vista. Sin embargo, un examen crítico del modelo debería mostrar también cuales son sus potenciales desventajas o limitaciones frente al modelo tradicional. De este modo, quienes tengan que tomar decisiones podrán sopesar en su caso concreto tanto las ventajas como las limitaciones que les ofrece la selección estratégica y, finalmente, optar por un modelo u otro. Seguidamente, y para finalizar esta ponencia, planteo cuales son, desde mi punto de vista, las ventajas y limitaciones del modelo de selección estratégica:

Ventajas del Modelo de Selección Estratégica:

- Para la Organización:
 - Mayor ajuste persona-puesto.
 - Mayor ajuste persona-organización.
 - Mayor respaldo legal.
 - Integración con otros procesos de la función de recursos humanos.
- Para el candidato:
 - Mayor justicia e imparcialidad en el proceso de toma de decisiones.
 - Mayor percepción de relación entre el proceso de selección y el posterior desempeño en el puesto de trabajo.

Limitaciones del Modelo de Selección Estratégica:

- Mayor exigencia y rigor metodológico.
- Requiere profesionales competentemente formados.
- Reduce la "latitud" (libertad) de la dirección en la toma de decisiones.
- Requiere la integración con otros procesos de la función de recursos humanos, tales como la formación, la planificación de plantillas, la promoción y el desarrollo de personal, y la evaluación del desempeño.
- Requiere una mayor variedad de instrumentos de selección.

5. CONCLUSIONES

La gestión de los recursos humanos en las organizaciones se enfrenta a un reto apasionante en relación con la selección de su personal si los resultados recientes de la investigación científica son puestos aplicados y se generalizan en la práctica profesional. La introducción de los nuevos conocimientos modificará sustancialmente los procedimientos que se han venido utilizando hasta el presente y harán que los resultados finales (productividad) sean mucho más efectivos al ligar los procesos de selección con el desempeño en el puesto de trabajo y con las competencias necesarias para desempeñarlo eficazmente.

Las propuestas que se ha hecho en esta ponencia están amparadas por la investigación reciente en el ámbito de la selección de personal, por lo cual no existe motivo para demorar su aplicación inmediata. En cierta medida este amparo científico hace que no sea imprescindible, al menos en los primeros momentos, el desarrollo de nuevos estudios de validez predictiva de los instrumentos de selección. Sin embargo, si sería necesario que los instrumentos utilizados mostrasen dos evidencias importantes: (a) su fiabilidad, en términos del coeficiente más apropiado para cada caso y (b) su validez de constructo o de contenido, o lo que es lo mismo que se aporte evidencia de que el instrumento mencionado es una buena medida de la variable que se pretende medir. En

otras palabras, a partir de la investigación mencionada y establecida en las tablas de resultados precedentes, estamos en condiciones de demostrar que los instrumentos de una determinada categoría (p.e. medidas de capacidad cognitiva general o exámenes de conocimiento) son capaces de predecir el desempeño en el trabajo en un determinado grado (su validez predictiva), pero lo que no sabemos a priori es si la medida concreta de capacidad cognitiva general o el test de conocimiento utilizada en un determinado proceso de selección son buenas medidas de dicha capacidad cognitiva y de tales conocimientos y desconocemos a priori su fiabilidad y esto es lo que habría que demostrar.

De llevarse a efecto, la aplicación de los nuevos conocimientos y modelos de selección va a tener importantes consecuencias para las organizaciones, para los empleados y para los sindicatos. Para las organizaciones, un primer cambio es el paso de una concepción administrativista de los procesos de personal a una concepción de gestión de los recursos humanos, donde sin que decaiga la importancia de los procesos administrativos como garantes de la legalidad vigente, cobran más importancia de la que tenían hasta ahora los procesos de gestión del personal que quedan incorporados en aspectos tales como (a) la identificación de las competencias, capacidades, conocimientos, características personales y otras variables que se demandan para una realización efectiva del trabajo, (b) la necesidad de garantizar la adecuación de la persona al puesto de trabajo mediante métodos y procedimientos que han demostrado su fiabilidad, validez y ausencia de impacto adverso; (c) la obligación de demostrar los niveles de desempeño laboral individual y colectivo y cómo dichos niveles mejoran con la aplicación de los métodos y procedimientos selectivos utilizados; (d) la facilitación del aprovechamiento de la formación, la cuantificación de dicho aprovechamiento, la puesta en práctica del mismo y su relación con las evaluaciones anteriores de competencias y desempeño; (e) el servir para evaluar la utilidad económica de las distintas intervenciones organizacionales en materias de personal y comprobar si los métodos e instrumentos de selección utilizados producen mejoras en la utilidad económica.

Desde la perspectiva de los empleados, se plantean sistemas que tienen que demostrar objetivamente su bondad para ser aplicados en el proceso y dicha bondad ha de establecerse en términos de la fiabilidad y la validez de las pruebas así como de su imparcialidad, es decir se habrá de demostrar la relación entre las puntuaciones de los métodos y técnicas evaluativos y las funciones y tareas del puesto de trabajo. Este punto es especialmente importante a tenor de dos leyes: El Estatuto Básico del Empleado Público y la Ley de Igualdad. Por otra parte, la aplicación de las normas derivadas de estas leyes requerirá la presencia de personal técnicamente cualificado para la aplicación de dichos métodos y técnicas, lo que garantiza una mejor aplicación de los contenidos del proceso de selección.

Por último desde el punto de vista de la actuación sindical como garante de la defensa de lo empleados, el cambio propuesto también tiene repercusiones decisivas. En primer lugar, la aplicación de los nuevos modelos e instrumentos contribuye a garantizar la igualdad de oportunidades en el empleo y a objetivar dichas garantías mediante índices específicos, lo que conducirá a facilitar la labor de control de los sindicatos sin requerir la presencia de los mismos en todos los procesos selectivos. Al mismo tiempo, la existencia de tales índices favorecerá y clarificará su actuación ante los tribunales. En segundo lugar, la identificación de los criterios para establecer la bondad de los aspirantes se hace objetiva en términos de puntuaciones, fiabilidad y validez, por lo cual los sindicatos podrán reclamar a las organizaciones (pe. empresas, Administraciones Públicas) la utilización de métodos y sistemas que hayan demostrado dichas propiedades de acuerdo a las convenciones científicas internacionales. Finalmente, la utilización de instrumentos fiables y válidos impide o reduce grandemente que las decisiones de selección se guíen por formulismos tales como “el juicio del seleccionador” o “a juicio del tribunal”. También los seleccionadores o tribunales en su caso deberán mostrar su fiabilidad y validez si se utiliza su juicio para tomar decisiones de selección y, en consecuencia, dichas decisiones serán recurribles ante los tribunales de justicia si no se aportan los correspondientes valores de fiabilidad y validez.

Referencias

- McDaniel, M., Schmidt, F.L. y Hunter, J.E. (1988). Job experience correlates of job performance. *Journal of Applied Psychology*, 71, 327-330.
- Salgado, J.F. (1997). The Five Factor Model of personality and job performance in the European Community. *Journal of Applied Psychology*, 82, 30-43.
- Salgado, J.F. (1998). The Big Five personality dimensions and job performance in army and civil occupations: A European perspective. *Human Performance*, 11, 271-288.
- Salgado, J.F. (1999). Personnel selection methods. In C.L. Cooper y I.T. Robertson (Eds). *International Review of Industrial and Organizational Psychology*. Vol. 14 (pp 1-53). Chichester, Uk: Wiley.
- Salgado, J.F. (2002). The Big Five personality dimensions and counterproductive behaviors. *International Journal of Selection and Assessment*, 10, 117-125.
- Salgado, J.F. (2003). Predicting job performance using FFM and non-FFM personality measures. *Journal of Occupational and Organizational Psychology*, 76, 323-346.
- Salgado, J.F. y Anderson, N. (2002). Cognitive and GMA testing in the European Community: Issues and Evidence. *Human Performance*, 15, 75-96.
- Salgado, J.F. y Anderson, N. (2003). Validity generalization of GMA tests across the European Community Countries. *European Journal of Work and Organizational Psychology*, 12, 1-17
- Salgado, J.F., Anderson, N., Moscoso, S., Bertua, C., De Fruyt, F. y Rolland, J.P. (2003b). A meta-analytic study of GMA validity for different occupations in the European Community. *Journal of Applied Psychology*, 88, 1068-1081.
- Salgado, J.F., Moscoso, S. y Gorriti, M. (2004). Investigaciones sobre la entrevista conductual estructurada (ECE) en la selección de personal en la Administración General del País Vasco: Meta-análisis de la Fiabilidad. *Revista de Psicología del Trabajo y las Organizaciones*.
- Salgado, J.F. y Moscoso, S. (1995). Validez de las entrevistas conductuales estructuradas. *Revista de Psicología del Trabajo y las Organizaciones*, 11, 9-24.
- Salgado, J.F. y Moscoso, S. (2002). Comprehensive meta-analysis of the construct validity of the employment interview. *European Journal of Work and Organizational Psychology*, 11, 299-324.
- Salgado, J.F. y Moscoso, S. (2006). *La entrevista conductual estructurada de selección de personal*. 2a edición. Madrid. Pirámide.
- Salgado, J.F., Moscoso, S. y Lado, M. (2005). Reclutamiento y Selección de Personal. En J. Bonache y A. Cabrera (Dir). *Dirección estratégica de personas*. Madrid: Prentice-Hall.
- Salgado, J.F., Viswesvaran, C., y Ones, D.S. (2001). Predictors used for personnel selection. In N.Anderson, D.S. Ones, H.K. Sinangil, & C. Viswesvaran (Eds). *Handbook of Industrial, Work, & Organizational Psychology*. Vol 1. (pp. 165-199). London, UK: Sage.
- Schmidt, F.L. y Hunter, J.E. (1998). The validity and utility of selection methods in personnel psychology: Practical and theoretical implications of 85 years of research findings. *Psychological Bulletin*, 124, 262-2.



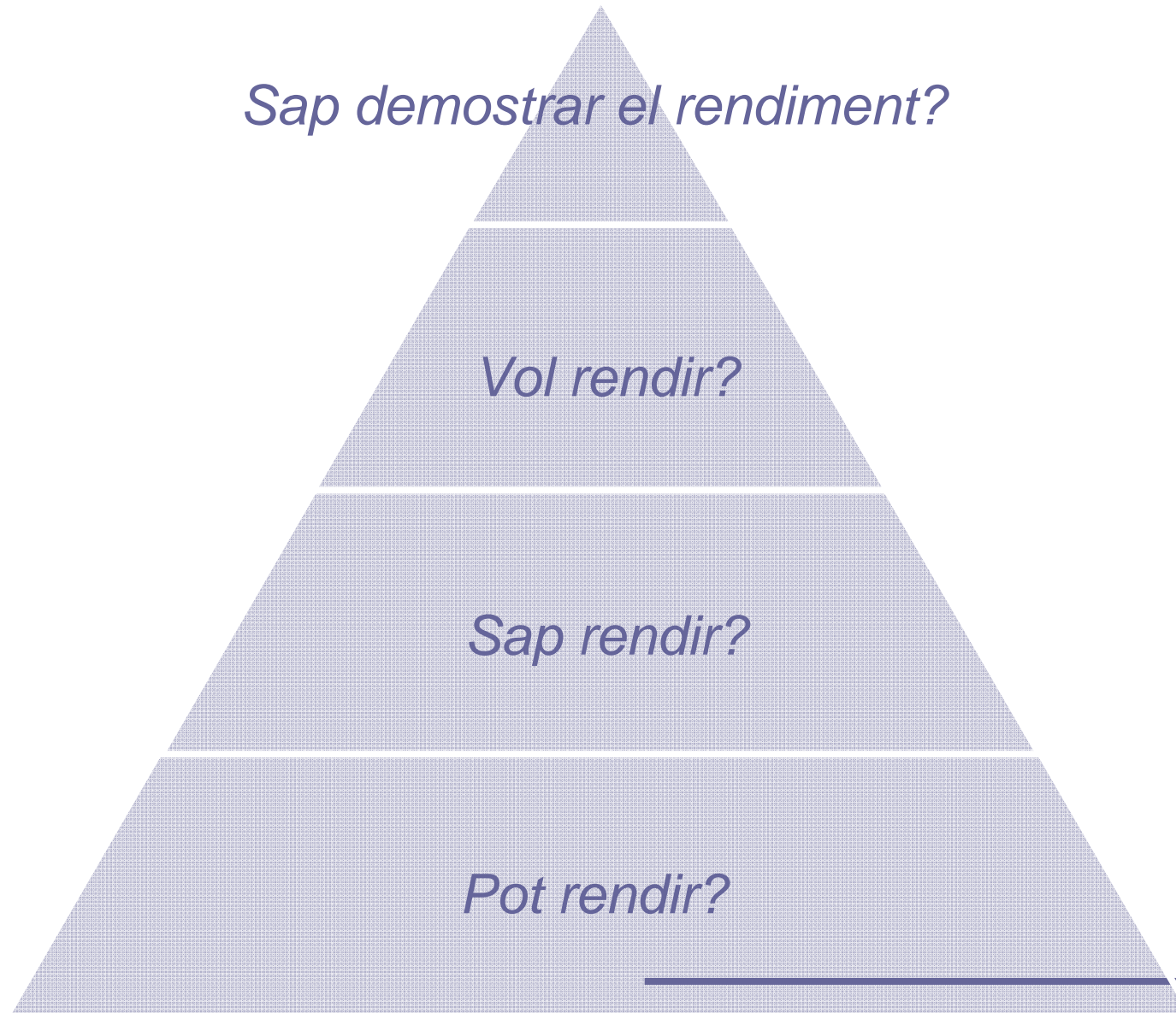
EI PROCÉS DE SELECCIÓ DE PERSONAL, UNA ACTIVITAT PROFESSIONAL

Juliana Vilert Barnet
Subdirectora General de Gestió de Recursos Humans
Direcció general de Funció Pública

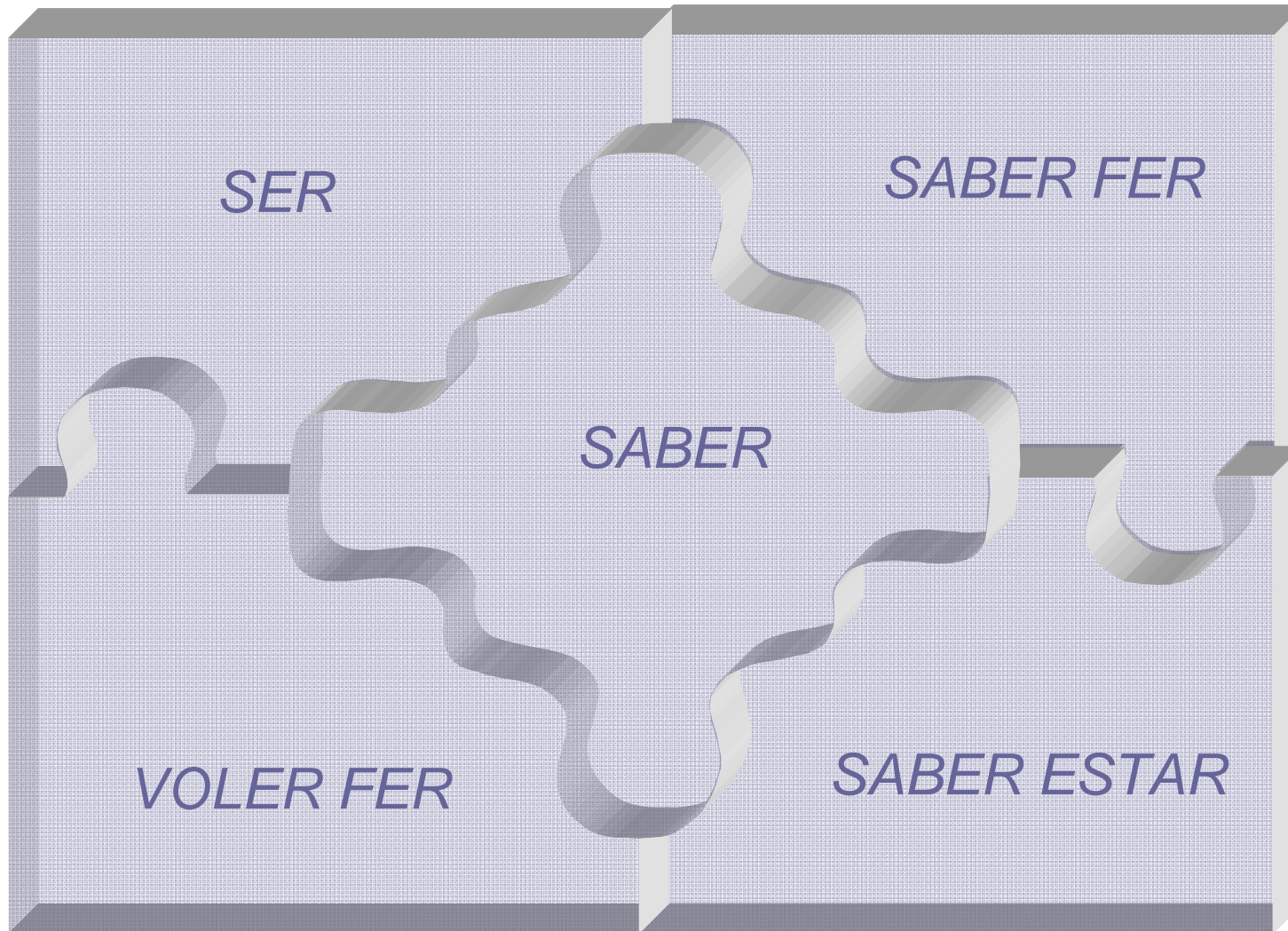
Objectius del procés: plantejaments previs

- *Qui és l'objectiu del procés de selecció?*
 - Pronòstic
 - Pronòstic de comportament humà
 - Pronòstic de comportament laboral

Psicologia del rendiment



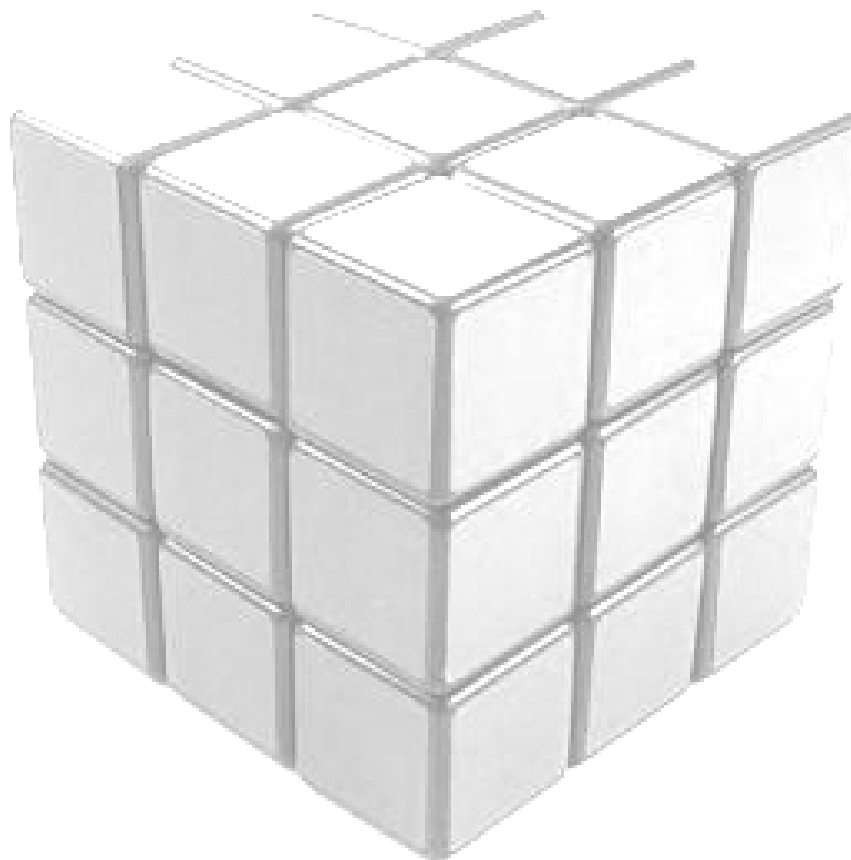
Concepte de competència



Concepte de competència



“El tot és més que la suma de les parts”



Resumint:

- Estem davant d'un procés de predicció
- D'un procés de predicció de conducta humana
- La conducta humana és reflex d'un sistema complex, de comportament no lineal
- La conducta humana en l'àmbit laboral està mediatitzada per multiplicitat de variables complexes (moltes d'elles de caràcter dinàmic) que actuen en interacció
- Moltes d'aquestes variables són extrínseques al subjecte (objecte) de la predicció
- Ens movem amb importants graus d'incertesa i amb horitzons limitats de predicció que, controlats, hem d'assumir
- El concepte de competència professional, que es mesura a partir de comportaments observables i per tant redueix el límits de la inferència, ha aportat seguretat en aquesta qüestió.

La selecció de personal en l'administració pública

- IGUALTAT
- Principi de mèrit
- Principi de capacitat
- *Principi d'idoneïtat*
- **Objectivitat, fiabilitat i validesa**

El procés de selecció. Un procés de presa de decisions

- Model intuïtiu
- Model psicotècnic
- Model clínic
- Model actuarial

Professionalització dels tribunals de selecció

Limitacions deontològiques

- Competència
- Responsabilitat

Com podem avaluar per competències?

- Identificació de competències clau en l'organització
- Definició i descripció de comportaments associats
- Anàlisi dels llocs de treball per competències
- Un exemple: [Diccionari de competències dels càrrecs de comandament de la Generalitat de Catalunya](#)

Diccionari de competències pel comandament

DIRECCIÓ I DESENVOLUPAMENT DE LES PERSONES

Capacitat per dirigir equips i aconseguir que les aportacions d'aquests contribueixin a la consecució de resultats per part de l'organització

DEFINICIÓ GENÈRICA DE LA COMPETÈNCIA

NIVELL DE DOMINI

NOM

Nivell 3/Normal

Organitza les tasques i càrregues de feina de l'equip, tot establint els procediments

DEFINICIÓ DE LA COMPETÈNCIA PER NIVELL

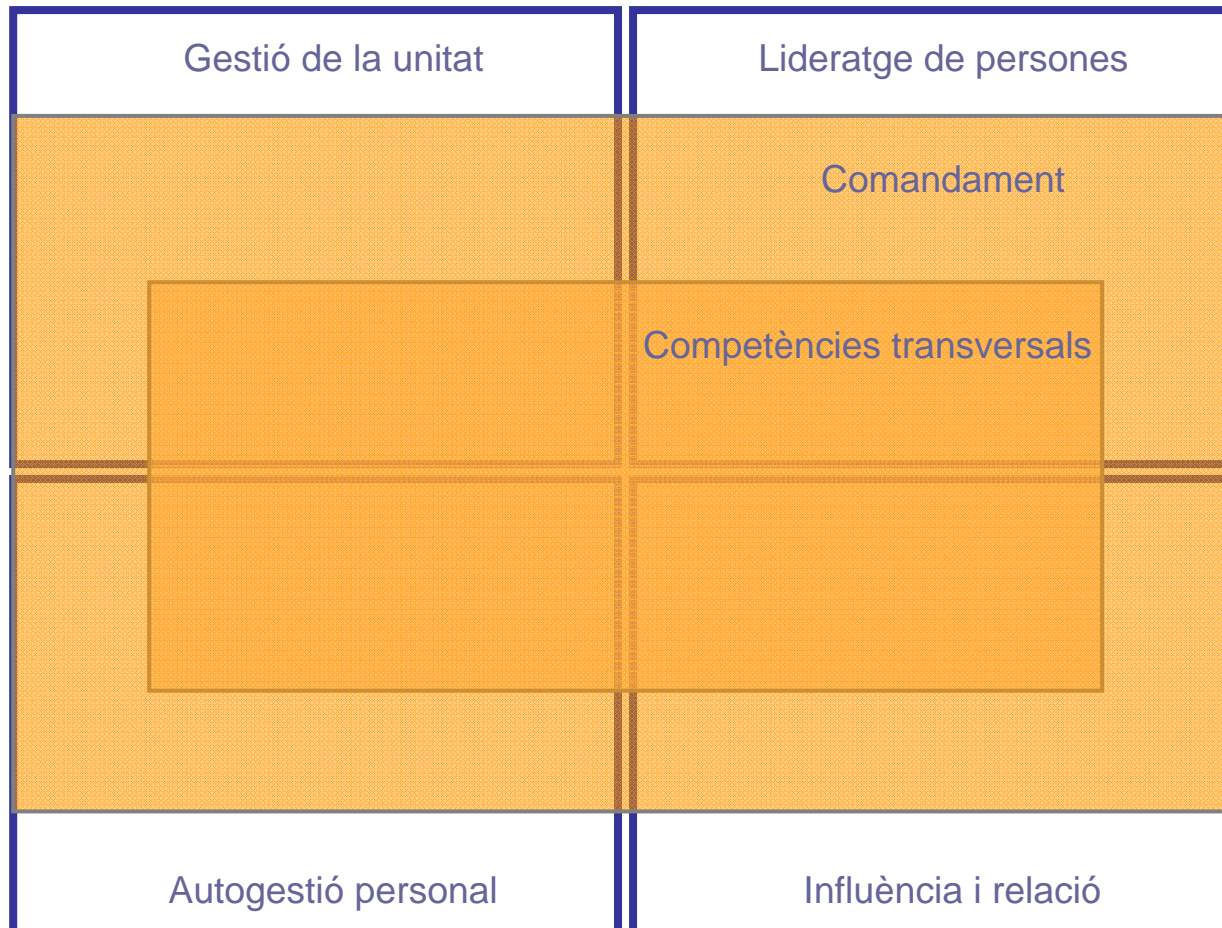
DIRECCIÓ DE PERSONES

- Estableix i/o comunica els criteris de treball a seguir per l'equip. Unifica els procediments i maneres de treballar en l'equip
- Condueix reunions internes en les quals fonamenta la comunicació i la participació
- En situacions de crisi actua amb directrius clares i inequívokes

SUBCOMPETÈNCIA

COMPORTAMENTS
ASSOCIATS

Un nou model de comandament



Un nou model de comandament

Gestió de la unitat	Lideratge de persones
<p>Visió estratègica</p> <ul style="list-style-type: none">Planificació i organitzacióOrientació a resultats i orientació a la qualitatAnàlisi de problemes i presa de decisions	<p>Direcció i desenvolupament de les persones</p> <ul style="list-style-type: none">Treball en equip i treball en xarxa
<ul style="list-style-type: none">Compromís amb el servei públic i l'organitzacióActualització professional i millora contínuaCompetència tècnica <p>Flexibilitat i gestió del canvi</p>	<ul style="list-style-type: none">Orientació a la ciutadania <p>Comunicació, persuasió i influència</p>
Autogestió personal	Influència i relació

Un nou model de comandament

	Nivell d'accés A-B	Nivell de consolidació A-B	Cap de Secció	Cap de Servei	Subdirecció
	N5	N4	N3	N2	N1
Organització i planificació	Determina els objectius, fases i prioritats per a la consecució dels objectius propis del lloc	Determina els objectius, fases i prioritats per a la consecució dels objectius propis del lloc	Planifica les tasques concretes que han de desenvolupar les persones de l'equip	Planifica els projectes que es desenvolupen en el Servei	Planifica les línees de treball de la Subdirecció i coordina els projectes per tal d'acomplir-les
Treball en equip	Col·labora i es coordina dins d'un grup de treball amb objectius comuns	Col·labora i es coordina dins d'un grup de treball amb objectius comuns afavorint la integració dels diferents membres	Col·labora amb les persones de l'equip per donar-los recolzament i actuar de manera resolutiva facilitant la feina dels demés	Participa i s'involucra en projectes que abasten diversos serveis o departaments actuant en base a l'objectiu comú	Fomenta el treball amb d'altres departaments i la participació en projectes multidisciplinaris que requereixen organitzar xarxes matricials per assolir resultats

Un nou model de comandament

	Nivell d'accés A-B	Nivell de consolidació A-B	Cap de Secció	Cap de Servei	Subdirecció
	N5	N4	N3	N2	N1
Direcció i desenvolupament de persones			Organitza les tasques i càrregues de feina de l'equip, tot establint els procediments de treball	Coordina els equips de treball que duen a terme projectes sobre els que tenen gran autonomia	Dirigeix equips per tal que duguin a terme les directrius polítiques establertes pel departament a nivell operatiu amb la consecució dels resultats necessaris predefinitos
Comunicació, persuasió i influència			Capta i transmet informació i s'assigura que el missatge rebut és el mateix que l'emès. Comunica la informació rellevant al seu equip i als seus companys	Utilitza la comunicació per liderar l'equip, tant si és el propi com si ha estat format per responsde a una necessitat puntual i s'assigura que tothom s'orienta als mateixos objectius.	Genera impacte quan comunica, perquè domina diferents registres del llenguatge i emprà el més adequat a la situació i a l'interlocutor.

Un nou model de comandament

	NIVELL 3 NORMAL	NIVELL 2 ALT	NIVELL 1 MOLT ALT
CAP DE NEGOCIAT		No aplicable	No aplicable
CAP DE SECCIÓ			No aplicable
CAP DE SERVEI			
SUBDIRECCIÓ	No aplicable		

Avaluació de competències

- Els tests
- Les referències.
- L'entrevista per competències
- Avaluació 360⁰
- Proves situacionals
- *L'Assessment Center*

Avaluació de competències

Proves situacionals

- Exercicis de grup
 - Dinàmica de grup amb rol assignat
 - Dinàmica de grup sense rol assignat
- Exercicis d'interacció d'un a un
 - Rolplaying*
 - Entrevista situacional (interna o externa)
- Exercicis individuals
 - In Tray*
 - Presentació oral
 - Presentació escrita
 - Anàlisi de casos

Avaluació de competències

- L'entrevista de selecció per competències

“El millor predictor de la conducta futura és la conducta passada”

- Alt grau d'estructura i desenvolupada arrel del perfil de competències del lloc de treball concret
- El perfil inclou les definicions operatives de les competències i llistat de conductes associades
- Focalitzada en l'obtenció d'exemples de comportament:
 - Laboral
 - Personal
 - Hipotètic

Eines per a l'avaluació de les competències dels càrrecs de comandament de la Generalitat de Catalunya

	NIVELL 3 NORMAL <i>(Cap de Secció)</i>	NIVELL 2 ALT <i>(Cap de Servei)</i>	NIVELL 1 MOLT ALT <i>(Subdirector/a general)</i>
Competències	<ul style="list-style-type: none"> ▫ Comunicació, persuasió i influència ▫ Direcció i desenvolupament de persones ▫ Anàlisi de problemes i presa de decisions 	<ul style="list-style-type: none"> ▫ Direcció i desenvolupament de persones ▫ Comunicació, persuasió i influència ▫ Treball en equip i treball en xarxa ▫ Orientació als resultats i a la qualitat 	<ul style="list-style-type: none"> ▫ Direcció i desenvolupament de persones ▫ Comunicació, persuasió i influència ▫ Visió estratègica
Instruments	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Memòria ▪ Exercici en safata ▪ Entrevista per competències 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Memòria ▪ Exercici en safata ▪ Entrevista per competències 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Presentació oral ▪ Exercici d'anàlisi amb indicadors claus de procés ▪ Entrevista per competències
Eines	<ul style="list-style-type: none"> ▣ Metodologia ▣ Guió estructurat d'entrevista ▣ Manual de l'avaluador ▣ Graella d'evidències comportamentals 	<ul style="list-style-type: none"> ▣ Metodologia ▣ Guió estructurat d'entrevista ▣ Manual de l'avaluador ▣ Graella d'evidències comportamentals 	<ul style="list-style-type: none"> ▣ Metodologia ▣ Guió estructurat d'entrevista ▣ Manual de l'avaluador ▣ Graella d'evidències comportamentals
Exercicis proposats	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Exercici en safata <ul style="list-style-type: none"> ▾ Exemple 1 ▾ Exemple 2 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Exercici en safata <ul style="list-style-type: none"> ▾ Exemple 1 ▾ Exemple 2 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Exercici d'anàlisi

3^a

sessió

07/07/10

Reflexions i interrogants sobre l'aplicació de les reduccions retributives fixades en el Reial decret llei 8/2010, i sobre la recent reforma laboral

L'aplicació de les mesures en matèria d'ocupació pública del Reial decret llei 8/2010, de 20 de maig, de mesures extraordinàries per a la reducció del dèficit públic.

Josep Aldomà, professor de dret administratiu de la Universitat de Barcelona

Reflexions i interrogants de la nova reforma laboral.

Xavier Boltaina, director de RH de l'Organisme de Gestió Tributària de la Diputació de Barcelona i professor de relacions laborals de la Universitat de Barcelona

La promulgació del Reial decret llei 8/2010, de mesures extraordinàries per a la reducció del dèficit públic –adreçat, entre altres qüestions, a adoptar mesures de contenció en les despeses de personal de les diferents administracions públiques–, ha obert importants interrogants al voltant de quina ha de ser la correcta aplicació d'aquesta previsió, tant a curt com a mitjà termini, i les conseqüències que se'n deriven, en comportar, entre d'altres, la suspensió parcial de l'aplicació de les clàusules de contingut retributiu de l'Acord Govern-sindicats per a la funció pública en el marc del diàleg social 2010-2012.

Paral·lelament, la promulgació del Reial decret llei pel qual s'aprova la reforma laboral tan anunciada, significa també revisar amb profunditat algun dels pilars bàsics del sistema de relacions laborals i de modalitats de contractació laboral vigents fins a l'actualitat. Així, caldrà analitzar amb deteniment quina incidència tenen aquestes mesures en l'àmbit de les relacions laborals en l'ocupació pública local. Sense cap mena de dubte, l'impacte serà també significatiu, com també ho serà molt notablement en les relacions laborals de l'entorn privat.

La sessió s'encetarà amb l'anàlisi detallada de l'aplicació estricta i acurada de les mesures que, en matèria d'ocupació pública, estableix el Reial decret llei de reducció del dèficit públic. En la segona intervenció de la sessió, s'analitzarà i debatrà l'abast i l'impacte de la reforma laboral aprovada recentment en el si de les nostres administracions públiques.

M. Carme Noguer

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

APLICACIÓ DE LA REDUCCIÓ DE RETRIBUCIONS DEL RDL 8/2010 ALS FUNCIONARIS DE LES ENTITATS LOCALS DE CATALUNYA

Josep Aldomà Buixadé,
Professor de Dret Administratiu
de la Universitat de Barcelona

1. QUINA NORMATIVA S'APLICARÀ A LA REDUCCIÓ DE LES RETRIBUCIONS ?	2
2. REPARTIMENT COMPETENCIAL EN MATÈRIA DE FUNCIÓ PÚBLICA I DE PERSONAL LABORAL .	3
3. NORMES DEL RDL 8/2010 D'APLICACIÓ A LES EE.LL. PEL SEU CARÀCTER DE NORMA BÀSICA	5
3.1. ART. 1 DEL RDL 8/2010: Modifica l'art. 22 de la Ley 26/2009 de PGE 2010, sobre bases i coordinació de la planificació general de l'activitat econòmica en matèria de despeses de personal al servei del sector públic:	5
3.2. MODIFICACIÓ DE L'ART. 22.DOS LPGE 2010: INCREMENT GENERAL MÀXIM/REDUCCIÓ GENERAL	5
A. Retribucions del primer període de 2010.....	6
B. Retribucions del segon període de 2010	7
3.3 Quins conceptes inclou "el conjunt de les retribucions dels funcionaris"	8
3.4 Reducció en termes anuals	8
3.5. Règim jurídic per aplicar la reducció de les retribucions als funcionaris públics	9
4. LA DETERMINACIÓ DE LA NOVA QUANTIA DE LES RETRIBUCIONS BÀSIQUES	9
5. PAGA EXTRAORDINÀRIA DEL MES DE DESEMBRE DE 2010 (art. 22.Dos.B.3 LPGE 2010)	10
6. NOVA QUANTIA DE LES RETRIBUCIONS COMPLEMENTÀRIES	11
6.1 Complement de destinació	11
6.2 Complement específic	11
6.3 Complement de productivitat	12
6.4. Gratificacions per serveis extraordinaris	13
6.5. Complement personal transitori	13
7. LA REDUCCIÓ DE LES RETRIBUCIONS COMPLEMENTÀRIES DELS FUNCIONARIS DEL GRUP E/AP	13
8. REDUCCIÓ DE LES RETRIBUCIONS I NEGOCIACIÓ COL·LECTIVA	16

La reducció del dèficit públic a través, entre altres mesures, de la reducció de les despeses globals de personal del sector públic, en virtut de la competència de l'Estat sobre les bases i coordinació de l'activitat econòmica (art. 149.1.13a CE); aquesta és una mesura "extraordinària" segons el propi RDL, que es materialitza a través de la modificació de la Ley 26/2009, de 23 de desembre, de PGE 2010. En aquest punt, aquest RDL fa el mateix que ha fet sempre la LPGE: limitar la despesa global de personal del sector públic establint un percentatge màxim d'increment. Ara però, ho fa en sentit negatiu, ja que el límit percentual no ve donat per un número positiu o zero, sinó que és negatiu: -5% en còmput anual.

També hem d'esmentar la Resolució de 25 de maig de 2010, de la secretaria d'Estat d'Hisenda i Pressupostos per la que es dicten instruccions sobre confecció de les nòmines dels funcionaris estatals, en la que es concreten i s'aclareixen alguns aspectes sobre com es durà a terme la reducció dels diferents conceptes retributius.

En desenvolupament del RDL estatal, la Generalitat ha aprovat el Decret Llei 3/2010, de 29 de maig, de mesures urgents de contenció de la despesa i en matèria fiscal per a la reducció del dèficit públic. L'objectiu és el mateix i la reducció de les despeses de personal del sector de la Generalitat s'aborda amb la mateixa tècnica normativa, modificant la LPGC 2010; però la concreció de com s'aconseguirà aquest objectiu i quina reducció s'aplicarà als diferents conceptes retributius presenta algunes diferències respecte al RDL estatal.

La qüestió que ara ens ocupa és: com han d'aplicar les entitats locals catalanes aquesta reducció? La resposta és sabuda i no hauria de presentar ni més ni menys dificultat que l'aplicació de les previsions que tradicionalment ve establint la LPGE de cada exercici. Aplicació que podem resumir en els punts següents:

1r. La LPGE fixa el percentatge mínim de reducció del total de les retribucions o massa salarial de cada col·lectiu, allà on normalment establia el percentatge màxim d'increment. Aquest percentatge s'ha de calcular en termes d'homogeneïtat per als dos períodes i admet unes excepcions concretes establertes en la pròpia Llei. Aquesta disposició té el seu fonament competencial en els articles 149.1.13a i 156 CE, bases i coordinació de l'activitat econòmica.

2n. La LPGE fixa la quantia de les retribucions bàsiques per a cada subgrup/grup de titulació i la quantia del complement de destinació. Disposició que té el seu fonament competencial en l'art. 149.1.18a CE, bases del règim estatutari dels funcionaris públics, en els termes previstos en els arts. 23 i 24 LMRFP.

3r. Cada administració pública ha de concretar la quantia de la resta de retribucions complementàries, respectant el percentatge mínim de reducció establert per la LPGE allà on fins ara sempre havia hagut un percentatge màxim d'increment.

Malgrat aquesta simplicitat aparent de la pregunta i de la seva resposta, la forma com el RDL 8/2010 i darrera seu, les normes autonòmiques corresponents, unida a la posició dels interessos individuals i col·lectius en joc, ha fet sorgir una sèrie de dubtes entorn a la seva aplicació. Dubtes que corresponen a dos ordres diferents: el primer, sobre com aplicar les disposicions del RDL; el segon, de legalitat d'algunes de les disposicions del propi RDL.

Abans d'entrar en els punts concrets, la pregunta ens porta a aclarir-ne altres de caràcter previ: quines disposicions del RDL 8/2010, o de la Resolució sobre nòmines, són aplicables directament o supletòria? S'apliquen algunes disposicions del DL català 3/2010? Quin marge tenen les entitats locals per a concretar les disposicions dels decrets llei?

1. QUINA NORMATIVA S'APLICARÀ A LA REDUCCIÓ DE LES RETRIBUCIONS ?

Com acabem d'esmentar, s'han aprovat tres disposicions en relació amb la reducció de les retribucions dels funcionaris locals:

- RDL 8/2010, de 20 de maig, pel qual s'adopten mesures extraordinàries per a la reducció del dèficit públic. Pel que fa a les retribucions dels funcionaris, solament una part dels seus preceptes tenen caràcter bàsic i són, per tant, d'aplicació directa a les entitats locals.
- DL 3/2010, de 29 de maig, de mesures urgents de contenció de la despesa i en matèria fiscal per a la reducció del dèficit públic. Aquesta disposició s'aplica directament al personal al servei de l'Administració de la Generalitat, no al de les entitats locals catalanes, ja que actua modificant la LPGC 2010. Sens perjudici de l'afectació que pugui tenir, en base a l'art. 3, sobre les entitats del sector públic de la Generalitat amb participació dels ens locals o de les entitats que depenen d'aquests.
- Resolució de 25 de maig de 2010, instruccions sobre confecció de les nòmines del personal de l'AGE. No té caràcter bàsic i, per tant, tampoc és d'aplicació directa a les entitats locals.

Per a determinar quines d'aquestes normes i preceptes -que regulen els mateixos supòsits de reducció- hem d'aplicar als funcionaris de les entitats locals catalanes i com les hem d'aplicar, haurem d'acudir als principis de competència i supletorietat. Advertim que, en aquest cas, la

referència a l'analogia per aplicar una norma estatal és *a priori* incorrecta ja que, com sabem, l'aplicació d'aquest principi interpretatiu està referit a l'aplicació extensiva d'una norma que regula un supòsit de fet a un altre supòsit de fet diferent però similar, dins del mateix ordenament jurídic, de funció pública o laboral.

D'altra banda, la determinació del marge d'autonomia de què disposen les entitats locals per a concretar alguns aspectes relatius a aquesta reducció vindrà donat per les competències que els atorga sobre el seus funcionaris la legislació general de funció pública i de règim local.

2. REPARTIMENT COMPETENCIAL EN MATÈRIA DE FUNCIO PÚBLICA I DE PERSONAL LABORAL

Recordem l'esquema general sobre el repartiment competencial en matèria de funcionaris locals. En matèria de funció pública, l'Estat té competència exclusiva per aprovar les bases del règim estatutari dels funcionaris; la Generalitat per al desenvolupament legal i reglamentari respectant les bases estatals. En matèria de règim local –que el TC ha considerat inclòs dins del règim jurídic de les administracions públiques, no sense crítiques doctrinals-, la CE estableix la mateixa fórmula.

També hem de tenir present que el TC ha admès reiteradament que l'Estat pot fixar increments màxims globals de les retribucions dels funcionaris de totes les administracions i entitats del sector públic, ja que té competència exclusiva sobre les bases i coordinació de la planificació general de l'activitat econòmica (art. 149.1.13a CE).

D'acord amb aquesta fórmula tenim:

- **Competències estatals amb caràcter general sobre tots els funcionaris** (arts. 23 i 24 LMRFP i LPGE anual):
 - la configuració de l'estructura del sistema retributiu, els criteris que defineixen cada concepte i la prohibició d'ingressos atípics
 - determinació de la quantia de les retribucions bàsiques
 - quantia del complement de destinació corresponent a cada nivell
 - la limitació dels increments retributius globals
- **Competències estatals específiques sobre funció pública local** (art. 93 LRBRL i RD 861/1986, modificat pel RD 158/1996, de 2 de febrer)
 - aprovació de límits màxims i mínims a la quantia global de les retribucions complementàries, amb exclusió de la destinada a complement de destinació (art. 93 LRBRL). Segons l'art. 7 RD 861/1986, de 25 d'abril, sobre retribucions dels funcionaris locals:
 - “1. Els crèdits destinats a complement específic, complement de productivitat, gratificacions i si s'escau, complements personals transitoris, seran els que resultin de restar a la massa retributiva global pressupostada per a cada exercici econòmic, exclosa la referida al personal laboral, la suma de les quantitats que al personal funcionari li correspongui pels conceptes de retribucions bàsiques, ajuda familiar i complement de destinació.
 2. La quantitat que en resulti, d'acord amb el que disposa el punt anterior; es destinarà:
 - a) Fins a un màxim del 75% per al complement específic, en qualsevol de les seves modalitats.
 - b) Fins a un màxim del 30% per al complement de productivitat
 - c) Fins a un màxim del 10% per a gratificacions.”
- **Competències de la Generalitat** (TRLMRLC i RPEL)

Ni la Llei municipal ni el Reglament de personal estableixen normes substantives en matèria de retribucions i cal recordar que les retribucions no estan incloses dins l'àmbit de la clàusula d'equiparació de la funció pública local amb la funció pública autonòmica, establerta en l'art. 300 TRLMRLC. Tampoc remetent a la legislació de funció pública autonòmica, sinó a l'estatal o al règim aplicable als funcionaris de l'AGE, de manera que:

- El sou, els triennis i les pagues extraordinàries s'han d'acreditar i fer efectius de conformitat amb la legislació aplicable als funcionaris de l'AGE (art. 163 RPEL). Per tant, no solament el règim d'aquestes retribucions sinó també l'aplicació concreta.
- Mentre no s'aprovi la llei catalana desenvolupant la LEBEP, les retribucions complementàries han de respectar l'estructura i el criteri de valoració objectiva de la resta de funcionaris públics (art. 165 RPEL).
- Les indemnitzacions per raó del servei o per residència del personal al servei de les entitats locals que tinguin dret a elles seran les mateixes que corresponguin al personal al servei de l'Administració de l'Estat. En cap cas no es tindrà dret a percebre indemnització per casa-habitació (art. 178.1 RPEL).
- L'abast de les normes bàsiques en la LEBEP és més limitat i, en conseqüència, deixen més marge d'intervenció normativa a les CC.AA. que la LMRFP, principalment per a determinar l'estructura de les retribucions complementàries i el seu règim. Però el règim retributiu no serà vigent fins que s'aprovi la legislació catalana d'ocupació pública que reguli aquesta matèria.

• **Competències de les EELL catalanes** (d'acord amb la legislació bàsica i el RPEL):

- El ple de la corporació, en aprovar la relació de llocs de treball, ha de determinar el nivell de cada lloc i la quantia del complement específic. La quantia global destinada a l'assignació de complements específics ha de figurar en el pressupost i no pot excedir el límit màxim expressat a l'art. 7 del RD 861/1986.
- Correspon al ple determinar en el pressupost la quantitat global destinada a l'assignació de complement de productivitat i els criteris d'assignació, dintre dels límits màxims que assenyala l'art. 7 del RD 861/1986.
- Correspon al ple de la corporació determinar en el pressupost la quantitat global destinada a l'assignació de gratificacions i els criteris d'acreditació, dintre dels límits màxims assenyalats a l'art. 7 del RD 861/1986.

En resum, podem afirmar que en matèria de retribucions dels funcionaris locals la legislació bàsica estatal manté una densitat considerable mentre la Generalitat no desenvolupi la LEBEP amb l'extensió i profunditat que li faculta l'EAC 2006 en matèria de funció pública; el pes de la legislació estatal s'accentua si afegim que la legislació catalana de desenvolupament en matèria de règim local –la que regula aquest aspecte– va més enllà de respectar la legislació bàsica estatal i:

- Es remet a la legislació dels funcionaris de l'AGE, sigui o no bàsica, pel que fa al règim i aplicació de les retribucions bàsiques i les pagues extraordinàries.
- Les retribucions complementàries es regiran per les normes bàsiques estatals i, supletòriament, per la legislació de l'Administració de la Generalitat d'acord amb allò establert en l'art. 149.3 CE.

La legislació estatal serà d'aplicació directa, llevat d'aquells punts que estiguin reservats a la competència de les entitats locals als que ens hem referit; per aquests, si l'entitat local no aprova les disposicions corresponents, caldrà aplicar supletòriament la legislació aplicable als funcionaris de l'Administració de la Generalitat i, només com a supletòria de segon grau, la legislació estatal no bàsica.

3. NORMES DEL RDL 8/2010 D'APLICACIÓ A LES EE.LL. PEL SEU CARÀCTER DE NORMA BÀSICA

- En virtut de la DF segona:
 - art. 1, apartat 2, de modificació de l'art. 22.Dos LPGE 2010 (d'aplicació a funcionaris i personal laboral)
 - art. 1, apartat 3, que modifica l'art. 22.Cinc LPGE 2010 (d'aplicació solament a funcionaris)
 - DA novena (personal laboral de les societats mercantils públiques que reben aportacions amb càrrec als pressupostos públics).
- Per remissió dels arts. 23 i 24 de la LMRFP:
 - art. 28.U.A.c i 28.U.B.c (quantia del complement de destinació per a cada nivell)

3.1. ART. 1 DEL RDL 8/2010: Modifica l'art. 22 de la Ley 26/2009 de PGE 2010, sobre bases i coordinació de la planificació general de l'activitat econòmica en matèria de despeses de personal al servei del sector públic:

Fixem-nos que, inicialment, la modificació expressa es limita als apartats Dos i Cinc. Però també modifica indirectament l'apartat U quan la DA novena exclou de l'aplicació de les mesures reductores les societats mercantils públiques i algunes entitats de dret públic de l'AGE. El contingut és el següent:

U. Àmbit d'aplicació: delimitació del sector públic als efectes d'aquesta Llei.

Dos. Increment general màxim en termes d'homogeneïtat i respecte a les millores pactades

Tres. Aportació a plans de pensions.

Quatre. Noció de massa salarial als efectes de l'apartat Tres i del Dos.

Cinc. Quantia pel 2010 del sou i trienni, referida a dotze mensualitats.

Sis. Equivalència del grups LMRFP amb el subgrups/grups LEBEP.

Set. Possibilitat de superar l'increment màxim global per adequacions retributives singulars i excepcionals, variació del número d'efectius o de la consecució d'objectius.

Vuit. Adequació o inaplicació dels acords i convenis amb increments retributius superiors als d'aquest article o normes que el desenvolupin.

Nou. Aplicació de les limitacions a les fundacions del sector públic i als consorcis participats majoritàriament per administracions o organismes pública.

Deu. Caràcter bàsic d'aquest article.

3.2. MODIFICACIÓ DE L'ART. 22.DOS LPGE 2010: INCREMENT GENERAL MÀXIM/REDUCCIÓ GENERAL

Recordem que la limitació de l'increment màxim abasta a funcionaris i personal laboral, encara que l'aplicació concreta a cada col·lectiu es fa d'acord amb el règim jurídic respectiu. Lògicament, també el percentatge mínim de reducció va destinat als dos col·lectius.

La modificació consisteix en dividir l'art. 22.Dos de la LPGE 2010 en dos apartats:

- Apartat A: referit al primer període del 2010, inclou les mensualitats ordinàries de gener a maig i la paga extraordinària de juny.
- Apartat B: referit al segons període anual, inclou les mensualitats ordinàries de juny a desembre i la paga extraordinària de desembre.

A. Retribucions del primer període de 2010

“Dos.–A) Desde el 1 de enero de 2010 y hasta el 31 de mayo de 2010, las retribuciones del personal al servicio del sector público, incluidas, en su caso, las que en concepto de paga extraordinaria del mes de junio correspondieran en aplicación del artículo 21.Tres de la Ley 42/2006, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007, en los términos de lo recogido en el apartado Dos del artículo 22 de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2009, no podrán experimentar un incremento global superior al 0,3 por ciento con respecto a las del año 2009, en términos de homogeneidad para los dos periodos de la comparación, tanto por lo que respecta a efectivos de personal como a la antigüedad del mismo.”

En aquest apartat es fixa l'increment global màxim de les retribucions del personal al servei del sector públic per als primers cinc mesos del 2010 i la paga extra de juny, en termes d'homogeneïtat tant pel que fa als efectius de personal (número i característiques) com a la seva antiguitat. L'increment serà del 0,3% respecte a les retribucions del 2009. Per tant, no es modifica el que s'havia previst inicialment en la LPGE 2010; les retribucions d'aquest període ja han estat meritades i la paga extra de juny es merita en relació als serveis prestats els sis mesos anteriors a 1 de juny; en cas contrari és vulnerable els principis de irretroactivitat de la Llei i de seguretat jurídica.

És important remarcar que la nova redacció de l'art. 22.Dos LPGE 2010 ha prescindit del segon paràgraf que figurava en la redacció original, amb efectes per als dos períodes anuals; aquest paràgraf disposava que:

“Estos aumentos retributivos se aplicarán al margen de las mejoras retributivas conseguidas en los pactos o acuerdos previamente firmados por las diferentes Administraciones en el marco de sus competencias.”

Recordem que aquest precepte ha donat peu a considerar vàlids aquells increments superiors al màxim establert per la LPGE quan així s'havia pactat en el corresponent acord de condicions o conveni. Caldrà esperar a la LPGE 2011 per veure si es prescindeix definitivament d'aquesta clàusula o si es recupera de nou.

Per a que no quedi cap dubte respecte a que la quantia de la paga extraordinària de juny serà idèntica a una mensualitat ordinària a la dels cinc primers mesos de l'any, concreta les quanties de cada un dels conceptes retributius que integren la paga: sou i trienni segons la taula que incorpora, complement de destinació sense aplicar la reducció del 5% que ja serà operativa en la mensualitat ordinària de juny i la resta de conceptes retributius que formen part de la paga extraordinària (complement específic) o s'abonen amb motiu de les mateixes. Així, afirma que:

“En los términos de lo dispuesto en el párrafo anterior, la paga extraordinaria del mes de junio de 2010 incluirá, además de la cuantía del complemento de destino o concepto equivalente mensual que corresponda y al que no se aplicará la reducción del 5 por ciento, en términos anuales, establecida, con efectos de 1 de junio de 2010, en el apartado Dos, B) de este artículo, las cuantías en concepto de sueldo y trienios que se recogen en el cuadro siguiente o, en su caso, las que se señalen en esta Ley en función de la Carrera, Cuerpo o Escala a la que pertenezcan los empleados públicos:

Grupo/Subgrupo Ley 7/2007	Sueldo	Trienios
	–	–
	Euros	Euros
A1	1.161,30	44,65
A2	985,59	35,73
B	855,37	31,14
C1	734,71	26,84
C2	600,75	17,94

Lo indicado en el párrafo anterior respecto del complemento de destino mensual o concepto equivalente a incluir en la paga extraordinaria del mes de junio de 2010, será también aplicable a los demás conceptos retributivos que formen parte de la paga extraordinaria o que se abonen con motivo de las mismas.”

Aquesta referència a la paga extraordinària, a més d'innecessària, és legalment incorrecta pel que fa al personal laboral, en la mesura que es refereix a conceptes retributius específics del règim funcional que no s'han de correspondre necessàriament amb l'estructura salarial del personal laboral, que es determina en el conveni col·lectiu d'aplicació en cada entitat.

B. Retribucions del segon període de 2010

La nova redacció de l'art. 22.Dos.B fixa una reducció del 5% “**pel conjunt de les retribucions de tot el sector públic a que es refereix l'apartat U**”, en els termes següents:

“Con efectos de 1 de junio de 2010, el conjunto de las retribuciones de todo el sector público a que se refiere el apartado Uno de este artículo experimentará una reducción del cinco por ciento, en términos anuales, respecto a las vigentes a 31 de mayo de 2010.”

Reducció del 5% del global de les retribucions

Entenem que l'objectiu és reduir la massa salarial de cada col·lectiu –funcionaris i personal laboral- en un 5%, que és el que abasta la competència estatal per determinar l'objectiu de despesa pública global, d'acord amb la jurisprudència constitucional. Així es desprèn amb claredat de l'art. 22.Dos.B, que comença afirmant que “*el conjunt de les retribucions de tot el sector públic ... experimentaran una reducció del 5%...*”, aclarint i concretat en el mateix article, punt 2, que “*una vegada aplicada la reducció de les retribucions bàsiques en els termes indicats ... sobre la resta de les retribucions es practicarà una reducció de manera que resulti ... una minoració del 5% del conjunt global de les retribucions*”. Segons aquest precepte, si la reducció del conjunt o global de les retribucions bàsiques no assoleix el 5%, caldrà aplicar una reducció superior en les retribucions complementàries i, a l'inrevés, si el global de les bàsiques supera el 5% es podria reduir el global de les bàsiques en un percentatge inferior.

En definitiva, per a ser respectuós de les competències autonòmiques i locals el legislador estatal ha fixat l'objectiu percentual d'increment màxim o reducció mínima de les despeses de personal i la quantia de les retribucions dels funcionaris –no del personal laboral- que li correspon per norma bàsica: bàsiques i complement de destinació. La resta de decisions sobre com aconseguir l'objectiu fixat queda en mans de cada administració que haurà de fer-ho, com és lògic, respectant sempre la legislació general de funció pública.

Aquest percentatge serà fix o de mínims? Entenc que **cada administració podrà aplicar el que consideri adient sempre que no sigui inferior al 5%** establert en aquest precepte. Per tant, no es pot aplicar una reducció inferior al 5%, però sí una reducció superior. En tenim un exemple en la Comunitat Autònoma de Castella-la Manxa, que suprimeix íntegrament el complement de productivitat de l'any 2010 després de reduir el 5% el global de les retribucions.

El RDL ha oblidat de fer referència als termes d'homogeneïtat amb que s'hauria de fer la comparació; malgrat això, aquest principi sembla que s'haurà de tenir en consideració per l'aplicació supletòria de l'art. 24.Cinc LPGE 2010, segons la nova redacció; en efecte, davant el silenci del DL 3/2010, les entitats locals hauran d'aplicar necessàriament amb caràcter supletori de segon grau la disposició reguladora d'aquest punt en l'AGE. A més, la solució contrària seria incoherent amb l'objectiu de reducció real del 5%, ja que es podria, per exemple, amortitzar places vacants de la plantilla de personal per a seguir mantenint el nivell retributiu o reduint-lo en menor percentatge.

Amb tot això, fixem-nos que no serà fàcil ajustar la reducció global al 5% en cada administració o, dit d'una altra manera, que serà difícil controlar si realment una entitat ha complert amb la reducció mínima o l'ha superat; perquè la fórmula de càlcul de la massa salarial de cada col·lectiu és diferent, la reducció de les retribucions bàsiques no és homogènia, la quantia del sou i trienni de la paga extraordinària de desembre està fixada arbitràriament, es manté la possibilitat de modificar plantilles i la valoració dels llocs de treball, etc.

3.3 Quins conceptes inclou “el conjunt de les retribucions dels funcionaris”

El conjunt de retribucions o massa salarial l'hem d'entendre referida als dos col·lectius per separat, funcionaris i personal laboral, no de forma conjunta; així s'ha establert habitualment i es manté en la nova redacció de l'art. 22.Dos.B.4 LPGE 2010, conscient el legislador de què l'estructura salarial del personal laboral és diferent o pot ser-ho, dependent sempre del conveni col·lectiu d'aplicació a cada entitat, com ho són també les seves competències per incidir-hi, preveu la reducció de la massa salarial amb el mateix percentatge global però amb una fórmula d'aplicació diferenciada necessàriament de la dels funcionaris.

L'art. 22.Quatre LPGE 2010, que no ha estat modificat, estableix que per a calcular el límit d'increment o de reducció es partirà de “la despesa corresponent al conjunt de les retribucions bàsiques i complementàries”. Per tant, solament quedarien exclosos:

- a) Aquells conceptes que no tenen la condició de retribució, com són les indemnitzacions per raó del servei
- b) Aquells conceptes retributius que de forma expressa exclogui excepcionalment la mateixa LPGE o una altra norma del mateix rang, com són les aportacions a plans de pensions segons l'art. 22.Tres LPGE: “a més de l'increment general de retribucions ...”. Això porta com a conseqüència que, malgrat que no es redueixin les aportacions en un 5% per al segon període de l'any, no s'ha de repercutir sobre la resta la no reducció per aquest percentatge.
- c) Un cas particular és el del CPT absorbible: per la seva naturalesa sembla que hauria de quedar al marge a l'efecte de comparar l'increment de les retribucions globals; però ofereix dubtes el nou CP pel grup E/AP.
- d) Les despeses d'acció social que la jurisprudència ha considerat que no tenen la condició de retribució.

3.4 Reducció en termes anuals

La comparació s'ha de fer en termes anuals. Això significa que si M1 era la massa global en el pressupost inicial d'una entitat per a l'any 2010, la massa salarial anual nova, M2, seria la inicial reduïda en un 5%, de manera que: $M2=M1-5\%M1$.

Però atès que la reducció solament s'aplicarà al segon període de l'any que comprèn les mensualitats ordinàries de juny a desembre i la paga extra de desembre (8 de les 14 pagues anuals), la nova quantia de la massa global del pressupost 2010 no serà inferior en un 5%, sinó en un 2,857%¹; no serà fins l'any 2011 quan la reducció afectarà tota l'anualitat i, de mantenir-se la proposta governamental de congelació salarial, aleshores comportarà un estalvi efectiu de la despesa global anual d'un 5%.

-5% anual

¹ Així ho podem constatar, com exemple, en l'art. 3.3 del DL català 3/2010 que redueix un 2,86% de les respectives despeses de personal, les transferències a les entitats participades per la Generalitat.

-2,143% no s'aplica						-2,857% s'aplica segon període						
gener						desembre						

En conseqüència, si anomenem MP la nova massa salarial que finalment constarà en el pressupost 2010, aquesta vindrà donada per la fórmula:

$$MP = (M1/14 \times 6) + (M2/14 \times 8)$$

3.5. Règim jurídic per aplicar la reducció de les retribucions als funcionaris públics

Abans d'entrar en les consideracions sobre l'aplicació en cada concepte retributiu, cal tenir present que, aconseguit l'objectiu pressupostari de reducció del dèficit públic en una quantia determinada, l'aplicació s'hauria de fer d'acord amb les normes de funció pública –o de dret laboral, en el seu cas-, aplicables en cada entitat local, siguin estatals o autonòmiques. I, en tot cas, s'han de respectar les competències locals en matèria de retribucions que s'han acotat en un apartat anterior d'aquest treball.

4. LA DETERMINACIÓ DE LA NOVA QUANTIA DE LES RETRIBUCIONS BÀSIQUES

Segons l'art. 22.Dos.B, la reducció s'aplicarà de la forma següent:

"1. Las retribuciones básicas del personal al servicio del sector público, excluida la correspondiente a la paga extraordinaria del mes de diciembre a que se refiere el punto 3 de este apartado, quedan fijadas en las cuantías recogidas en el apartado Cinco de este artículo."

La quantia de les retribucions bàsiques segons l'art. 22.Cinc serà:

"B) Las retribuciones a percibir con efectos de 1 de junio de 2010, excluidas las que se perciban en concepto de pagas extraordinarias que se fijan en el apartado Dos de este artículo, por los funcionarios a los que resulta de aplicación el artículo 76 del Estatuto Básico del Empleado Público incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, en los términos de la Disposición Final Cuarta del citado Estatuto Básico, en concepto de sueldo y trienios que correspondan al Grupo o Subgrupo en que se halle clasificado el Cuerpo o Escala a que pertenezca el funcionario, referidas a doce mensualidades, serán las siguientes:

Grupo / Subgrupo Ley 7/2007	Sueldo	Trienios
	-	-
	Euros	Euros
A1	13.308,60	511,80
A2	11.507,76	417,24
B	10.059,24	366,24
C1	8.640,24	315,72
C2	7.191,00	214,80
E (Ley 30/1984) y Agrupaciones Profesionales (Ley 7/2007)	6.581,64	161,64

La quantia d'una mensualitat ordinària de juny a desembre és la que resulta de dividir per 12 les de la taula anterior, tal com consta en la Resolució sobre confecció de nòmines.

La quantia de la reducció no és proporcional en tots els subgrups/grups i està per sota del percentatge amb què es pretén la reducció de la massa salarial, de l'objectiu global del 5%:

Grup/Subgrup	Percentatge de reducció	
	Sou	Trienni
A1	4,50%	4,50%
A2	2,70%	2,70%
B	2,00%	2,00%
C1	2%	2,00%
C2	0,25%	0,25%
E / AP	0,00%	0,00%

La quantia del component de sou i triennis de la paga extraordinària de desembre –diferent de la mensualitat ordinària, s'estableix en el punt 3 d'aquest art. 22.B per a cada subgrup/grup:

Grupo/Subgrupo Ley 7/2007	Sueldo	Trienios
	–	–
	Euros	Euros
A1	623,62	23,98
A2	662,32	24,02
B	708,25	25,79
C1	608,34	22,23
C2	592,95	17,71
E (Ley 30/1984) y Agrupaciones Profesionales (Ley 7/2007)	548,47	13,47

Atès que el percentatge de reducció de les bàsiques és diferent per a cada subgrup/grup, els seus efectes per sobre el percentatge de reducció del conjunt global de les retribucions serà diferent en cada entitat, dependent del nombre de places de cada subgrup sobre el nombre total de places de la plantilla de personal; en aquelles que tenen una plantilla qualificada, amb un percentatge elevat de places del subgrup A1, el percentatge de reducció serà superior al les administracions amb una plantilla menys qualificada. La reducció de les complementàries, en conseqüència, també hauria de ser diferent en cada entitat: en aquelles on la reducció en les bàsiques resulti inferior al 5%, la reducció en el total de les complementàries sobre les que una entitat local pot disposar hauria de ser superior si s'ha d'aconseguir una reducció del 5% sobre el total de la massa salarial. Al contrari, quan la reducció global de les bàsiques superi el 5% del total de la massa salarial a reduir, la reducció de les complementàries podria ser inferior. De resultes d'això, sembla que a la pràctica serà gairebé impossible aconseguir una reducció final ajustada al 5%, començant per l'AGE.

5. PAGA EXTRAORDINÀRIA DEL MES DE DESEMBRE DE 2010 (art. 22.Dos.B.3 LPGE 2010)

“La paga extraordinaria del mes de diciembre que corresponda en aplicación del artículo 21.Tres de la Ley 42/2006, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007, en los términos de lo recogido en el apartado Dos del artículo 22 de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2009, incluirá, además de la cuantía del complemento de destino o concepto equivalente mensual que corresponda una vez practicada la reducción indicada en el punto 2 anterior, las cuantías en concepto de sueldo y trienios que se recogen en el cuadro siguiente o, en su caso, las que se señalen en esta Ley en función de la Carrera, Cuerpo o Escala a la que pertenezcan los correspondientes empleados públicos”

Així doncs, la quantia de la paga extraordinària de desembre 2010 es calcularà de la forma següent:

- La quantia de sou i trienni és la que hem vist al referir-nos a les bàsiques
- El complement de destinació a aplicar a la paga extraordinària de desembre serà el corresponent a cada nivell una vegada practicada la reducció del 5%; malgrat aquesta expressió no és molt precisa i acurada, hem d'entendre que es refereix a la quantia mensual del complement segons la taula de complements de destinació per als funcionaris de l'AGE en l'art. 28.U.B.c LPGE 2010, en la nova redacció del RDL 8/2010
- La quantia del complement específic o "*el resto de los complementos retributivos que integren la citada paga extraordinaria o se abonen con motivo de la misma tendrán la cuantía que corresponda por aplicación de lo dispuesto en este apartado*"; és a dir, la quantia d'una mensualitat ordinària de juny a desembre una vegada efectuada la reducció que correspongui.

6. NOVA QUANTIA DE LES RETRIBUCIONS COMPLEMENTÀRIES

6.1 Complement de destinació

Recordem que la quantia del complement de destinació de cada nivell correspon aprovar-la a l'Estat, d'acord amb l'art. 24 LMRFP. Segons l'art. 22.U.B.c) LPGE 2010, en la nova versió, la quantia passa a ser:

c) Con efectos de 1 de junio de 2010, el complemento de destino correspondiente al puesto de trabajo que se desempeñe, de acuerdo con las siguientes cuantías referidas a doce mensualidades:

Nivel	Importe
	–
	Euros
30	11.625,00
29	10.427,16
28	9.988,80
27	9.550,20
26	8.378,40
25	7.433,64
24	6.995,04
23	6.556,92
.....

Amb una senzilla comparació d'aquestes quanties amb les del primer període del 2010 es constata que la reducció és del 5% en termes anuals en tots i cadascun dels nivells. La quantia reduïda està referida a dotze mensualitats i serà idèntica tant per les pagues ordinàries de juny a desembre com per a l'extra de desembre.

6.2 Complement específic

D'acord amb la legislació general de funció pública, la determinació de la quantia del complement específic i la fórmula per concretar-la és una competència de cada entitat. Segons això, el RDL 8/2010 –tampoc el DL autonòmic 3/2010– no pot establir ni la quantia ni la fórmula de determinació dels nous complements específics; ni la reducció aplicada en una entitat ha de ser del 5% en termes anuals,

Per tant, la nova quantia dels complements específics es determinarà per cada entitat local tenint en compte que:

- El Ple de cada entitat és el competent per fixar el/s criteri/s general/s de reducció o, a falta d'aquests, el complement específic de cada lloc de treball. Aquests poden ser els que ha establert l'Estat i la Generalitat o poden ser uns altres diferents.
- Si la determinació del complement específic de cada lloc de treball és el resultat d'un procés de descripció i valoració dels llocs aplicant uns criteris objectius determinats, sembla que la reducció hauria de mantenir la proporcionalitat existent o, en cas contrari, justificar-ho amb la revisió dels criteris de valoració del lloc. L'assignació d'un complement específic determinat guarda una coherència o equitat interna que es trencaria si s'apliqués una reducció diferenciada entre els diversos llocs. Cal tenir present que el RDL 8/2010, en la part que modifica la LPGE, ni pot modificar ni modifica la legislació general de funció pública.
- La determinació del complement específic de cada lloc requereix d'un segon tràmit essencial, la negociació amb la representació sindical. Si la reducció dels complements específics no segueix un criteri de proporcionalitat directa també s'hauria d'obrir un procés negocial.
- Per complir amb l'objectiu de reduir el global de les retribucions un mínim del 5% en termes anuals, la reducció podrà ser superior o inferior a aquest percentatge, en funció del que hagi suposat la reducció global de les retribucions bàsiques i dependent de què la intervenció sobre la resta de complements -amb excepció dels CPT per les raons que veurem més endavant- compensi la que s'ha fet sobre l'específic.

En qualsevol cas, tampoc podem oblidar que s'ha de mantenir una proporcionalitat entre les quanties de les partides destinades a complement específic, complement de productivitat i gratificacions, segons l'art. 7 del RD 861/1986:

“1. Els crèdits destinats a complement específic, complement de productivitat, gratificacions i si s'escau, complements personals transitoris, seran els que resultin de restar a la massa retributiva global pressupostada per a cada exercici econòmic, exclosa la referida al personal laboral, la suma de les quantitats que al personal funcionari li correspongui pels conceptes de retribucions bàsiques, ajuda familiar i complement de destinació.

2. La quantitat que en resulti, d'acord amb el que disposa el punt anterior; es destinarà:

a) Fins a un màxim del 75% per al complement específic, en qualsevol de les seves modalitats.

b) Fins a un màxim del 30% per al complement de productivitat

c) Fins a un màxim del 10% per a gratificacions.”

6.3 Complement de productivitat

Recordem que la quantia global del complement de productivitat i la fórmula d'assignació a cada funcionari l'aprova cada entitat local (article 23.3.c LMRFP). En coherència amb aquest precepte, l'article 2 RDL, en regular els crèdits de productivitat i altres complements, no té caràcter de norma bàsica. Per tant, la reducció de la partida destinada a complement de productivitat l'acordarà cada entitat, respectant la reducció global del 5% del conjunt de retribucions i dins dels límits que ha de mantenir amb altres retribucions complementàries en l'àmbit de les entitats locals segons hem vist anteriorment. Així doncs, la fórmula adoptada en l'AGE de reducció del 5% de la partida de productivitat (article 28.U.B.e) no és vinculant per a la resta d'administracions.

Cal tenir present que en algunes entitats la quantia a percebre es fixa per a cada subgrup/grup; en aquestes, si es volgués modificar la fórmula d'aplicació, caldria procedir a efectuar el tràmit de negociació prèvia.

6.4. Gratificacions per serveis extraordinaris

La determinació de la quantia i la fórmula per aplicar les gratificacions és una competència de cada administració, que ha de respectar els mateixos límits que hem exposat per al complement de productivitat.

En algunes entitats locals s'ha plantejat la possibilitat de reduir la quantia global de la partida de gratificacions sense modificar la quantia singular establerta habitualment en funció d'un preu/hora, disminuint el temps destinat a serveis extraordinaris prestats fora de la jornada ordinària de treball.

Sembla que aquest comportament seria de dubtosa legalitat i que caldria reduir necessàriament el preu/hora, atès que la reducció s'ha de fer en termes d'homogeneïtat; el fet que aquest principi solament vagi referit al nombre d'efectius i a l'antiguitat no hauria de ser un obstacle per aplicar-lo analògicament a altres elements o aspectes que siguin rellevants en cada cas i que puguin evitar una aplicació fraudulenta de les mesures reductores de les retribucions.

Una darrera consideració en relació amb una qüestió plantejada sobre aquest concepte. En el supòsit de voler modificar la quantia del preu/hora amb una fórmula diferent a la proporcionalitat directa, l'administració no podria decidir-la unilateralment, sinó que seria indispensable la negociació amb la representació sindical.

6.5. Complement personal transitori

Un cas singular és el dels complements transitoris o anàlegs. Segons la nova redacció de l'article 24.U.B.c) LPGE 2010, els complements personals i transitoris i altres retribucions que tinguin un caràcter anàleg, no els serà d'aplicació la reducció del 5 %. Insisteix en aquest punt la Disposició transitòria primera RDL, segons la qual:

“Con efectos de 1 de junio de 2010, los complementos personales y transitorios reconocidos en virtud de lo dispuesto en la Disposición transitoria tercera de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 2010, se mantendrán en las mismas cuantías que a 1 de enero de 2010.”

Considero que aquesta disposició és plenament coherent i caldria aplicar-la en totes les administracions. És lògic que no s'apliqui una reducció sobre el CPT, atès que aquest concepte té la condició de complement absorbible per futures millores, inclòs l'increment anual general de les retribucions; amb els increments anuals, la quantitat que s'absorbeix és una part de les retribucions complementàries, de manera que quant més s'incrementen aquestes, més s'absorbeix el CPT. Si ara es redueixen les retribucions, el CPT hauria de quedar inalterable; encara més, si les retribucions anuals 2010 han experimentat una reducció respecte de les de 2009, el CPT hauria de ser la que tenia un funcionari a 31 de desembre de 2009. Per tant, en realitat, el RDL consolida una certa penalització sobre el CPT.

7. LA REDUCCIÓ DE LES RETRIBUCIONS COMPLEMENTÀRIES DELS FUNCIONARIS DEL GRUP E/AP

El RDL 8/2010 preveu que als funcionaris del grup E/AP, a diferència dels de la resta de subgrups/grups, se'ls aplicarà una reducció inferior al 5% en les retribucions complementàries. Segons la nova redacció de l'art. 24.U.B.b, segon paràgraf LPGE 2010:

“No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, las retribuciones complementarias del grupo E: Agrupaciones profesionales Ley 7/2007, tendrán una reducción con carácter personal del 1 por ciento”

En relació amb la disposició transcrita abordaré tres qüestions essencials:

1a. A quins conceptes retributius afecta.

2a. Si s'aplica obligatòriament a totes les entitats locals catalanes o si es pot aplicar amb caràcter facultatiu per cada entitat.

3a. En el supòsit que s'apliqui la reducció, com fer-ho?

La primera qüestió és si la reducció afectarà totes les retribucions complementàries. En relació amb aquesta, fixem-nos que el paràgraf de la LPGE 2010 esmentat està dedicat a les retribucions complementàries que no tenen la condició de fixes i periòdiques; aquestes últimes estan en el punt a) anterior, no en el b). Però la Resolució sobre confecció de nòmines de l'AGE -instrucció 1.2.a) i b) i annexes V i VI-, deixa clar que s'aplica als complements del lloc: complement de destinació i complement específic.

En canvi, en el cas dels complements que no tenen la condició de fixes i periòdics –productivitat i gratificacions per raó del servei-, s'estableix que la reducció serà global sobre la partida pressupostària destinada a cadascun i l'assignació individual dependrà del grau de compliment dels requisits legalment establerts per part de cada funcionari. Cosa que, a la pràctica, pot plantejar certes dificultats d'aplicació diferenciada pels funcionaris del grup E.

La segona qüestió plantejada és relativament simple de respondre des d'un punt de vista formal, ja que l'article 24 LPGE no està declarat de caràcter bàsic i és d'aplicació directa solament als funcionaris de l'AGE. Així, a Catalunya, el DL 3/2010 aplicable a l'Administració de la Generalitat i també, supletòriament, a les entitats locals catalanes, no incorpora aquesta particularitat i la reducció pels funcionaris d'aquest grup serà igualment del 5 %.

A més, segons la legislació bàsica de funció pública, l'Estat té competència per a establir la quantia del complement de destinació de cada nivell, però no està facultat per a establir dues quanties diferents pel mateix nivell segons el lloc estigui adscrit a funcionaris del grup E o d'un altre grup. I, pel que fa al complement específic, no hi ha cap dubte que la seva assignació a cada lloc de treball és competència de cada entitat local, a qui també li correspon decidir com s'apliquen els increments generals de caràcter anual o, en aquesta ocasió, la reducció de caràcter general.

Una opció per a bonificar la reducció als funcionaris d'aquest grup podria consistir en aplicar una reducció del 5 % sobre els complements del lloc i afegir un complement personal per la diferència entre aquesta reducció i la quantia que suposaria una reducció de l'1 %. Aquí també hem de recordar, que l'estructura retributiva i els diferents conceptes retributius els aprova l'Estat a través d'una norma de funció pública general, no a través d'una LPGE. Per la seva banda, les entitats locals no poden crear un concepte retributiu nou i solament podran aplicar-lo si està creat per una norma bàsica estatal; en el cas present, no podran crear un complement personal de característiques i règim jurídic diferent al CPT previst en la LMRFP, únic complement personal reconegut en la legislació funcional.

Per tant, millorar la posició dels funcionaris del grup E, també pel que fa a la reducció de les retribucions complementàries, amb un complement personal que compensi la reducció del complement de destinació i del complement específic no és una obligació imposada pel legislador estatal, sinó una opció de cada administració pública.

Finalment, veurem la qüestió de com aplicar la reducció en el cas que, afirmada la competència de cada entitat local per aplicar una reducció diferent al 5% de les complementàries als funcionaris del grup E, alguna decidís fer-ho. De voler prendre aquesta decisió, seria convenient avaluar prèviament la problemàtica complexa que pot comportar i que es pot acabar resolent pels Tribunals de justícia; problemàtica generada i no resolta pel RDL, de la que ara destacaria:

- a) Quin significat té l'expressió del nou redactat LPGE "reducció de caràcter personal"? Pretén l'objectiu de no reduir gairebé el nivell retributiu dels funcionaris del grup E/AP amb caràcter general, els actuals i els futurs, per considerar que ja tenen unes retribucions baixes? O pretén evitar que els actuals funcionaris d'aquest grup tinguin "de sobte" una reducció del seu nivell retributiu que els impedeixi mantenir un determinat poder adquisitiu? Si aquesta última era la finalitat, perquè no expressar-se clarament aplicant el concepte conegut de CPT absorbible per futures millores o increments?
- b) Caldrà concretar si s'aplica solament als complements de destinació i específic o si afectarà també el complement de productivitat i les gratificacions per serveis extraordinaris. Algunes

entitats locals han adoptat uns criteris –aprovats reglamentàriament o no-, reproduint literalment el redactat del RDL. Aquestes entitats, si no modifiquen les regles aprovades, haurien d'aplicar la reducció de l'1% a tots els complements, en virtut del principi interpretatiu “on la llei no distingeix, no podem distingir”.

- c) Segons la legislació general de funció pública, el complement de destinació correspon al nivell del lloc atenent uns criteris o factors objectius legalment establerts; de manera que no és possible un complement de destinació personal. Davant d'això, sembla que el complement de destinació dels funcionaris del grup E seria el corresponent al nivell del lloc ocupat per cadascun –aplicada la reducció del 5%- i que la diferència es retribuïria com a complement personal.
- d) Amb el complement específic es podria aplicar la mateixa solució proposada pel complement de destinació, però també seria viable l'alternativa de reduir el dels llocs del grup E amb un 1%, amb la única dificultat dels llocs barrats E/C2. Amb aquesta alternativa el resultat no seria el d'un complement personal
- e) En les RLT de moltes administracions trobaríem alguns llocs del grup E que tenen assignat un nivell de complement de destinació i/o un complement específic superiors a llocs del subgrup C2. En aquests casos, amb la bonificació aplicada de forma general al grup E, resultarà que els funcionaris d'aquest grup incrementaran la diferència respecte als del subgrup C2, cosa que està mancada de tota racionalitat i que pot considerar-se una discriminació injustificada, amb efectes oposats als que justifiquen la mesura adoptada legalment.
- f) Si la quantia del complement de productivitat està singularitzada per a cada subgrup/grup de titulació, no hi hauria dificultat pràctica per a reduir solament la del grup E en un 1%; en cas contrari serà segurament molt més complex legalment i a la pràctica. En el cas de les entitats que tenen predeterminada una quantia individual per aquest concepte, idèntica per a tots els funcionaris de tots els subgrups/grups, seria molt difícil trobar arguments legals en favor d'aquesta decisió ja que podria comportar una discriminació entre els funcionaris d'aquest grup i la resta –atesa la definició del complement-, o arbitrarietat, atesa la manca de justificació de la mesura i la irracionalitat de què una contribució dels funcionaris de grups superiors, que s'ha de presumir de la mateixa entitat o superior pel que fa a la seva productivitat, sigui remunerada amb una quantia inferior.
- g) En el cas de les gratificacions, que habitualment estan establertes en funció del subgrup/grup, no seria difícil reduir el preu per hora extraordinària del grup E un 1%, sempre que no en resulti un preu superior a altres grups/subgrups, ja que aleshores es generaria un tractament incoherent i difícil de justificar.
- h) Recordem, com hem vist anteriorment, que no hi ha cap impediment per aplicar reduccions superiors al 5% de la massa salarial, però que sí seria il·legal aplicar una reducció inferior. Segons això, la reducció limitada a l'1% de les complementàries -o inferior al 5%- exigiria un increment de la reducció aplicada als funcionaris dels altres grups per aconseguir l'objectiu del 5% de reducció global, cosa que accentuaria la diferència de tracte amb la resta de grups, un greuge comparatiu i una desigualtat difícil de justificar i, probablement, discriminatòria. En aquest cas, l'aplicació d'un CP podria suposar la seva exclusió a efectes de càmput de les retribucions globals i la no repercussió sobre la resta de grups; en aquest sentit es podria entendre la solució adoptada en l'àmbit de l'AGE.
- i) Si s'obre la via del tractament diferenciat pel grup E, admès que cada entitat local també té competència per aplicar reduccions diferents al 5% per a la resta de subgrups/grups, no s'endegarà un corrent reivindicatiu d'una reducció diferenciada pels funcionaris de diversos grups, malgrat s'hagi de respectar sempre la reducció global mínima del 5%.
- j) D'aplicar un complement personal, quina naturalesa tindrà? Aquest concepte retributiu és propi de la legislació laboral, mentre que en l'àmbit funcional existeix solament el CPT amb la finalitat establerta amb caràcter general per la LMRFP i el règim jurídic previst en la pròpia LMRFP i la legislació autonòmica de desenvolupament. Ens hauríem de paltejar si, igual que

el CPT, serà absorbible per futurs increments o podria no ser-ho; i si no és considera absorbible, si aquesta condició és absoluta i no es perd malgrat els funcionaris afectats accedeixin a un cos/escala d'un subgrup/grup superior o canviïn de lloc de treball.

- k) Caldrà concretar si el complement formarà part de la paga extraordinària de desembre, cosa que no hauria de ser si apliquem el règim del CPT. Sembla que l'Estat no l'inclourà, segons es podria deduir de la Resolució sobre confecció de nòmnes, instrucció 1.2.a), quan afirma "siendo de aplicación a este personal idénticas reglas que al resto en cuanto a la cuantía de las pagas extraordinarias de los meses de junio y diciembre de 2010".
- l) També convindria deixar clar si el complement personal el tindran tots els funcionaris del grup E, actuals i de futur, o és personal en sentit estricte. En el segon cas, no el percebrien els funcionaris que hagin accedit a la funció pública amb posterioritat a l'entrada en vigor del RDL. Tampoc queda clar si correspondrà solament als funcionaris de carrera o també als funcionaris interins i, en aquest cas, si aquests el podran mantenir si accedeixen a funcionaris de carrera.

En resum, que a la vista de la problemàtica anterior, considero que seria prudent per part de Les entitats locals valorar la conveniència d'aplicar la reducció del 5% amb caràcter general als funcionaris de tots els subgrups/grups, sense bonificar els funcionaris del grup E/AP.

8. REDUCCIÓ DE LES RETRIBUCIONS I NEGOCIACIÓ COL·LECTIVA

L'Estat ha suspès parcialment l'aplicació de l'Acord Govern-Sindicats per a la funció pública en el marc del diàleg social 2010-2012. Efectivament, segons la Disposició addicional segona RDL 8/2010:

"Se acuerda con efectos de uno de junio de 2010 la suspensión parcial del Acuerdo Gobierno-Sindicatos para la función pública en el marco del diálogo social 2010-2012, firmado el 25 de septiembre de 2009 en los términos necesarios para la correcta aplicación del presente Real Decreto Ley y, en concreto, las medidas de contenido económico."

Davant d'aquesta mesura en la resta d'administracions s'ha plantejat si calia adoptar una disposició en el mateix sentit i suspendre o modificar unilateralment els acords signats sobre increments retributiu anuals i l'aplicació als diferents conceptes, en base a l'article 38.10 LEBEP que preveu:

"se garantiza el cumplimiento de los pactos y acuerdos, salvo cuando excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas suspendan o modifiquen el cumplimiento de los pactos y acuerdos ya firmados, en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público".

Fixem-nos que la LEBEP es refereix a la possibilitat d'actuar en cada administració pública i que la causa que justifiqui la suspensió o modificació s'ha de donar en l'administració que vol actuar en aquest sentit. De manera que el fet que es doni la causa a nivell estatal, europeu o mundial no significa que s'hagi de donar, per exemple, a nivell d'una entitat local concreta.

Realment, la causa que origina i justifica la reducció de les retribucions per part de les administracions autonòmiques i locals està en què l'Estat ha aprovat una norma bàsica que, a més, pot estar en contradicció amb allò previst en l'acord de condicions de treball; amb la qual cosa no procedeix la suspensió o modificació unilateral de l'acord pel que fa als aspectes que són competència de l'Estat, sinó complir i aplicar simplement una norma bàsica estatal. Si a més es dóna el cas que l'acord de condicions de treball contradiu la norma bàsica –cosa que segurament succeeix en la majoria d'administracions-, s'aplicaria l'article 22.8 LPGE 2010, que no s'ha modificat, segons el qual "els acords, convenis o pactes que impliquen creixements retributius superiors als que s'estableix en el present article o en les normes que el desenvolupen hauran d'experimentar l'oportuna adequació, esdevenint inaplicables en cas contrari les clàusules que s'hi oposin". Per tant, hem d'adequar els acords pactats a la nova redacció de l'article 22 LPGE i les

disposicions de la mateixa Llei que fixen la quantia de les retribucions bàsiques i del complement de destinació de cada nivell.

Ara bé, si una entitat local pateix una situació econòmica excepcionalment greu i considera que la reducció global del 5 % és insuficient per a poder resoldre aquesta situació, podrà aplicar una reducció superior. En aquest cas es quan seria d'aplicació allò previst en l'article 38.10 LEBEP i es podria suspendre o modificar l'acord de condicions de treball. Per fer-ho caldria tenir en compte que solament s'hauria d'intervenir en aquelles clàusules de l'acord que sigui indispensable per aconseguir l'objectiu de reducció fixat i que la intervenció es faria "en la mesura estrictament necessària per a salvaguardar l'interès públic". Per tant, de voler aplicar una reducció superior al 5%, l'administració haurà de justificar que es dóna aquesta causa.

Al meu parer, la possibilitat d'aplicar aquesta mesura excepcional no hauria de deixar de banda la negociació prevista amb caràcter general i obligatori per a "*determinar i aplicar les retribucions complementàries*" que són competència de cada entitat (article 37.1.a) i b9 LEBEP).

UNA APROXIMACIÓ D'URGÈNCIA A LA REFORMA LABORAL DEL 2010 (R.D.Llei 10/2010): LA SEVA INCIDÈNCIA SOBRE LES CORPORACIONS LOCALS EN ELS ASPECTES REFERITS A CONTRACTACIÓ I SELECCIÓ.

Xavier Boltaina Bosch

Facultat de Dret.- Universitat de Barcelona

1.- OBJECTIU DE LA PONÈNCIA.

El Reial Decret Llei 10/2010 de 16 de juny de mesures urgents per a la reforma del mercat de treball (d'ara endavant, RDL), publicat el 17 de juny al BOE i amb entrada en vigor a l'endemà 18, ha estat una més de les normes aprovades pel Govern central per fer front a la fortíssima crisi econòmica que pateix Espanya i Catalunya. Per bé que el RDL està redactat fonamentalment en clau d'empresa privada, i ha diversos aspectes que tenen incidència sobre les Corporacions locals (CCLL).

L'objecte d'aquesta ponència no es fer un anàlisi del RDL en tota la seva extensió i valorar la seva incidència sobre les Corporacions locals en tots i cadascun dels seus aspectes doncs es una tasca que pel poc temps transcorregut entre la seva promulgació i l'acte de la FMC (7 de juliol) es del tot impossible. El que nosaltres aquí volem, però, es ressaltar aquells aspectes fonamentals del RDL que tenen una incidència directa en les Corporacions locals catalanes i que seria bo els gestors de recursos humans fessin una valoració o reflexió en tot allò que afecta a la gestió d'aquests recursos. En concret ens centrarem en les modificacions esdevingudes en la contractació i en alguns punts de la incorporació de personal a l'empresa.

Tan mateix, en un primer apartat farem algunes consideracions bàsiques sobre l'abast de la reforma duta a terme, que no cal oblidar, un cop convalidada pel Parlament, s'està tramitant com projecte de llei i, per tant, pot veure's afectat –fins i tot de manera important- al llarg d'aquest tràmit parlamentari.

2. UN APROPAMENT A LA REFORMA LABORAL INTRODUIDA PEL REIAL DECRET LLEI 10/2010.

Davant del fracàs de les negociacions a tres bandes, el Govern espanyol ha aprovat el RDL 10/2010, que per altra banda, un cop convalidat pel Congrés, s'està tramitant com a projecte de llei. Implicarà això que l'actual RDL es veurà afectat, a ben segur, per modificacions, a través de les esmenes que es puguin introduir per part dels grups polítics.

Es fa difícil, però, efectuar un judici de valor del conjunt del RDL. Rebutjat per les organitzacions sindicals, considerat insuficient per les organitzacions empresarials i alguns partits polítics, també rebutjat per altres formacions polítiques i qüestionat per la doctrina laboralista –en alguns casos

per regressiu i en d'altres per ser de curta volada-, qualsevol opinió es vàlida i possiblement, alhora, rebuttable. Farem un breu i incomplet resum d'algunes de les mesures, abans de passar a l'estudi més detallat d'aquelles que poden ser d'interès immediat per a les Corporacions locals.

- a) regles sobre la intermediació en el mercat del treball. Fonamentalment hi destaca la supressió de la prohibició d'existència d'agències privades de col·locació amb ànim de lucre, que no obstant estaran tutelades pel Servei Públic d'Ocupació. Mesura vista com a positiva per un sector de la doctrina laboral, i execrada pels sindicats que parlen de privatització de la intermediació laboral en època de crisi.
- b) introducció de noves regles, més dures, en l'encadenament de contractes temporals, tant en el sector privat com en el públic, doncs s'inclou en aquest àmbit no sols el treballador amb diversos contractes en un mateix lloc de treball sinó que s'amplia a diversos llocs de treball, i també es veu afectat si es un cas de successió o subrogació i s'amplia el concepte als grups d'empreses. Hi dedicarem un apartat especial a aquesta qüestió, que inclou la reformulació del contracte de treball d'obra o servei determinat.
- c) s'introdueixen modificacions en l'àmbit de l'acomiadament per causes econòmiques, tècniques, organitzatives i de producció, ja sigui com a acomiadament col·lectiu o com a acomiadament objectiu (arts.51 i 52 respectivament). La normativa aprovada, però, no es específica, no ofereix un detall de les causes, sinó que continua tenint un esperit obert. La crítica envers a aquesta circumstància s'ha de relativitzar, doncs es pràcticament impossible recollir en un precepte tots i cadascun dels aspectes que poden esdevenir en la situació de crisi d'una empresa, inclòs d'una Administració o entitat pública. Hem de destacar, dins d'aquesta reforma, diversos punts: en primer lloc, el jutge o autoritat laboral veuen reduïda les seves possibilitats d'intervenció, ja que els nous preceptes pretenen que l'empresa doni una justificació mínimament raonable, havent-se eliminat la referència a la necessitat de garantir la viabilitat de l'empresa o superar les dificultats com a forma de demostrar la justificació dels acomiadaments. Ara, l'acomiadament serà vàlid per a "*contribuir a millorar la situació de l'empresa o a prevenir una evolució negativa de la mateixa*".
- d) Es produeix una reforma de la "*flexibilitat interna*" (mobilitat geogràfica, modificació substancial de les condicions de treball, etc..) que ha estat criticada quasi bé per tothom, uns per ser gravosa i d'altres per ser de molt curta volada.
- e) La potenciació de les empreses de treball temporal. Es dona un termini de fins desembre del 2010 per l'eliminació de la negociació col·lectiva de les restriccions que puguin haver-hi en l'actualitat per al seu ús, en determinats àmbits econòmics. Hi dedicarem un breu comentari pel que fa a la presència d'aquestes en les Administracions Públiques.
- f) Es fa una ordenació –de nou- de la contractació indefinida i de les seves bonificacions, en el sentit també de promocionar el contracte indefinit de foment de l'ocupació, el paper del FOGASA pel que fa als acomiadaments i les indemnitzacions i l'establiment d'un Fons de Capitalització cara a futures suspensions contractuals, acomiadaments i fins i tot jubilacions, on caldrà veure el desenvolupament doncs el RDL no exclou ara per ara del seu àmbit a les Administracions Públiques pel que fa al seu personal laboral.

3.- MODIFICACIÓ DEL CONTRACTE D'OBRA O SERVEI DETERMINAT.

De tota la reforma laboral duta a terme pel RDL possiblement la referida als contractes temporals és la que més afectarà en el futur a les CCLL. Val a dir, però, que als nostres efectes, es el contracte d'obra o servei determinat (COSD) el més afectat.

La reforma no modifica el contingut del contracte:

“cuando se contrate al trabajador para la realización de una obra o servicio determinados con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta” (art.15.1.a ET)”.

No obstant s'introdueix una clàusula limitativa d'important abast que fins i tot contradiu el sentit de la definició del contracte: la durada del COSD no podrà ser superior a 3 o 4 anys, segons el cas:

- com a regla general, la durada del COSD no podrà tenir una durada superior a 3 anys.
- es podrà ampliar fins a 12 mesos més,

“por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior”.

Les conseqüències d'aquesta previsió son:

- a) encara que l'OSD sigui de durada incerta, en cap cas el treballador podrà prestar serveis més de 3 anys. ¿treballador o treballadors?. Creiem que la resposta correcta és treballador individualment considerat, per la qual cosa –segons el nostre parer-, si l'OSD té una durada superior a 3 anys, no seria impossible recórrer a un altre treballador per continuar prestant serveis. No entenem que la limitació dels 3 anys abasti a l'OSD, no a l'empleat.
- b) Aquesta opinió, que té un exemple comparatiu en el contracte eventual per circumstància de la producció (màxim 6 mesos dins d'un període de 12, encara que pugui existir la causa que el justifiqui, però que obliga a donar-lo per finalitzat) es pot interpretar d'una altra manera, tal com es va fer palès en la sessió de la FMC del 7 de juliol: no es podrà donar per finalitzat el COSD encara que s'arribi als 3 anys, sinó que continuarà pervivint, però ja no com a contracte temporal sinó fix (o indefinit no fix). Dues tesis, però, que en el futur donaran peu a conflictivitat judicial per tal de concretar quina és la resposta més adient.
- c) el termini de 3 anys pot ampliar-se a 12 mesos més, però en el cas de les CCLL catalanes no sembla possible, ja que no es factible introduir el canvi a través de conveni col·lectiu propi. L'excepció, potser, seria per aquells Ajuntaments que no tenen conveni propi i han de recórrer a un conveni col·lectiu sectorial i aquest, en aplicació del RDL, facin la modificació.
- d) Aquesta durada màxima no s'aplicarà als COSD formalitzats amb anterioritat al 18 de juny de 2010.

Finalment, el nou article 15.1.a) ET introdueix una clàusula de “penalització” si el treballador supera els 3 anys amb COSD:

“transcurridos estos plazos, los trabajadores adquirirán la condición de trabajadores fijos en la empresa”

Aquesta regla no es aplicable a les CCLL, atès el caràcter d'Administració Pública, per la qual raó la conseqüència seria la conversió del treballador en indefinit no fix, definició que ni la Llei ni l'EBEP inclou –per mot que molts autors s'encaparrin en dir que l'art.8 EBEP reconeix la figura de l'indefinit no fix-. Ho veurem al tractar la DA 15^a de l'ET en la seva nova redacció.

4.- LA MODIFICACIÓ DELS CONTRACTES FORMATIUS.

El Govern reconeix el poc us d'aquesta modalitat de contractes. Per aquesta raó, ha introduït tot un seguit de modificacions. Des del punt de vista de les CCLL, como sigui que es pot recórrer a ells sense cap tipus de dificultat a l'empara mateix de l'EBEP, ens referirem als trets fonamentals que incorpora el nou RDL.

4.1.- El contracte en pràctiques.

- a) les titulacions són les mateixes que abans de la reforma laboral, si bé s'inclou el certificat de professionalitat previst en la Llei Orgànica 5/2002 de 19 de juny de les Qualificacions i de la Formació Professional, inclusió a tots els efectes al llarg del nou art.11 de l'ET.
- b) un aspecte molt rellevant es que si fins ara es podia concertar el contracte dins dels 4 anys posteriors a la finalització dels estudis, ara es podrà fer dins del 5 anys posteriors, mantenint-se els 6 anys per a les persones amb discapacitat.
- c) el certificat de professionalitat obtingut en una Corporació a través de un contracte per a la formació no servirà –per aquesta Corporació per formalitzar un contracte en pràctiques. En sentit contrari, si que es podrà si s'ha obtingut en una altra empresa o Corporació.
- d) A la regla de què cap treballador podrà estar contractat en pràctiques en la mateixa empresa o diferent empresa per temps superior a 2 anys en virtut de la mateixa titulació, el RDL afegeix que:

“tampoco se podrá estar contratado en prácticas en la misma empresa para el mismo puesto de trabajo por tiempo superior a 2 años, aunque se trate de distinta titulación o distinto certificado de profesionalidad.”

A aquests efectes es considera diferent titulació els títols de grau i de màster.

4.2.- El contracte per a la formació.

- a) amb caràcter teòricament permanent, es manté l'edat mínima i màxima: 16 i 21 anys, que puja a 24 anys en el cas d'aturats que s'incorporin com alumnes-treballadores en les Escoles Taller i Cases d'Oficis, i sense límit en el Tallers d'Ocupació o persones amb discapacitat. No obstant, des del 18 de juny de 2010 fins el 31 de desembre de 2011, es podran realitzar contractes per a la formació amb menors de 25 anys –es a dir, que no els hagin complert-, sigui quina sigui la circumstància, excepte el cas dels Tallers d'Ocupació i persones amb discapacitat, que hem d'entendre que continuen no tenint límit d'edat.
- b) en el segon any de durada del contracte, la retribució no podrà ser inferior al salari mínim interprofessional, sigui quina sigui la jornada de treball que es dugui a terme (es a dir, independentment del temps dedicat a la formació teòrica).

- c) se li atorga per primer cop dret a l'atur, excepte els alumnes-treballadors de les Escoles Taller, Cases d'Oficis i Tallers d'Ocupació (excepció prevista per la DA 3^a del RDL). Si el contracte per a la formació es anterior al 18 de juny de 2010, hem d'entendre que no dona dret a l'atur, però sí a partir del 18 de juny; aquest dret començarà a partir de la primera pròrroga que es faci, aplicació normativa realment kafkiana ja que sembla deduir que ha d'haver pròrroga, perjudicant als treballadors que hagin estat ja contractats des de l'inici fins la durada màxima i cobrint exclusivament com a cotitzat aquest període posterior a la pròrroga:

DT 8^a: *“no obstante lo anterior, a partir de la entrada en vigor de este RDL será aplicable a dichos contratos, cuando sean prorrogados, la cobertura de la contingencia de desempleo (...)”*

Amb caràcter general per als contractes en pràctiques i per a la formació, en el conveni col·lectiu de cada Corporació local es podran fixar criteris i procediments que tinguin com a fi aconseguir la paritat per raó de gènere en el nombre de treballadors vinculats a la Corporació a través

5.- LA CONCATENACIÓ DE CONTRACTES TEMPORALS. REGLA GENERAL.

La reforma laboral del 2006, primer mitjançant Reial Decret Llei i després a través de la Llei 43/2006, va introduir un nou article, el 15.5 de l'ET que ha tingut importants conseqüències i que també ha afectat a l'Administració local. Els trets fonamentals de la reforma del 2010 són, segons el RDL de juny, les següents:

- a) es manté l'art.15.5 en el sentit de què els treballadors que
- “en un período de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad (...) mediante dos o más contratos temporales (...) adquirirán la condición de fijos.”*
- b) es continua exceptuant d'aquesta circumstància els contractes formatius (pràctiques i per a la formació, de relleu i d'interinitat).

Les reformes més significatives que afecten a les CCLL son les següents:

- a) fins ara, s'exigia que aquests mes de 24 mesos dins d'un període de 30, amb o sense solució de continuïtat, ho fossin en relació a un mateix treballador, en la mateixa empresa – o bé a través d'ETT's, circumstància quasi impossible en les CCLL per les limitacions fixades per la legislació de contractació administrativa publica-. En concret:

“para el mismo puesto de trabajo con la misma empresa, mediante dos o más contratos temporales...”

El RDL de 2010, estableix els següents canvis:

- a) no requereix que sigui el mateix lloc de treball: l'aplicació del RDL ho es
- “para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas...”*
- b) i en relació a la “misma empresa”, a més a més d'incloure el “grupo de empresas”,

“también será de aplicación cuando se produzcan supuestos de sucesión o subrogación empresarial conforme a lo dispuesto legal o convencionalmente”.

És important, però, afegir dues consideracions (DT 2^a RDL):

- c) aquestes noves regles solament tindran vigència per als contractes formalitzats a partir del 18 de juny de 2010:

“lo previsto en la redacción dada por este RDL al artículo 15.5 del ET será de aplicación a los contratos de trabajo suscritos a partir de la fecha de entrada en vigor de aquél”.

- d) *“respecto a los contratos suscritos por el trabajador con anterioridad, seguirá siendo de aplicación, a los efectos del cómputo del número de contratos, lo establecido en el art. 15.5 según la redacción dada al mismo por la Ley 43/2006...”*

Aquesta DT 2^a introdueix dubtes per la seva poca claredat.

- a) el nou art.15.5 ET solament s’aplica a partir del primer contracte amb un treballador formalitzat a partir del 18 de juny de 2010? La resposta hauria de ser positiva ja que la claredat de la DT 2^a RDL es meridiana.
- b) llavors, quin sentit té el segon paràgraf que diu que el nou art.15.5 ET no s’aplicarà als contractes subscrits amb anterioritat al 18 de juny, *“a los efectos del cómputo del número de contratos”*, sobre tot si es té en compte que el nombre de contractes a computar no s’ha modificat.? La resposta més lògica seria que en aquest còmput s’exclouria els contractes dels grups d’empreses, els contractes per diferents llocs de treball i els contractes derivats de subrogació o successió d’empresa.

Però si l’anterior resposta es la més plausible, quin sentit té la DT 2^a, segon apartat en relació al primer?

6.- LA CONCATENACIÓ A L’ADMINISTRACIÓ LOCAL O L’EXCES DE DURADA DEL COSD.

La reforma laboral del 2006 va introduir a l’ET una DA, la 15^a, que també aplicava les conseqüències de l’art.15.5 de l’ET a les Administracions, si bé amb els límits de que en cap cas es convertien en fixos els treballadors sinó que, sense esmentar-ho, passaven a ser indefinits no fixos.

El RDL de 2010 ha modificat la DT 15^a, però únicament per introduir un aclariment:

- e) l’art.15.5 de l’ET s’aplica a les CCLL. (regim legal idèntic a l’existent).
- f) això no obsta que siguin d’aplicació *“los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, por lo que no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable”*. (regim legal idèntic a l’existent).
- g) la regla de l’art.15.5 ET també s’aplica al treballador amb un COSD a les CCLL que superin els 3 anys, tot d’acord amb les noves regles del precepte.

6.1.- Formalització de les conseqüències a l'Administració local dels COSD de llarga durada o de la concatenació contractual.

El RDL ha modificat l'art.15.9 de l'ET, precepte que es referia a la possibilitat reglamentària de que el Govern desenvolupés l'art.15 (que ha passat l'art.15.10) i introdueix un nou precepte d'un abast important:

Així, en relació a la conversió en "fix" del treballador amb un COSD que superi els 3 anys (o els 4, si fos el cas) i els que s'aplica l'art.15.5 ET (concatenació):

"(...) el empresario deberá facilitar por escrito al trabajador, en los diez días siguientes al cumplimiento de los plazos indicados, un documento justificativo sobre su nueva condición de trabajador fijo de la empresa".

Malgrat que en el cas de les CCLL ni per l'aplicació de l'art.15.1.a ni art.15.5 ET el treballador es converteix en fix, sinó en indefinit no fix, cal reflexionar sobre si això es aplicable a les nostres Administracions. El nostre parer es que sí, i que obliga a les CCLL a atorgar un document justificatiu declarant al treballador indefinit no fix.

7.- LA INDEMNITZACIÓ PER LA FI DELS CONTRACTES TEMPORALS.

L'art.49.1c) del ET s'ha modificat, fent una mica més gravós la fi dels contractes temporals, en veure augmentat la seva indemnització. Recordem que de manera tradicional, solament el contracte de foment de l'ocupació –el més clàssic de la dècada dels 80 del passat segle- tenia una indemnització final de 12 dies per any treballat. Els anomenats contractes causals (COSD, interinitat i eventual per circumstàncies de la producció) no tenien indemnització prevista.

Posteriorment, a la reforma del 2001 i fins l'actual RDL, es establir una "indemnització" de 8 dies per al COSD i contracte eventual, però no així per als contractes formatius i contracte d'interinitat.

El RDL ha pujat aquesta indemnització, situant-la al mateix nivell que la clàssica del contracte de forment de l'ocupació:

"A la finalización del contrato, excepto en los casos del contrato de interinidad y de los contratos formativos, el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio..."

No obstant, s'ha fixat una gradualitat en l'aplicació d'aquesta indemnització, que sincerament ens sembla difícil d'entendre a la vista de que estem parlant d'una elevació de 8 a 12 dies per any.

- les CCLL podran continuar realitzant contractes causals amb indemnització si els realitzen fins el 31-12-2011, amb una indemnització de 8 dies.
- puja a 9 dies si se celebra a partir del 1-1-2012.
- se situa en 10 dies els que es facin a partir de l'1-1-2013.
- s'eleva a 11 dies a partir de l'1-1-2014.
- finalment ja se situa en 12 dies a partir de l'1-1-2015.

Les conseqüències son, al nostre parer que:

- a) es fixa una vacatio legis d'1 any i mig, doncs fins el 31 de desembre de l'any 2011 es podran continuar realitzant sense cap augment d'indemnització. Es més, l'ET es refereix a què la indemnització serà de 8 dies per aquells que es realitzin fins aquella data, encara que acabin –p.ex- 3 anys més tard.
- b) la mateixa regla final exposada s'aplica a la resta de contractes, segons la seqüència temporal esmentada.
- c) la regla, dels 12 dies, doncs, no tindrà vigència plena fins que es formalitzin contractes a partir de l'1 de gener de 2015.
- d) Aquest règim de transitorietat té una difícil justificació, per la seva enorme llargària (quasi 4 anys i mig per aconseguir passar de 8 a 12 dies), quan en la reforma del 2001 es va passar de 0 a 8 dies tot de cop.

8.- L'ÚS DE LES ETT EN LES CORPORACIONS LOCALS.

El RDL estableix una regla que, encara que necessàriament pensada exclusivament per a les Administracions Públiques, sembla que tingui una aplicació per aquestes, tant en relació a la Llei de Contractes del Sector Públic, com en el cas de limitacions fixades per lleis autonòmiques o normes convencionals:

Art.17.7 RDL:

“A partir del 1 de enero de 2011, se suprimen todas las limitaciones o prohibiciones actualmente vigentes para la celebración de contratos de puesta a disposición por las empresas de trabajo temporal (.....; amb les excepcions fixades en l'art17.6 referits a treballs en activitats d'especial perillositat aliens a l'administració local).

No obstant, l'art.17.7 RDL fixa que des d'aquesta data de 1-1-2011 es podran establir limitacions o prohibicions, que sols seran vàlides quan:

- quan es justifiquin per raons d'interès general relatives a la protecció dels treballadors cedits per empreses de treball temporal.
- per la necessitat de garantir el bon funcionament del mercat de treball
- per evitar possibles abusos.

Davant d'això, té vigència la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de *Contratos del Sector Público*? El nostre parer es que no sembla que hagi raons per a entendre com a vigent la DA 5^a1, excepte que

¹ Disposición adicional quinta. Límites a la contratación con empresas de trabajo temporal.
1. No podrán celebrarse contratos de servicios con empresas de trabajo temporal salvo cuando se precise la puesta a disposición de personal con carácter eventual para la realización de encuestas, toma de datos y servicios análogos.

2. En estos contratos, vencido su plazo de duración, no podrá producirse la consolidación como personal del ente, organismo o entidad contratante de las personas que, procedentes de las citadas empresas, realicen los trabajos que constituyan su objeto, sin que sea de aplicación lo establecido en el artículo 7.2 de la [Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal](#). La duración de estos contratos en ningún caso podrá superar el plazo de seis meses, extinguiéndose a su vencimiento sin posibilidad de prórroga.

es pugui inserir en l'apartat d'evitació de possibles abusos que, per la pròpia naturalesa de les CCLL hauríem de rebutjar com a regla general, ni tampoc sembla que es pugui fer dependre del bon funcionament del mercat del treball o raons d'interès generals per protegir als treballadors, a banda de que no resta gens clar qui determina això. No obstant, si analitzem el RDL, dona la impressió que la supressió d'aquestes limitacions estigui més bé pensada per als sectors de perillositat que abans no podien recórrer a les ETT. Es a dir, es fa difícil deduir del RDL si realment es pretenia permetre que les ETT puguin actuar en les CCLL restant sense efecte la DA 5^a de la Llei 30/2007, malgrat que al nostre parer creiem que s'ha produït la derogació de la DA.

4^a

sessió

15/09/10

Nous horitzons en la gestió pública local davant la crisi: reptes i oportunitats

Una nova estructura institucional ajustada a les necessitats en temps de crisi.

Rafael Jiménez Asensio, professor de dret constitucional de la Universitat Pompeu Fabra i soci director del despatx Estudi Consultoria Sector Públic

Taula rodona: El nou paper del gestor públic. Canvis de model i de lideratge que cal aplicar en les nostres administracions locals en un futur immediat.

Àlex Grau, cap de Recursos Humans de la Diputació de Tarragona

Joan Samper, cap de Recursos Humans de l'Ajuntament de Girona

La reacció tardana i amb certa desorientació a la crisi econòmica actual ha provocat dures polítiques d'ajustament. La necessitat de redefinir l'estat social del benestar —una de les més grans conquestes polítiques i socials europees del segle XX— comporta l'adopció de mesures dràstiques per a frenar la crisi i la reformulació dels models actualment més estesos de gestió pública cap a fórmules que vehiculin la transformació del sector públic per tal d'afrontar una situació desconeguda en les darreres dècades.

L'adopció de models de transformació del sector públic local —com un element més que integra el complex entramat públic del país— que permetin afrontar amb èxit la reforma profunda que cal dur a terme serà l'objecte del debat d'aquesta sessió, en què s'abordarà aquesta qüestió a partir de la reflexió a l'entorn de dos grans temes:

- Quin ha de ser el nou model de gestió pública que cal adoptar per donar resposta al repte que el present ens ofereix des de la perspectiva de l'estratègia que s'ha de seguir i de la necessitat d'assolir els resultats esperats.
- Quina ha de ser l'estructura institucional idònia per a definir les estratègies i repensar les polítiques públiques per tal de reeixir en els reptes plantejats, tenint present la perspectiva del lideratge necessari per a dur-ho a terme.

M. Carme Noguer

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

Las Instituciones locales en tiempo de crisis (Una nueva estructura institucional ajustada a las necesidades en tiempo de crisis)

TEXTO PROVISIONAL PENDIENTE DE REVISIÓN

Rafael Jiménez Asensio

Professor de Dret Constitucional de l'UPF
Soci director d'Estudi Consultoria Sector Públic./Estudi.Con

I.- PLANTEAMIENTO.....	1
II.- UNA CRISIS ECONÓMICA DISTINTA Y CON EFECTOS A LARGO PLAZO SOBRE NUESTROS GOBIERNOS LOCALES.....	2
III.- ALGUNAS REFERENCIA COMPARADAS DE LA CRISIS Y SUS EFECTOS SOBRE EL NIVEL LOCAL DE GOBIERNO.....	5
IV.- LA CRISIS FISCAL DE LOS GOBIERNOS LOCALES EN ESPAÑA: ATENCIÓN ESPECIAL A LA SITUACIÓN FINANCIERA DE LOS MUNICIPIOS.....	7
V.- ¿QUÉ HACER?: CÓMO PUEDEN LOS GOBIERNOS LOCALES ENFRENTARSE A UNA CRISIS FISCAL QUE HA VENIDO “PARA QUEDARSE”.....	9
VI.- REFORMAS INSTITUCIONALES EN EL ÁMBITO LOCAL PARA HACER FRENTE A LA CRISIS: ALGUNAS PROPUESTAS.....	13
1) Medidas de reforzamiento institucional del sistema de gobierno local y de su financiación....	15
2) Medidas de reforma estructural y organizativa. Una apuesta por la dirección pública profesional.....	15
3) Medidas de reforma del empleo público.....	16
BIBLIOGRAFÍA.....	18

I.- PLANTEAMIENTO

En este trabajo se pretenden analizar las complejas relaciones entre los gobiernos locales y las consecuencias de la profunda crisis económico financiera sobre el sector público y, más concretamente, sobre el sector público local.

Obviamente, dado el marco en el que se encuadra la presente intervención, el objeto de estas líneas abordará, asimismo, cuáles son las respuestas institucionales que los gobiernos locales deben adoptar para afrontar la difícil situación con la que se enfrentan en estos momentos en materia fiscal, así como habrá que tener en cuenta el más que previsible complejísimo marco en el que se situarán los nuevos gobiernos locales que se constituyan a partir de las elecciones de 2011.

Para analizar esta problemática (gobiernos locales y crisis económica) les propongo un esquema muy simple. En primer lugar, realizaré unas breves consideraciones sobre la naturaleza de esta crisis económica que ya ha sido enunciada como la “Gran Recesión” (a imagen y semejanza de la

“Gran Depresión” de los años treinta del siglo pasado) y, en particular, sobre los rasgos que esta crisis presenta en España y especialmente cómo se proyecta sobre los gobiernos locales.

En segundo lugar, ofreceré un rápido cuadro comparado de cómo ha afectado y está afectando la crisis económica a los gobiernos locales, con especial atención a los de los países miembros de la Unión Europea. Tal vez así seamos conscientes que, a pesar de nuestras propias peculiaridades (que, sin duda, agravan mucho la situación de nuestros gobiernos locales en relación con el resto), hay algunos patrones comunes en el diagnóstico y en las propias soluciones.

En tercer lugar, haré un rápido recorrido por la situación actual de bancarrota financiera de buena parte de los gobiernos locales en España, deteniéndome en la situación de algunos municipios. En verdad, lo que interesa poner de relieve en este apartado es cómo los gobiernos locales (municipios) están viéndose contagiados por un modelo institucional que ofrece signos evidentes de agotamiento.

En cuarto lugar, me detendré en las medidas que deben (o pueden) llevar a cabo los gobiernos locales para afrontar mediante instrumentos propios la crisis económica. En este punto convendrá llevar a cabo una distinción que es importante: la crisis económica –como bien ha expuesto VELASCO (2010)- afecta a los municipios de dos maneras: a) como sujetos pasivos de la crisis (esto es, como entidades públicas con déficit de ingresos y mayor demanda de gastos); y b) como sujetos activos de la recuperación económica (es decir, como entidades de promoción económica). En suma, la crisis económica se proyecta sobre los municipios a través de dos dimensiones: endógena y exógena.

Obviamente, en estos momentos centraremos la atención en las medidas de carácter endógeno que los gobiernos locales pueden impulsar para hacer frente a una situación de crisis fiscal que sin duda se proyectará durante varios años. Así, se cerrará este trabajo con una breve reflexión sobre el papel institucional de los gobiernos locales y las medidas de reforzamiento institucional que cabe adoptar para hacer frente a la etapa de crisis fiscal.

II.- UNA CRISIS ECONÓMICA DISTINTA Y CON EFECTOS A LARGO PLAZO SOBRE NUESTROS GOBIERNOS LOCALES.

No soy economista y, por tanto, mi relato en esta materia es fruto únicamente de las lecturas que sobre este tema llevo haciendo desde hace algún tiempo. Pero resulta meridianamente claro en estos momentos que la actual crisis financiera internacional es la más importante, compleja y profunda y de mayores repercusiones globales desde la Gran Depresión (VIÑALS, 2010).

No se trata de narrar ahora cuáles han sido sus causas y cuáles sus inmediatos efectos, una materia que ha sido analizada profusamente por un buen número de autores de formación económica, y sobre la cual existe un relativo consenso: análisis minuciosos de la crisis son, por ejemplo, los STIGLITZ (2010) y DE LA DEHESA (2009). En este punto los economistas han mejorado su debilitada posición en la que les dejó el estallido de la crisis –ya que muy pocos de ellos intuyeron lo que venía- y se han mostrado cómo unos buenos analistas a posteriori de lo que ha sido ese auténtico *tsunami* económico financiero que tuvo al mundo civilizado al borde la hecatombe en el otoño de 2008.

Tampoco es necesario aquí hacer hincapié en las medidas que se han adoptado por parte de los Estados (y, por lo que ahora importa, por el Gobierno español) para hacer frente a esa situación. Las inyecciones de capital público a las entidades financieras han constituido una de las líneas de defensa que se han aplicado en la totalidad de los países desarrollados para hacer frente a los primeros efectos de la crisis. Asimismo, las políticas de estímulo fiscal han configurado un elemento importante para hacer frente a ese marco excepcional.

Todo ello es sobradamente conocido, pero el problema fundamental se sitúa en que tanto las inyecciones de capital público como los estímulos fiscales han tenido como consecuencia necesaria lo que se ha denominado como “el ensanchamiento de los déficit públicos y un incremento de los niveles de endeudamiento del Estado” (VIÑALS, 2010). En nuestro caso esos

efectos son más que evidentes: las inyecciones de capital a las entidades financieras y las políticas de estímulo fiscal se han llevado a cabo por medio de deuda pública.

Es verdad que, como también se ha dicho, “puesto que ha ocurrido lo impensable, las autoridades han reaccionado haciendo también lo impensable”. Pero todo ese “*tsunami*” ha dejado secuelas marcadas en nuestro sistema económico y, por lo que ahora interesa, en nuestro sistema institucional de los gobiernos locales.

El déficit público se ha disparado hasta un 11,2 por ciento del PIB en 2009, lo que ha hecho encender las luces de alarma y, junto con otra serie de factores que ahora no pueden ser tratados, ha producido una reacción fuertemente negativa de los mercados conduciendo a nuestro país a una situación límite que ha obligado al Gobierno central a cambiar radicalmente su hoja de ruta y a llevar a cabo una serie de medidas de ajuste fiscal extraordinario (Real Decreto Ley 8/2010), a elaborar precipitadamente una tibia y discutible reforma del mercado laboral (Real Decreto-Ley 10/2010), a impulsar una reforma (aplazada en el tiempo) del sistema financiero de las Cajas de Ahorro, a anunciar la reforma del sistema de pensiones y, en fin, lo que es más grave, a esbozar (aunque sin mucho entusiasmo) que posiblemente esas medidas no sean suficientes para afrontar la crisis fiscal en la que se encuentra inmerso el Estado y sus Administraciones Públicas.

Y, efectivamente, la crisis económica parece que comienza a desaparecer (al menos algunos países ya están dando muestras de recuperación económica), pero una vez “gestada” la crisis, se trata ahora de hacer “la digestión” de esa crisis, tal como ha reconocido TUGORES (2010). En efecto, como señala este autor, “las consecuencias del gran volumen de deuda y déficit públicos puestos en marcha inicialmente, (han dado lugar al período) que denominamos de ‘digestión’ de la crisis y su factura, destinado a tener una duración y gravedad al menos similar a la propia ‘gestión de la crisis’”.

Esa “digestión” será particularmente dura, difícil y prolongada en el tiempo por lo que afecta al sector público. Como es conocido, la Unión Europea pretende que todos los países miembros hayan reducido su déficit público a un 3 por ciento del PIB para el año 2013. La situación de partida española es muy mala, pues en menos de cuatro años deberíamos bajar nuestro déficit público más de ocho puntos sobre el PIB, lo que implica una política de ajustes presupuestarios enormemente radical que sin duda afectará también a los gobiernos locales (aunque el porcentaje de déficit público de tales instituciones se encuentra entre el 5 y el 7 por ciento del total).

Este fuerte ajuste presupuestario se agrava por los endémicos datos de crecimiento previstos para ese período de los dos próximos años. Lo que revertirá sin duda sobre un gasto público con pocas capacidades de respuesta ante la anémica situación de los ingresos públicos. En ese contexto realizar políticas públicas exigirá una indudable capacidad de ingenio e innovación, pero sobre todo dosis importantes de eficiencia en todos los sistemas públicos. Y aquí las posibilidades, pese a lo que se pueda suponer, son muchas, pues el “suelo” del que se parte es muy bajo.

En realidad, a los inicios del presente año 2010 es bastante evidente que, con numerosos altibajos y no pocas incertidumbres, la economía mundial (y sobre todo la de algunos países) ofrece síntomas evidentes de recuperación. No es esa, sin embargo, la situación de España, donde siguen existiendo dudas e incertidumbres crecientes por parte de los mercados que algo se han disipado estos últimos meses de verano, pero que nada nos indica que tales sombras no vuelvan a proyectarse en los próximos años sobre la credibilidad de nuestro sistema para salir de la crisis.

Y es que, en efecto, la crisis financiera internacional ha afectado de forma muy intensa a nuestro sistema económico, pero –como también se ha dicho– lo que se ha producido en España es una “superposición de dos crisis” que ha conducido a la situación más grave de los últimos treinta años. Como ha sido expuesto por MARTIN QUEMADA (2010), “sobre esa crisis exterior (la crisis financiera internacional, aunque con tentáculos evidentes en el sistema financiero propio) se superpone otra crisis, con origen interior, derivada del agotamiento del patrón de crecimiento de los años anteriores”. Por tanto, hasta el año 2006 el crecimiento económico fue muy intenso, pero se basó en “un conjunto de factores que son irrepetibles: un alto endeudamiento con tipos reales bajos, una muy escasa aversión al riesgo de empresas y familias, un fuerte componente de inmigración que aportaba mano de obra barata y de escasa cualificación, un más que alto peso

del sector inmobiliario, una baja productividad, poca dotación de I + D + i, beneficios altos con muy baja competitividad, etc., todo ello acompañado de flujos de fondos provenientes de los programas de ayudas de la UE” (MARTÍN QUEMADA 2010). En fin, como reconoce este mismo autor, *era un modelo de crecimiento económico de baja calidad y ciertamente insostenible en el tiempo.*

La crisis financiera internacional, por tanto, ha hecho estragos en España, pero los efectos más fuertes los está produciendo la convergencia de esa crisis con la que es propia y específica del modelo productivo de este país, que tiene por tanto un carácter interno y la cual actúa como una especie de “alas de plomo” en el despegue que la economía española debería tener para salir airoosamente de esa crisis.

En ese complejo contexto es en el que hay que leer las atinadas observaciones del ex rector de la Universidad de Barcelona cuando afirma lo siguiente: “Estos procesos de ‘digestión’ de los déficit y deudas pueden durar más que la propia fase de crisis”, pues sin duda requerirán tiempo y ajustes. Además –añade– “las interacciones de esta ‘digestión’ con la recuperación son complejas y van a marcar los próximos años”. Y esas medidas para hacer frente a la “digestión” se ha de ser conscientes que “tanto la reducción de gastos como los aumentos de impuestos tienen delicadas consecuencias no neutrales en términos económicos y sociopolíticos, que pueden verse agravados si la recuperación es lenta” (TUGORES, 2010).

Y la recuperación en España será lenta. Muy lenta. Al solapamiento de los dos procesos de crisis (financiera internacional y del sistema productivo), se le une como consecuencia dramática la enorme destrucción de empleo en España (en torno a dos millones) que nos ha situado como líderes europeos del desempleo (aunque en estos momentos esa situación de liderazgo, por pocas décimas, la ocupe Letonia, lo que no debe ser ningún consuelo).

En un extraordinario artículo Luís GÁMIR, nos pone de relieve cómo España es un país “adicto al paro”, ya que, salvo el período 1996-2007 en el que entra en un período record de creación de empleo (solo superado por Luxemburgo e Irlanda), España ha estado siempre a la cabeza de los indicadores de desempleo de la Unión Europea (antes de la Comunidad Europea).

Evidentemente el desempleo estructural afectará inevitablemente al crecimiento económico, pues las tasas de crecimiento que se prevén para los próximos años por parte de los organismos internacionales (al margen del relativo optimismo del Gobierno central) son ciertamente bajas y, en cualquier caso, insuficientes a corto/medio plazo para crear empleo. Con lo cual la existencia de una bolsa estructural en torno al 20 por ciento de desempleados y –lo que es más grave aún– un desempleo juvenil que alcanza cotas estratosféricas (del 40 por ciento en menores de 25 años), conforman un panorama desolador para tener fundadas esperanzas en un crecimiento económico a corto plazo.

Y si la esperanza decae, es obvio que también desfallece la confianza. Como dijo en su día el Presidente de Estados Unidos, Franklin ROOSEVELT, “a lo que más hay que temer es precisamente al miedo”. Es importante que nuestras instituciones funcionen bien y afronten la compleja situación que se nos presenta con valentía, realismo y persistencia, pues todos esos atributos se necesitarán para reconducir las políticas locales en los años venideros.

Pues no cabe duda que todo ese cuadro esquemáticamente expuesto nos ofrece unas fuertes limitaciones –que inmediatamente serán analizadas– para que los gobiernos locales actúen. Ni qué decir tiene que la reducción drástica del déficit fiscal, el agotamiento de un modelo productivo insostenible, así como la delicada situación financiera por la que atraviesan todas las Administraciones Públicas (estatales, autonómicas y locales) y de la caída de ingresos fiscales como consecuencia de la crisis, está impactando con una fuerza inusitada sobre el sistema financiero de los gobiernos locales. Tal como veremos, la situación no es homogénea ni mucho menos, pero las luces de alarma hace ya tiempo que se encendieron en muchos Ayuntamientos y en otras entidades locales. En algunos municipios la situación es insostenible.

Pero lo peor está por venir. En términos financieros la situación fiscal más grave será posiblemente la que se abra a partir de la constitución de los nuevos gobiernos locales tras las

elecciones de mayo de 2011. Es entonces cuando la digestión será pesada y dura. Y, sin duda, hay que prepararse, tal como se dirá, para ese momento: políticos locales, directivos, empleados públicos y ciudadanos, deben comenzar a diseñar lo que será una hoja de ruta muy diferente a la que nos ha servido para gobernar las entidades locales hasta nuestros días. Nada volverá a ser como antes. Con la “digestión” de esta crisis no se puede jugar a maniobras de distracción: los gobiernos locales que salgan de este largo período de ajuste y renovación serán muy diferentes a los que hasta ahora hemos conocido. O, en su defecto, no saldrán vivos institucionalmente del empeño.

III.- ALGUNAS REFERENCIA COMPARADAS DE LA CRISIS Y SUS EFECTOS SOBRE EL NIVEL LOCAL DE GOBIERNO.

La crisis financiera internacional y sus efectos letales sobre el sistema económico se han extendido también al resto de países de la Unión Europea, así como a los demás países europeos. Bien es cierto que sus efectos han sido diferentes según los distintos entornos y latitudes en los que los gobiernos locales se encuadran.

El Consejo de Europa ha sido sensible a este problema. Así el Congreso de Poderes Locales y Regionales del Consejo ha llevado a cabo algunas reflexiones sobre este problema en una publicación de 2009. En efecto, en la publicación institucional titulada “*L’etat du Congrès 2009*” se afirma con claridad que los efectos del crack financiero de 2008 han tenido efectos claros y directos sobre las ciudades y regiones europeas, por lo que el Consejo de Europa ha reaccionado frente a estos acontecimientos organizando un debate sobre las consecuencias territoriales de la crisis financiera internacional.

En realidad, los problemas están identificados y sobre ellos hay un diagnóstico más o menos común. La crisis ha producido una rebaja generalizada de ingresos en los gobiernos locales y, a su vez, ha obligado a los entes locales a dedicar más recursos para hacer frente a las políticas de cohesión social, tanto en lo que afecta a los colectivos más frágiles de la sociedad (especialmente los inmigrantes) como a los desempleados, pues ambos grupos de personas son las más afectadas por los efectos inmediatos de la crisis.

Como reconoció Günther KRUGG, Vicepresidente del Congreso de Poderes Locales y Regionales del Consejo de Europa, “nuestros recursos se reducen en el momento en el cual nuestros servicios deberían abarcar a más personas”.

Además, se detecta que la crisis suscita incertidumbre y pesimismo. Frente a este estado de cosas se trata de actuar de forma positiva. Los responsables locales deben insuflar optimismo, diagnosticar cuáles son las medidas que se deben adoptar y ejercer liderazgo, con el fin de que el gobierno local pueda contribuir –siquiera sea en pequeña medida- a la mejora de la situación económica.

Lo cierto es que buena parte de las ciudades europeas han visto cómo su deuda crecía de forma exponencial, y en este punto las recomendaciones del Congreso de Poderes Locales van en la dirección de la prudencia: se trata de garantizar la capacidad de inversión de los gobiernos locales, pero asimismo de llevar a cabo un ejercicio de responsabilidad en la medida en la cual no se puede hipotecar el futuro de las generaciones venideras. Las entidades locales –afirma el Consejo de Europa- deben sanear sus finanzas locales anticipándose así a la salida de la crisis.

En todo caso, la caída de la actividad económica ha influido directamente en las finanzas públicas de los gobiernos locales en Europa. Las diferencias son, no obstante, muy elevadas entre unos y otros países. Hay municipios de algunos países como Alemania, Suecia o Polonia, que han aguantado bien la crisis. Algunos otros, como los de Holanda o el Reino Unido, se han visto en ocasiones “manchados” por disponer de parte de sus recursos en entidades financieras (Islandia) afectadas directamente por el crack financiero. En otros países como Austria u Holanda el desempleo ronda el 4 por ciento, por lo que los problemas de cohesión social, aun siendo importantes, no alcanzan las magnitudes de aquellos otros Estados como España en que desempleo ha alcanzado cotas del 20,3 por ciento de la población activa.

Sí parece obvio que esa bajada drástica de los recursos financieros de los gobiernos locales repercutirá inevitablemente sobre el gasto, y casi con total seguridad exigirá de los gobiernos locales una subida de los impuestos con la finalidad de hacer frente a las necesidades locales, una decisión compleja en términos políticos y que puede abrir serias dificultades de comprensión entre la población que ha de hacer frente a esos nuevos tributos.

El problema fundamental se sitúa en torno a las políticas sociales, pues la reducción drástica de ingresos afectará a los recursos dedicados para hacer frente a las mismas y producirá como efecto derivado la reducción de los estándares de cohesión social y la mayor fragilidad de determinados grupos de población, especialmente los inmigrantes. El Alcalde de Saint-Etienne (Francia) ya expresaba el miedo que le producía que la mayor deuda que tenían los Estados frente a los municipios condujera a una transferencia de nuevas “cargas” a éstos y que todo ello hiciera inevitable un aumento de los impuestos locales o un incremento de la deuda pública.

Es verdad que los gobiernos locales en Europa no disponen ni de las mismas competencias ni tampoco de los mismos instrumentos fiscales. Hay entidades locales que tienen amplias competencias (poderes) en el campo de la promoción económica y el empleo, mientras que en otros países tales atribuciones están situadas en manos de los gobiernos regionales.

En un reciente documento (*Cities and the economic crisis. A Survey on the impact of the economic crisis and the responses of URBACT II cities, April 2010*) se analizan las consecuencias de la crisis económica sobre determinadas ciudades europeas, a través principalmente de cuatro ítems: negocios, empleo, condiciones sociales y Presupuestos y proyectos municipales. Y allí se nos indica cómo el margen de maniobra de las ciudades para desarrollar iniciativas en un contexto de fuertes limitaciones presupuestarias depende en gran medida del porcentaje de financiación de los presupuestos locales mediante transferencias nacionales o por medio de tributos propios. También se afirma que los poderes legales (competencias) varían mucho de un lugar a otro, y en especial se hace hincapié en que las competencias de desarrollo económico y empleo son propias de los gobiernos locales en unos casos mientras que en otros corresponden a los niveles regionales de gobierno.

En ese mismo documento se recogen una serie de acciones que están llevando a cabo diferentes municipios en el campo de la recuperación económica, principalmente en determinados municipios del Reino Unido y de Alemania en los que existe una larga tradición de estímulo económico y del empleo por parte de los gobiernos locales.

Pero dentro del amplio catálogo de acciones que los municipios europeos están impulsando para hacer frente a la crisis económica, aparecen algunas “respuestas defensivas” que tiene por finalidad reforzar la propia Administración municipal con el objetivo de enfrentarse mejor a la crisis económica. Y dentro de estas respuestas defensivas destacan los denominados *Planes de Austeridad*, que abogan –en determinadas ciudades- por recortar gastos o detener el crecimiento de salarios de los empleados públicos, así como por limitar los gastos de inversión, todo ello dirigido a fomentar el ahorro presupuestario.

Pero uno de los apartados más sugerentes del citado documento es el que se encuadra como segundo pilar del Plan Europeo de Recuperación Económica y que tiene por objeto “la necesidad de implantar acciones a corto plazo que tengan por objeto alcanzar la sostenibilidad a largo plazo”.

En la línea de la Recomendación 281 (2010) del Congreso de Poderes Locales y Regionales (*“Après Copenhague, les villes et les régions relèvent le défi”*), que tiene por objeto hacer frente al reto del recalentamiento climático por parte de las ciudades, aunque yendo un poco más allá, el documento hace una apuesta encendida por el crecimiento inteligente, sostenible e inclusivo (*“smart growth”, “smart sustainable”, “smart inclusive”*), y pone como ejemplo un buen número de ciudades europeas que están llevando a cabo acciones en esa dirección (curiosamente no se encuentra entre ellas ninguna ciudad española).

IV.- LA CRISIS FISCAL DE LOS GOBIERNOS LOCALES EN ESPAÑA: ATENCIÓN ESPECIAL A LA SITUACIÓN FINANCIERA DE LOS MUNICIPIOS.

La crisis financiera internacional y sus efectos sobre el tejido económico, tal como hemos visto, se ha proyectado sobre la práctica totalidad de los gobiernos locales en Europa, si bien su intensidad y efectos han sido muy variables. El objeto de este apartado es abordar en breves líneas cuáles han sido las consecuencias sobre el sistema institucional local y, más concretamente, sobre los municipios españoles.

Desde hace varios meses los medios de comunicación se están haciendo eco un día sí y otro también de la situación crítica por la que atraviesan los Ayuntamientos españoles. Este último fin de semana (13 de septiembre de 2010), el diario *La Vanguardia* recogía un editorial y un largo reportaje sobre la situación financiera de los municipios. En el mes de agosto pasado fue el diario *El País* el que se hizo eco en varios reportajes de la situación de auténtica bancarrota en la que se encontraban buena parte de los municipios españoles.

Sin duda el debate mediático se ha multiplicado por “las idas y venidas” del Gobierno central en torno a la prohibición de endeudarse a largo plazo de los municipios españoles: primero prohibición absoluta a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 8/2010, luego prohibición “aplazada” al año 2011 (“corrección de errores”) y, finalmente, prohibición “relativa” sólo para aquellos municipios que su deuda no supere el 75 por ciento de sus ingresos ordinarios y siempre que sea para gastos de inversión (lo que ha dejado fuera a un buen número de municipios españoles y catalanes).

En fin, los titulares de los diferentes diarios no dejan lugar a dudas: los Ayuntamientos españoles están en una situación financiera crítica. Y lo que es peor, las expectativas de los próximos años no auguran nada bueno en este apartado.

Así se ha dicho que “a finales de 2010 más del 30 por ciento de los Ayuntamientos de España se declararán en situación de ‘suspensión de pagos’”. Centenares de Ayuntamientos están teniendo problemas de tesorería para pagar los servicios más básicos, la propia luz y el teléfono e, inclusive, para abonar las nóminas a sus empleados públicos. Algún Ayuntamiento como el de Madrid (cuya deuda asciende a casi 7.000 millones de euros) ha impulsado un plan de saneamiento que permitirá un ahorro de más de mil millones (cierre del canal local de televisión, paralización de obras, supresión de organismos públicos, reducciones de sueldos, etc.).

Diferentes Ayuntamientos españoles ya han presentado Expedientes de regulación de empleo (Jerez, Almansilla, Gáldar, etc.). Los ingresos municipales se han reducido entre un 30 y un 70 por ciento y los problemas de tesorería comienzan a ser moneda corriente. Hay problemas para pagar las facturas a los proveedores (donde en algunos casos los pagos se prolongan varios meses e, incluso, años) lo que ha conducido a algunos municipios a garantizar tales operaciones mediante el *confirming* con determinadas entidades financieras (León, Vitoria-Gasteiz, aunque este municipio abona sus facturas a los proveedores en una media de 57 días). La aplicación gradual y diferida de la Ley 15/2010 (que reforma la Ley 3/2004) permite temporalmente ese retraso en el pago a proveedores.

La situación tan compleja ha obligado en muchos casos a un recorte drástico de los presupuestos en materia de fiestas patronales, de gasto corriente, de inversiones y, en menor medida, de gastos sociales. Los gastos de personal también han entrado en esa lógica del necesario ajuste, como veremos posteriormente.

Pero no hay duda que en España los Alcaldes se enfrentan a una situación mucho más compleja que en otros lugares. El desempleo estructural y creciente está provocando la necesidad de dedicar amplios recursos municipales al gasto social y a las inversiones. Pero en este último punto, finalizado como están ya los Planes de Inversión Local y del Empleo y la Sostenibilidad, que se pusieron en marcha para los ejercicios 2009 y 2010 (Real Decreto-Ley de 9/2008, de 28 de noviembre, del Fondo Estatal de Inversión Local, y Real Decreto-Ley 13/2009, de 26 de octubre, Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local), parece obvio subrayar que la delicada

situación económica financiera por la que atraviesan las arcas del Estado conducirán a que en el ejercicio 2011 tales Planes no tengan reedición (aunque está anunciada una transferencia de fondos que “aliviara” algo el complejo panorama financiero local). Sin duda esta ausencia de financiación local (aunque dirigida más bien al tejido económico y a la reactivación del empleo) revertirá en un empeoramiento paulatino y grave de la situación financiera de buena parte de los Ayuntamientos.

A todo ello se añade –como luego detallaré– el aplazamiento hasta después de 2013 (así lo ha manifestado el Ministro de Política Territorial, Manuel Chaves) de la ansiada y necesaria reforma de la Ley de Haciendas Locales que aborde de una vez por todas el sistema de financiación de los gobiernos locales en España.

La caída de ingresos fiscales propios de los Ayuntamientos es evidente en estos momentos. El estallido de la burbuja inmobiliaria y la paralización en seco de la actividad de construcción ha supuesto un auténtico mazazo a las arcas municipales de una buena parte de los municipios. La crisis económica y su afectación a determinados ámbitos de la sociedad (con el consiguiente empeoramiento del poder adquisitivo de muchas familias o, lo que es peor, la caída en la pobreza o la marginalidad) ha menoscabado el ingreso de determinados tributos y ha cargado a los municipios de una serie de responsabilidades asistenciales que los ayuntamientos no pueden desatender en aras a la cohesión social.

Por si ello no fuera un cuadro suficientemente sombrío, la obligación que pende sobre los gobiernos locales de retornar a la Hacienda estatal más de 15 mil millones de euros correspondientes al ejercicio de 2008 es una pesada losa que habrá que gestionar con prudencia, pues en enero de 2011 vence el primer plazo que se deducirá de las correspondientes transferencias. Por tanto, mucho menos dinero por vía de transferencia estatales, que sólo se alivia parcialmente por la participación de los municipios en los ingresos de la Comunidad Autónoma previstos en alguna Ley autonómica (Andalucía), pero que, al igual de otros casos (País Vasco y Navarra, por el régimen especial) no deja de ser una excepción en el panorama general.

Con este complejo escenario no cabe duda que los gobiernos locales se enfrentan en los próximos años a una situación de auténtica crisis fiscal que puede derivar (y de eso nos haremos eco en el siguiente epígrafe de este trabajo) en una crisis institucional de magnitudes considerables.

La “digestión” de la crisis será especialmente aguda en el sector público local, pues –tal como se ha reconocido (BOSCH, 2010)- las Administraciones locales poseen unos instrumentos muy limitados de política económica para hacer frente a la crisis, aunque no obstante deban llevar a cabo también políticas anticrisis con el objetivo de mejorar el entorno económico y social, modernizar sus propias estructuras de gestión y, en fin, sanear sus finanzas públicas.

Pero se advierten años muy difíciles. La política de reducción del déficit público es –conforme ha expresado el Gobierno central- el eje prioritario de actuación financiera en los próximos años, lo que conducirá a unas restricciones del gasto público importantes y, en consecuencia, a una disminución radical de las transferencias a los municipios, salvo que la situación económica mejore de forma ostensible y se produzca un incremento rápido de los ingresos fiscales. En cualquier caso, queda aún pendiente el ajuste derivado del retorno que los gobiernos locales tendrán que aportar a la Hacienda estatal por lo que corresponde a la transferencia a cuenta del ejercicio de 2009, unas deducciones que pueden acabar con el escaso margen de maniobra que aún puedan tener algunos municipios.

La situación es crítica. Nos encontramos ante un momento en que se recauda menos (y todo apunta a que seguirá siendo así en los próximos años) y los gastos sociales se disparan. Pero no sólo los gastos sociales: la implantación de la *e-Administración*, los procesos de simplificación administrativa como consecuencia de la incorporación de la Directiva de Servicios, la necesidad de invertir para dinamizar la economía local y el empleo, el mantenimiento de muchos equipamientos municipales que se han construido estos últimos años con los Planes de Inversión

(centros de adultos, centros juveniles, polideportivos, bibliotecas, etc.), exigen fuertes cantidades de dinero público que en estos momentos no se puede detraer de otras partidas.

Además, y esto no es un tema menor, una buena parte de los municipios españoles tienen fuertemente hipotecados sus presupuestos por los gastos de personal y gastos corrientes, con lo que el margen de maniobra para liberar financiación para otros fines es muy reducido. Es cierto que las nuevas medidas anunciadas por el Gobierno central en materia de endeudamiento alivian algo el sombrío panorama descrito, pero en nada cambian lo sustancial del problema.

A partir de 2011 se abre un largo y complejo período para los gobiernos locales, que deberán hacer frente a una situación estructural de crisis fiscal con una nueva política y, sobre todo, con una nueva forma de hacer las cosas (dicho en otros términos, de gestionar eficientemente recursos escasos). A este objetivo dedicamos el último epígrafe de este breve trabajo.

V.- ¿QUÉ HACER?: CÓMO PUEDEN LOS GOBIERNOS LOCALES ENFRENTARSE A UNA CRISIS FISCAL QUE HA VENIDO “PARA QUEDARSE”.

La crisis financiera internacional sumada a la crisis del modelo español de crecimiento, así como al contexto institucional en el cual desarrollan su labor, ha impactado con fuerza en los gobiernos locales y se puede afirmar sin riesgo a equivocarse que *se ha instalado entre nosotros con vocación de quedarse* (al menos durante algunos años).

La lenta recuperación económica que se espera en España, junto con los explosivos datos del desempleo (especialmente del desempleo juvenil, donde aquí sí que somos “líderes” europeos con el 41,5 por ciento) vaticinan un largo período de crisis fiscal para los gobiernos locales en España.

Es cierto, además, que la estructura local de gobierno ha estado prácticamente fuera de la agenda política de los últimos años. Una vez más el nivel autonómico de gobierno ha terminado por fagocitar los iniciales y tímidos empujes de la denominada como “segunda descentralización”, que no ha pasado más allá de su formulación retórica o meramente programática.

La percepción de la crisis ha sido tardía en nuestro sector público. Se puede afirmar que hasta la elaboración de los presupuestos para el ejercicio 2010 no se ha tenido una idea clara del alcance del problema, y no cabe duda que la confección de los presupuestos para 2011 será –ya de forma definitiva- un “baño de realismo” frente a un futuro más que incierto. En cualquier caso, no será hasta la celebración de las futuras elecciones municipales y la conformación ulterior de los gobiernos locales cuando la percepción del problema que se tiene encima de la mesa alcance su verdadera dimensión.

Algo se barrunta en el ambiente. Recientemente algunos medios de comunicación se hacían eco de la noticia de que muchos partidos políticos están teniendo problemas para garantizar la permanencia de sus Alcaldes en las listas como futuros candidatos, pues la crítica situación financiera por la que atraviesan buena parte de los municipios españoles no ayuda a realizar una política expansiva de gasto público, que sencillamente es impensable en estos momentos y en un buen número de años (Ver, por ejemplo, *El Economista* de 8 de septiembre de 2010: “Alcaldes a la fuga: renuncias masivas a repetir por la ruina de los municipios”). Sin duda, el reciente Auto del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (13 de julio de 2010) dictado en ejecución de sentencia que admite la posibilidad de imponer multas coercitivas sobre el patrimonio personal de un Alcalde y del Secretario General en el caso de inejecución de una Sentencia por deudas municipales no ayudan en exceso a que proliferen tales “vocaciones políticas”.

Ciertamente, los gobiernos locales pueden enfrentarse a la crisis económica y fiscal de muchos modos y maneras, y las acciones dependerán obviamente del tipo de entidad local que se trate y de su particular contexto económico-financiero (mejor dicho, de su saneamiento financiero o no). Es diferente el análisis del problema desde la perspectiva de los ayuntamientos o de los gobiernos locales intermedios (Diputaciones provinciales o comarcas). En las líneas que siguen me referiré exclusivamente a los municipios, aunque algunas de estas propuestas también puedan ser trasladadas a las entidades locales intermedias.

De acuerdo con lo expuesto al principio, hay que tener en cuenta que los municipios pueden enfrentarse a la crisis económica desde dos dimensiones o perspectivas: la primera de carácter “exógeno” tiene que ver con las acciones o medidas de dinamización del sector productivo, del empleo y de los programas sociales que se deban impulsar, así como con las inversiones que haya que realizar para incentivar el desarrollo económico del territorio: mientras que la segunda, es la dimensión exquisitamente “endógena” que se proyecta principalmente en el plano institucional, organizativo y de gestión de personas en el respectivo gobierno local.

Obviamente en estas páginas nos interesa hacer hincapié en la segunda de tales dimensiones (esto es, la endógena), pero no es menos cierto que alguna referencia –por breve que sea- hay que hacer a la dimensión “exógena” del problema. En este ámbito, por ejemplo, se han propuesto diferentes medidas. Nuria BOSCH (2010), recientemente, ha dibujado una serie de medidas que los gobiernos locales pueden poner en marcha para hacer frente a la crisis: medidas de fomento económico, con un papel destacado en la gestión de las políticas activas de ocupación (inserción laboral, intermediación, planes de formación) que algunos municipios ya se están desarrollando (aunque sus competencias sustantivas puedan ser discutidas), inversiones y otras medidas de fomento en las actividades empresariales y de servicio; y medidas de carácter social, que deben pivotar sobre las políticas de vivienda y en acciones para colectivos desfavorecidos (ayudas, bonificaciones fiscales, etc.). Junto a estas medidas de propone también mejorar la gestión del patrimonio municipal, sacándole mayor rentabilidad y otros aspectos de mejora que se proyectan sobre el ámbito interno o endógeno.

Manuel PIMENTEL, en un trabajo publicado en la Revista *Metrópolis* (2008-2009), partía del dato que la crisis económica será prolongada y dura, pero no eterna, que había que comenzar a trabajar para superarla, y que los Ayuntamientos deberían hacer uso de las fórmulas clásicas: “Contención del gasto municipal hasta donde sea posible, refinanciación de la deuda, mejora en la gestión de los tributos y tasas, enajenación del suelo residencial y patrimonio municipal ocioso (...)”. Pero este mismo autor advertía que tales medidas, con ser importantes, no serán suficientes y que los ayuntamientos en cuanto agentes económicos de primera magnitud deberían esforzarse más: “por ejemplo, llegando a un gran acuerdo con los servicios públicos de empleo para colaborar en la gestión de las políticas activas de empleo (...) Los municipios también pueden colaborar con la actividad económica facilitando trámites, arbitrando suelos industriales y manteniendo un diálogo permanente con empresarios y sindicatos”. Pero la solución más razonable a estos problemas, según este autor, partía por arbitrar propuestas imaginativas e innovadoras, abriendo el debate de la privatización de determinados servicios públicos.

Otro autor, Francisco VELASCO (2010), hace asimismo hincapié en la “supresión de las licencias municipales de actividad o de apertura” que, como consecuencia de la incorporación de la Directiva 123/2006/CE, relativa al mercado interior de servicios, supone un incentivo importante para el desarrollo de la actividad económica. Este autor aboga por analizar las licencias no desde la perspectiva urbanística o ambiental sino “económica”, y desde esta óptica conviene superar el “notable *déficit ejecutivo* que empaña las licencias municipales de actividad o apertura” (y en su caso, también, a la llamada licencia de funcionamiento”).

Pero no nos interesa tanto en estos momentos detenernos en el análisis de estas medidas “exógenas” o de proyección externa para hacer frente a la crisis, sino en plantear una serie de medidas o acciones de carácter “endógeno” o “interno” que tiendan a reforzar la institución local como administración eficaz y eficiente, que presta servicios de proximidad al ciudadano, transparente, participativa y con una utilización racional de los recursos públicos.

No deja de ser curioso cómo esta crisis financiero-económica y después fiscal, apenas ha dado lugar a grandes propuestas de reforma o modernización de la Administración. Pocos comentaristas, y aun menos académicos, han propuesto una reforma estructural de la Administración pública como uno de los ejes básicos de las medidas a adoptar para salir reforzados de la presente crisis en la que se haya inmerso el sector público.

En un artículo periodístico publicado hace ya más de año y medio, el profesor Francisco LONGO defendía la necesidad de afrontar de forma inmediata la reforma de la Administración Pública

como una de las medidas estructurales inmediatas para hacer frente a la crisis económica (“Crisis, empresarios y funcionarios, *El Periódico de Catalunya*, 21 de abril de 2009). Pocos comentaristas más se han hecho eco de tal necesidad, cuando es meridianamente claro que, precisamente, es en situaciones de crisis fiscal (o como consecuencia de ellas) cuando se han puesto en marcha los grandes procesos de reforma y modernización de las Administraciones públicas.

No es menester hacer aquí hincapié en los procesos de modernización y reforma que se llevaron a cabo durante la década de los ochenta y noventa del siglo pasado. Pero tal vez convenga recordar que fue el “declive económico” (que no suponía un hundimiento) lo que impulsó y activó las reformas que se llevaron a cabo en el Reino Unido en la década de los ochenta. Es verdad que la persistencia de la crisis representó un desafío político acompañado de la pérdida de “autoconfianza” de la propia clase política. Así se ha dicho por parte de KERAUDREN (1994) que “el descubrimiento súbito de un ‘declive’ británico abre un debate emocional muy vivo sobre las capacidades de la clase política inglesa de conducir al país hacia el desarrollo económico”. Es posible que estas palabras sean premonitorias de lo que ya está pasando entre nuestros ciudadanos y la clase política en estos últimos años.

Pero lo realmente importante es, en efecto, que la reforma estructural de la Administración pública, a diferencia de lo que ocurrió en otros países durante los años citados (Reino Unido, Nueva Zelanda, Australia, Holanda, Dinamarca, Bélgica, etc.), no está teniendo un protagonismo entre las medidas que se abogan para hacer frente a la crisis. Esta ausencia no puede ser objeto de análisis en estas páginas, valga únicamente con poner de relieve que nuestra clase política (tanto estatal, como autonómica o local) está siendo hasta la fecha absolutamente insensible sobre la importancia que tiene la reforma estructural de nuestras organizaciones públicas. Todo ello denota una concepción muy pobre e instrumental de la Administración pública y, lo que es igualmente preocupante, un déficit de liderazgo manifiesto.

Y, en este punto, el campo que queda por recorrer es muy amplio. Las Administraciones públicas españolas, con honrosas excepciones, siguen estando en su mayor parte inspiradas en el modelo burocrático de organización y gestión, todo lo más con algunas inserciones de técnicas o instrumentos aislados del *New Public Management*. Pero ciertamente está muy lejos aún, salvo las excepciones citadas, la inserción en nuestras Administraciones públicas de la cultura del *Management*. Menos aún (o, al menos, con mucha menor intensidad) han llegado los “nuevos” vientos de la *gobernanza*, que todo lo más se han proyectado en nuestros gobiernos locales a través del diseño de los procesos de participación ciudadana.

Tal como reconoció en su día Luí F. AGUILAR (2008) la gobernanza incluye como pieza teórica central la pérdida de autonomía y centralidad de la cual se deriva una insuficiencia directiva que requiere un “pluricentrismo directivo, una dirigencia compuesta, un sistema, en fin, de gobernanza”. En palabras de este autor: “(...) la nueva Gobernanza permite superar las limitaciones y defectos del gobierno tradicional, particularmente cuando una élite político-técnica centralizada y socialmente distante toma decisiones directivas, y que sitúa al gobierno en mejores condiciones para cumplir su responsabilidad de dirigir la sociedad por el hecho de movilizar y conjugar las capacidades existentes en una sociedad”.

Pero la Gobernanza en el plano local no supone el arrumbamiento de la Nueva Gestión Pública, sino que ésta complementa a aquélla. La responsabilidad por la gestión y la conformación de una estructura de directivos públicos ejecutivos designados por criterios profesionales no ha perdido un ápice de vigor como inmediatamente veremos. Como expuso en su día el *Informe Picq* (1995), “no hay organización eficaz sin descentralización de las decisiones a personas responsables que han de rendir cuentas de su acción”. El *managemet*, pese al equívoco que lo acompaña, es – como recordó KERAUDREN (1994)- “una manifestación discursiva del personal político y no realmente un discurso de los altos funcionarios; es un discurso nuevo *sobre* la administración, pero nuevo sobre todo porque no es de la administración”.

Tal vez esta sea una explicación cabal de su escaso arraigo en España: la clase política en general (con algunas excepciones singulares en los gobiernos locales) ha sido escasamente receptiva a este tipo de discurso, siendo empujada su implantación por directivos y altos

funcionarios, mientras que el escepticismo sobre sus virtudes hacía mella sobre unos políticos impacientes que quieren resultados a corto plazo y son incapaces de esperar que la semilla produzca sus frutos. Conviene reiterar una y otra vez que los grandes procesos de cambio en las organizaciones públicas se han hecho por unas fuerzas políticas, sean conservadoras o socialdemócratas, pero han tenido posteriormente continuidad independientemente del color político que las haya impulsado en su día. La lección británica, o las lecciones de otros países (Nueva Zelanda, Holanda, Bélgica, etc.), son evidentemente ilustrativas.

¿Qué se puede hacer para hacer frente a la crisis desde una perspectiva endógena? Aquí el recetario es muy abundante y, junto a medidas tradicionales de ajuste, cabe añadir otras de mayor calado. Como ha reconocido Koldo ECHEBARRÍA en una interesante y reciente aportación (2010), los modelos de transformación del sector público en etapa de crisis son básicamente cuatro: a) Ajuste fiscal sin reforma, basado en la lógica de la estabilización y en medidas de reducción de gasto o de simplificación de estructuras; b) Reforma eficientista, que tiene como ejes la autoridad presupuestaria y el ciclo de gasto como ejes de la reforma; c) Reforma de Mercado, mediante el desplazamiento de funciones del sector público al privado (venta de activos, externalización de servicios, cobro por servicios, etc.); y d) Reforma gerencialista, que aboga por una transformación de los incentivos de las organizaciones públicas.

Ni que decir tiene que todos estos modelos están diseñados como “tipos ideales” y pueden entremezclarse, dando lugar a procesos de reforma mixtos. Pero lo realmente importante en estos momentos es que tanto en la Administración del Estado como en las Comunidades Autónomas (y menor medida, como “eco” de tales acciones, en algunas Administraciones Locales) se ha llevado a cabo un proceso de *Ajuste fiscal sin reforma*, consistente en una reducción de salarios de altos cargos y de empleados públicos, una reducción del tamaño de la organización mediante supresión de determinados niveles de responsabilidad o su “reducción jerárquica”, una simplificación y racionalización de estructuras administrativas mediante la supresión, fusión o cambio de forma jurídica de determinadas, así como unas políticas de reducción de gastos corrientes más

No cabe duda que en España, tras un cambio copernicano de la política económica, se ha impuesto el “modelo de ajuste fiscal”, sin apenas llevar a cabo propuesta de reformas estructurales de las Administraciones Pública a medio/largo plazo. En efecto, la Administración del Estado ya procedió en marzo de 2010 a un proceso de simplificación de estructuras y de reducción de altos cargos, que puede ser calificado de irrisorio o puramente cosmético, pues la reducción del déficit se cuantificó en la cifra de 16 millones de euros. Posteriormente se ha anunciado, aunque todavía no se ha hecho efectiva, una reducción drástica del nivel de Subdirectores den la Administración del Estado (lo que puede tener fuertes efectos de desmotivación sobre la estructura de la alta función pública) y una reducción de Ministerios. Pero en estos temas los márgenes de maniobra son muy pequeños y los efectos sobre la reducción del déficit pueden ser calificados como anecdóticos.

La Administración de la Generalidad de Cataluña – a raíz de una Resolución del Parlamento de Cataluña- constituyó una Comisión de expertos y procedió a la aprobación de un ambicioso Plan de racionalización del Sector Público de la Generalidad de Cataluña, que pretendía una simplificación de estructuras, principalmente el lo que se puede denominar como el sector público instrumental. El problema fundamental era que esa propuesta de racionalización y simplificación surgía al final del mandato cuando las posibilidades de hacer efectivas las previsiones de supresión de estructuras administrativas eran difícilmente viables. Aun así, el Gobierno de la Generalidad aprobó recientemente el Decreto-Ley 4/2010, de 3 de agosto, de medidas de racionalización y simplificación de estructuras del sector público de la Generalidad de Cataluña (DOG núm. 5685, de 4 de agosto de 2010).

Ni que decir tiene que otras Comunidades Autónomas han llevado a cabo también acciones de este mismo tipo, es decir, de racionalización y simplificación de estructuras. En este proceso se observa un cierto mimetismo institucional de lo que ha hecho (por cierto, muy poco) la Administración del Estado. Es verdad que en las Comunidades Autónomas y en un buen número de Ayuntamientos el sector público instrumental ha crecido de forma desordenada y hasta cierto

punto caótica, teniendo este proceso serios efectos sobre el gasto público y la coherencia institucional de los modelos de gestión de políticas públicas.

Algunas Administraciones Locales han llevado a cabo medidas de racionalización y ajuste. Unas veces obligadas por la fuerte deuda que arrastran (caso de Madrid) o simplemente por necesidad de ajustarse a una “política de austeridad en momentos de crisis” (caso, por ejemplo, de Barcelona). Pero queda mucho trecho por recorrer. Al margen de las medidas exigidas por el Real Decreto-Ley 8/2010, así como las derivadas de una política de “imagen institucional de austeridad” (congelación de sueldos de altos cargos), muy poco se ha hecho en el plano de proponer reformas estructuras de carácter organizativo en los municipios españoles.

Es cierto que el momento (último año de mandato) no ayuda para formular propuestas audaces en este terreno, pero nada debería impedir que los responsables políticos locales fueran preparando (siquiera fuera como diseño) un nuevo esquema de estructuración de la Administración local correspondiente y de su sector público instrumental, con el fin de hacerlo menos gravoso para las arcas públicas, más racional, pero sobre todo más eficiente.

No obstante, cabe subrayar que el modelo de “Ajuste fiscal” tiene, como se puso de manifiesto en su día (ECHEBARRÍA, 2010), serias limitaciones en su aplicación y en sus resultados. Por sólo traer algunas a colación, cabe recordar algunas implicaciones de esa política de “Ajuste fiscal sin reforma”: en primer lugar, puede exacerbar las disfunciones de la organización preexistente; en segundo plano, también puede producir efectos sobre la desprofesionalización del empleo público (envejecimiento de plantillas y desmotivación); también, en tercer lugar, puede debilitar las capacidades de respuesta del Estado a nuevas necesidades; y, en fin, en cuarto lugar, las propias limitaciones del modelo pueden conducir a replantarse la necesidad objetiva de una reforma estructural (una consecuencia, en todo caso, positiva de este modelo).

VI.- REFORMAS INSTITUCIONALES EN EL ÁMBITO LOCAL PARA HACER FRENTE A LA CRISIS: ALGUNAS PROPUESTAS.

Nadie pone en duda a estas alturas la importancia que tienen las instituciones para el desarrollo económico y para la propia estabilidad política y social de un país. Desde que el premio Nobel de Economía Douglas NORTH pusiera en valor esta idea, la misma ha ido gradualmente interiorizándose en todo el mundo desarrollado y en los países en vías de desarrollo. Según este autor, Inglaterra debió su éxito económico en los siglos XVIII y XIX “a unas mejores instituciones”.

En un espléndido y reciente libro Daniel COHEN (2010) nos recuerda que para producir riqueza hace falta capital, capital humano e instituciones eficaces. Y añade: “Ahora bien, dos de estos términos (el capital humano y las instituciones) los produce el Estado y constituyen lo que los economistas denominan *las infraestructuras sociales de la nación*”.

Por tanto, no cabe dudar que la “capacidad institucional” es un valor que se debe reforzar en nuestro sistema de gobierno local, sobre todo si se quiere hacer frente a esta larga y profunda crisis fiscal que afectará a ese nivel de gobierno. Y para fomentar un desarrollo institucional se requiere, tal como recordó Francis FUKUYAMA (2004), cuatro grandes aspectos: proyecto y gestión de la organización; proyecto de sistema político; base de legitimación; y factores culturales y estructurales. Obviamente, por razones de espacio aquí no pueden ser tratados todos estos puntos de vista, y sólo serán abordados algunos de ellos (marco legal institucional; estructura organizativa; y sistema de empleo público). Pero como advierte ese mismo autor, para que una reforma institucional pueda ser emprendida se requiere sobre todo y ante todo que exista *una demanda*, lo que exige una interiorización por nuestra clase política de *la necesidad de tales cambios institucionales*.

Y es en este punto donde, efectivamente, “mordemos en hueso”. La perspectiva cortoplacista de nuestra clase política y su escasa visión estratégica están conduciendo a nuestro sistema político-institucional a un proceso acelerado de descomposición y de quiebra, sin darse cuenta el valor

intangibles que tienen las instituciones para el funcionamiento del Estado y de la propia sociedad. Y, en esto, el mundo local no es –desgraciadamente– una excepción.

Nuestros gobiernos locales son “administraciones de proximidad” muy cercanas a las necesidades e inquietudes de los ciudadanos y que, por lo común, han gozado de buena salud en lo que a legitimación social se refiere. Sin embargo, el abandono político y financiero que están sufriendo tales instituciones locales, así como los numerosos (malos) ejemplos de corrupción que han proliferado recientemente en el entorno local, están conduciendo al municipalismo a un desgaste institucional de enorme magnitud, que puede acabar –si no se repara urgentemente– con el distanciamiento y la desafección ciudadana de sus propios gobiernos locales, que pueden verse impotentes para atender la cartera de servicios públicos que demandan los ciudadanos.

La tesis que aquí se defiende es que esta crisis será de larga duración y con efectos muy serios sobre el sector público: posiblemente nada volverá a ser como antes cuando esto algún día termine. Y si el sector público local no sabe extraer las pertinentes lecciones de este proceso, es muy posible que se vea abocado a la bancarrota o a la desaparición.

En una crisis económica estructural tan profunda como la que nos encontramos los poderes públicos locales deben apostar por *añadir valor institucional*, puesto que si no se verán puestos en cuestión. En momentos de zozobra y con unas necesidades de reducción del gasto público acuciantes, pueden aparecer –de hecho, ya están apareciendo– propuestas arbitristas sin un fondo serio de reflexión que abogan por “medidas fáciles” de formular y difíciles de llevar a la práctica tales como una “simplificación radical” del mapa de gobiernos locales (reducción de municipios, supresión de diputaciones, etc.).

Las entidades locales se juegan su futuro como instituciones al servicio de la ciudadanía en los próximos años. Y es por ello que en estos momentos el foco de atención debe dirigirse hacia un claro proceso de *reforzamiento institucional de los gobiernos locales para hacer frente a la larga noche de crisis fiscal que se avecina*. Se trata, en consecuencia, de “hacer más o hacer lo mismo con menos recursos”. Se puede hacer. Se debe hacer.

No obstante, este proceso requiere un cambio de mentalidad de nuestra clase política local, de los directivos locales y de los propios empleados públicos al servicio de las entidades locales, así como de los ciudadanos (a los que habrá que explicar muy bien de forma pedagógica y clara cuál es el nuevo y complejo contexto).

En un sugerente libro, Lluís RECODER y Jordi JOLY (2010), hacen una apuesta encendida por una redefinición del papel de la política en el ámbito del gobierno local, abogando por la creación de valor público y la superación de la inmediatez que tanto atenaza a nuestros políticos locales. En definitiva, bajo la idea de “Proyecto” los autores manejan la necesidad de una visión estratégica por parte de la política para hacer frente a los innumerables retos que se suscitan en la sociedad del conocimiento y de la información. Pero, obviamente, ese replanteamiento del papel de la política sitúa también su campo de actuación en una correlativa reducción del espacio actual que ocupa: como diré inmediatamente, la idea de “proyecto” (político) viene acompañada de la de “Ejecutividad”, lo que conduce a una encendida defensa de la figura del “directivo público profesional” al que cabe exigir una *confianza ejecutiva* y nunca una *confianza política*. El interés de esta importante reflexión trasciende del plano meramente académico (en el cual algunos llevábamos años posicionándonos sin ningún tipo de éxito) y se sitúa en el plano empírico o práctico, ya que sus destinatarios son principales los políticos locales y autonómicos. Que al menos tomen nota.

Muy brevemente, pasemos revista rápidamente a cuáles son algunos puntos a través de los cuales se puede llevar a cabo un proceso de reforma institucional del gobierno local en España que ayude a enfrentarse con una crisis fiscal larga, profunda y, posiblemente, dolorosa.

1) Medidas de reforzamiento institucional del sistema de gobierno local y de su financiación.

Disponemos de una legislación básica en materia local (Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local) que está absolutamente inadaptada para las necesidades de los gobiernos locales en la segunda década del siglo XXI. Tras veinticinco años de vigencia (y aunque haya sido “remendada” en varias ocasiones) es obvio que se requiere repensar ese marco normativo institucional y definir mejor cuáles son los ámbitos de poder (competencias) de los gobiernos locales y cuál es, asimismo, el sistema de financiación. La Ley de Haciendas Locales está asimismo necesitada de una reforma de gran caldo, siempre anunciada y nunca llevada a cabo. Se debe repensar profundamente el sistema de tributos locales y el sistema de financiación local en su conjunto.

El Gobierno central ha anunciado la aprobación en las próximas semanas del Proyecto de Ley Básica del Gobierno y de la Administración Local, que debe sustituir a la legislación básica de 1985, pero su “recorrido político” (dada la situación de incomunicación y de absoluto enfrentamiento de las fuerzas políticas mayoritarias) se torna más bien complejo. También ha anunciado que la Ley de Haciendas Locales (o la financiación local) no se abordará, como mínimo, hasta el 2013. Con lo cual el panorama puede ser caracterizado como desolador.

Por su parte, los gobiernos locales han sufrido un proceso de interiorización en el seno de las Comunidades Autónomas. Y, por tanto, sería muy importante que los cuadros normativos autonómicos que regulan el gobierno local se adaptaran asimismo a los nuevos tiempos. Pero este proceso es complejo si antes el legislador básico no actúa y remueve algunas de las limitaciones propias del marco actual. Aun así, hay algún recorrido para innovar en este campo. Así lo ha hecho la reciente Ley de Autonomía Local de Andalucía, pero que no deja de ser una excepción en un sistema normativo bastante inerte y continuista (por ejemplo, la reciente Ley valenciana de régimen local).

Cataluña, a pesar de las importantes provisiones estatutarias sobre el gobierno local, ha sido incapaz de elaborar una ley integral de Gobiernos Locales, de la que tan sólo existió un borrador. Sí que se han aprobado algunas leyes “parciales” (Ley del Consejo de Gobiernos Locales, Ley del Área Metropolitana de Barcelona, Ley de veguerías), pero aún falta un marco normativo que ponga orden y racionalidad a la estructura territorial de Cataluña, una tarea siempre aplazada y siempre pendiente.

Con este precario marco normativo institucional no cabe sino llevar a cabo una política de “supervivencia institucional”, pues no cabe esperar a corto plazo –salvo sorpresas de última hora– que la reforma institucional y financiera del gobierno local entre en la agenda política, de la que se cayó hace mucho tiempo y nuestros gobernantes (acuciados por los problemas inmediatos) son materialmente incapaces de visualizar sus réditos sobre el crecimiento económico.

Así las cosas, la institucionalidad de los gobiernos locales en España se encuentra sumida en una etapa de languidecimiento y de cuestionamiento de su propio papel. La débil posición del nivel local de gobierno en el conjunto del gasto público no ha sido óbice para su fuerte legitimación entre la ciudadanía. Esta puede sufrir muchos enteros si el actual marco normativo-financiero sigue incólume. Nuestro “deporte nacional” de cargarnos instituciones (en esta actitud “cainita” que forma ya parte de nuestro propio ADN) parece que tendrá continuidad con una labor de asedio a los municipios y provincias. Esperemos que el municipalismo dé una contundente respuesta a esta amenaza.

2) Medidas de reforma estructural y organizativa. Una apuesta por la dirección pública profesional.

En este segundo apartado se encuadran determinadas medidas que sí que puede ser adoptadas por el propio gobierno local en uso de sus potestades de autoorganización y de su autonomía política. Aquí las posibilidades de Innovación son amplísimas y dependen de la visión política y de

la propia voluntad que muestre cada gobierno local y, en particular, del ejercicio de liderazgo que se haga en cada caso.

Sin duda en este campo hay que encuadrar medidas de ajuste fiscal, pero que deberían insertarse en un Plan de reforma, modernización o innovación de la respectiva entidad. Este Plan debería incluir reformas de carácter presupuestario, de gestión (procesos), organizativas, de “mercado” (privatizaciones, en su caso), de (re)planteamiento de la cartera de servicios, así como las que se denominan como “gerenciales” (gestión por resultados y dirección pública profesional).

No es momento de desarrollar aquí todo estos ejes, pues tal cuestión desborda con mucho los objetivos de este texto. Pero sí conviene advertir que cabe ir repensando toda la estructura de gobierno municipal con el fin de racionalizarla y simplificarla, prescindir de buena parte de ese “ejército de asesores” que anida en buena parte de los gobiernos locales (esto es, hacer un uso prudente y justificado de la figura del “personal eventual”), simplificar procedimientos y trámites (por exigencias de la Directiva de Servicios, pero ir incluso más allá), mejorar todos los sistemas y procesos de gestión, apostar por un reforzamiento y desarrollo de la Administración electrónica, racionalizar y simplificar (suprimiendo o fusionando) el denso y complejo sector público empresarial de las entidades locales y, en fin, desarrollar de forma definitiva la figura del directivo público profesional en las entidades locales que acabe definitivamente con el desarrollo de estas funciones por el personal eventual (figura absolutamente inadecuada para tales menesteres y definitivamente desplazada por la legislación básica vigente en estos momentos).

Sobre este último punto no me resisto a reproducir unas interesantes reflexiones de dos políticos locales catalanes antes citados (RECODER-JOLY, 2010), cuando expresamente afirman lo siguiente:

“Queda exposat que la política necessita incorporar un element nou, fort i potent, una nova concepció del directiu públic, un directiu executiu amb les mateixes competències o més que el directiu de l’empresa privada (...)”

“La ‘confiança executiva’ ha de pevaldre per sobre de la ‘confiança política’ que actualment es demana al directiu públic (...) La prevalença de la confiança política actual sobre els càrrecs de direcció pública genera un mercat de directius públics ineficient, gens transparent ni competitiu”

Y concluyen:

“En qualsevol cas, els directius actuals s’entenen com a ‘eventuals’ vinculats als polítics electes i fonamentats en la confiança política, és a dir són persones en la seva majoria de partit, la mateixa norma legal els identifica en molt casos com a polítics, com a càrrecs polítics que estan exercint de directius públics. Això és ☐esposar☐ente nociu i inapropiat per ☐esposar i conformar escenaris executius i rigorosos amb la gestió, és terriblement contrari a crear climes de confiança tan necessaris dins de qualsevol organització per al seu bon funcionament”.

Se podía decir más alto, pero posiblemente no más claro. Algunos nos hemos “desgañitado” (y, perdón por la expresión) intentando demostrar la necesidad y el valor institucional que esta “institución de mediación” que es la dirección pública profesional representa. Creo que estos dos responsables políticos del Ayuntamiento de Sant Cugat del Vallès han puesto el dedo en la llaga y, definitivamente, han abierto un debate entre la clase política local que debería cerrarse asumiendo el refuerzo de la competitividad institucional que esta opción por la profesionalización de los directivos públicos representa.

3) Medidas de reforma del empleo público.

El empleo público es, asimismo, una institución capital en el Estado Constitucional democrático. Sin embargo, es una institución en completa crisis. En un acertado y sugerente estudio (por cierto, de obligada lectura) el Profesor SÁNCHEZ MORÓN (2010) ha focalizado la atención sobre cuáles son los problemas actuales que aquejan al empleo público. No puedo en estos momentos desarrollar el diagnóstico y sus interesantes propuestas, pero cabe afirmar que el empleo público se halla actualmente sumido en una crisis existencial de primera magnitud.

El EBEP supuso en sus inicios un “cambio de paradigma” sobre cómo configurar la institución del empleo público en las Administraciones públicas del siglo XXI. Sin embargo, sus elementos más innovadores “duermen el sueño de los justos” a la espera de que alguien los desarrolle.

Incapaz de incorporar la “savia” nueva que representaba el cambio de paradigma del EBEP (evaluación del desempeño, carrera profesional, directivos públicos profesionales y código ético en el empleo público), la institución transita por un sendero de reforzamiento de su estatus de derechos (con claras connotaciones de privilegio frente al resto de empleados no públicos) y por un mantenimiento de su status quo que los sindicatos del sector público defiende “a capa y espada”, lo que produce una inadaptación brutal de ese empleo público frente a las necesidades del sector público en la actualidad.

Un sindicalismo trasnochado y que aboga por un “igualitarismo” de factura barata para los empleados, pero cara para los ciudadanos, una productividad escasa o pírrica en ocasiones, una presencia en el centro de trabajo (física, que no mental en ocasiones) que ofrece los estándares más bajos de los países de la OCDE, así como una “desmotivación” generalizada que se muestra en un débil sentido de pertenencia a la institución, conforman un cuadro desolador.

A nada de esto es ajeno el empleo público local. Pero lo más preocupante es que los “funcionarios” (“empleados públicos”) están en estos momentos en el “ojo del huracán” de la opinión ciudadana. Frente a la precariedad del mercado laboral, el incremento desmesurado de las cifras de paro, la caída en la pobreza o en la marginalidad de no pocos ciudadanos, la ruina de innumerables emprendedores o autónomos, el empleo público se ha convertido en “la isla” donde todo el mundo quiere recalcar.

Pero esta crisis tendrá (está teniendo ya) efectos importantes sobre el empleo público. También sobre el empleo público local. Las plantillas de los gobiernos locales están, por lo común, infladas. El empleo público debe “reinventarse” a sí mismo y sobre todo “reivindicarse” ante la sociedad. Habrá que “aligerar” el peso de los gastos de personal sobre los presupuestos de los gobiernos locales. En algunos casos las rescisiones de contratos serán necesarias, pero la apuesta debería ir por un Plan de racionalización de efectivos que abogara por el mantenimiento (cuando sea factible) de las plantillas actualmente existentes, pero obviamente a cambio de una reducción de salarios o, en su caso, de pactar reducciones de jornada (con las correspondientes reducciones de salarios). Pero eso sí, exigiendo un incremento de la productividad cuantificable, sostenido e incrementado en el tiempo.

Evidentemente hay que recurrir a los Planes de Recursos Humanos para poder gestionar personas en un entorno de crisis fiscal. La legislación de función pública no ayuda en exceso. Los Planes de Empleo se incorporaron durante la crisis de 1992-1993 (Ley 22/1993) y todavía están insertos en la legislación básica y en la normativa autonómica de desarrollo. Sobre esto nada se ha innovado, y habrá que recurrir a ese cuadro normativo si se quiere avanzar algo en esta línea. Pero el problema para racionalizar o reasignar recursos humanos no es tanto el marco normativo como las dificultades procedimentales de llevar a buen puerto esas políticas, sobre todo por la escasa (por no decir nula) sensibilidad sindical frente a este tipo de problemas: la configuración estrictamente “defensiva” y “conservadora” de los sindicatos del sector público será posiblemente una de las rémoras mayores para hacer frente con políticas inteligentes de recursos humanos la crisis de recursos que amenaza con ser larga.

Sin duda habrá que amortizar plazas, habrá que acostumbrarse a los recursos escasos y se deberá disciplinar con mucha pedagogía a unos sindicatos del sector público que pretenden mantener –parafraseando a LONGO– “estancadas las aguas del empleo público”. Pero el tiempo corre en su contra. Si el sindicalismo en el sector público es incapaz de visualizar que sus empleadores (su “empresa”, como les gusta decir) son los ciudadanos y no los políticos, muy poco se podrá avanzar en la línea de innovar y modernizar el empleo público local, y tal vez un día se den cuenta cómo los propios ciudadanos les dan la espalda definitivamente y, lo que es peor, comienzan a aplaudir algunas medidas extemporáneas que algunas “damas de hierro” o “cirujanos” del mismo metal adoptan con relación al empleo público como institución, a sus empleados públicos y a los propios representantes sindicales.

No se me escapan las enormes dificultades que en un contexto de crisis fiscal supone una opción por la reforma institucional del empleo público, sobre todo por los costes que puede conllevar a corto/medio plazo poner en marcha determinados instrumentos y, sobre todo, reforzar las unidades de recursos humanos de las organizaciones locales. Pero no cabe duda que ello es una inversión que deberá ser detectada por aquellos políticos locales con visión estratégica.

En todo caso, las innovaciones en materia de recursos humanos pueden ser muchas y de distinto calado. Lo importante es hacer cosas y caminar en la dirección de profesionalizar más el empleo público local, dotar de mejores competencias profesionales a los empleados públicos y, sobre todo, incrementar cualitativamente los índices de productividad, con el fin último de servir mejor a los ciudadanos. Si se comienza a caminar en esta dirección los resultados, más tarde o más temprano, se irán alcanzando. Pero que nadie se llame a engaño: una reforma estructural de este tipo requiere tiempo, liderazgo, sostenibilidad y ciertas dosis de tenacidad. No son retos para políticos pusilánimes o de perspectivas cortoplacistas. La impaciencia no casa bien con este tipo de reformas.

En fin, concluyo. La trascendencia del sistema institucional es indudable en un Estado Constitucional, pero asimismo las instituciones tienen un papel importantísimo en el desarrollo económico y, por lo que ahora interesa, como instrumento para superar el largo ciclo de crisis fiscal en el que están sumidos nuestros gobiernos locales. Fortalecer las instituciones, fortalecer la capacidad institucional, mejorar nuestros sistemas institucionales, modernizar, reformar e innovar constantemente, deberían ser la guía de los políticos locales que tuvieran visión estratégica.

Pero no nos llamemos a engaño. Como ha expuesto de forma clarificadora Hugh HECLO (2010), “nuestro actual peligro no radica tanto en el exceso de pensamiento institucional como en su insuficiencia. La mente moderna ha perdido su equilibrio en lo que respecta a las instituciones”. Y, desgraciadamente, nuestros políticos locales, nuestros directivos, nuestros sindicalistas y nuestros empleados públicos, no son una excepción a esta regla.

Queda, por tanto, un ingente trabajo por hacer. Pongámonos, pues, manos a la obra. Preparemos ya el difícil camino que se avecina para los años venideros en el ámbito del gobierno local. El libro citado de HECLO acaba con una reflexión que no me resisto a reproducir:

“¿Tenemos que caminar cuesta arriba todo el rato? Sí, hasta el final del mismo. Pero no hay razón para el desánimo. El camino de subida puede ser también un camino de salida ... hacia algo mejor”.

Muchas gracias por su atención.

BIBLIOGRAFÍA

- **AGUILAR, L. F.:** Gobernanza: normalización conceptual y nuevas cuestiones, Barcelona, 2008.
- **COHEN, D.:** La prosperidad del mal. Una introducción (inquieta) a la economía, Taurus, 2010.
- **CONGRESO DE PODERES LOCALES Y REGIONALES (CONSEJO DE EUROPA:** “Les collectivités territoriales font face à la crise”, L'état du Congrès 2009.
- **DE LA DEHESA, G.:** La primera crisis financiera del siglo XXI. Alianza Editorial, Madrid, 2009.
- **ECHEBARRIA, K.:** “Crisis y empleo público en España”, Congreso Internacional de Recursos Humanos, Vitoria-Gasteiz, junio de 2010.

- **EUROPEAN UNION/URBACT II:** Cities and the Economic Crisis. A survey on the impact of the economic crisis and the responses of Urbact II cities, abril, 2010.
- **GÁMIR, L.:** “España: ¿adicta al paro?”, Revista del Instituto de Estudios Económicos. “Lecciones de la crisis”, número 1, 2010.
- **FUKUYAMA, F:** State Building. Gouvernance et ordre du monde au XXIe siècle, La Table Ronde, París, 2004.
- **HECLO, H.:** Pensar institucionalmente, Paidós, Barcelona, 2010.
- **JIMÉNEZ ASENSIO, R.:** “Dirigir el sector públic a Catalunya: reptes pendents”, X. PONT i J. ORIOL PRATS, Reformes més mella dels tòpics: com pot Catalunya sortir reforçada de la crisi, Fundació Rafael Campalans, Barcelona, 2010.
- **KERAUDREN, PH.:** Le modernisation de l’Etat et le thatcherisme, IEAP/EIPA, Bruylant, Bruselas, 1994.
- **MARÍN QUEMADA, J. M.:** “La crisis financiera internacional, las dos crisis de la economía española y algunas recomendaciones de política económica, Revista del Instituto de Estudios Económicos. “Lecciones de la crisis”, número 1, 2010.
- **OSBORNE, D., PLASTRIK, P.:** La reducción de la burocracia. Cinco estrategias para reinventar el gobierno, Paidós, Barcelona, 1998.
- **PICQ, J.:** Il faut aimer l’État, Flammarion, París, 1995.
- **PIMENTEL, M.:** “Los Ayuntamientos y la crisis económica”, Barcelona Metròpolis. Revista de Informació y pensamiento urbanos, otoño-invierno 2008-2009, Barcelona.
- **PRÖL, M., HEICHLINGER, A.:** Taking the pulse of European Public Administration. Key Findings of the European Public Sector Award 2009, EIPA, Maastricht, 2009.
- **RECODER, LL., JOLY, J.:** La política que ve. Competitivitat pública per afrontar els reptes del segle XXI, Proa, Barcelona, 2010.
- **SÁNCHEZ MORÓN, M.:** “Situación actual del Empleo Público”, El Cronista, NÚM.1, 2010.
- **STIGLITZ, J. E.:** Caída Libre. El libre mercado y el hundimiento de la economía mundial, Taurus, Barcelona, 2010.
- **TUGORES QUES, J.:** Crisis: lecciones aprendidas ... o no, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- **VELASCO, F.:** “Crisis económica y Derecho Local”, Anuario de Derecho Municipal 2009, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- **VIÑALS, J.:** “Reflexiones sobre la crisis financiera internacional”, Revista del Instituto de Estudios Económicos. “Lecciones de la crisis”, número 1, 2010.



EL NOU PAPER DEL GESTOR PÚBLIC
CANVIS DEL MODEL I DE LIDERATGE QUE CAL APLICAR EN
LES NOSTRES ADMINISTRACIONS EN UN FUTUR IMMEDIAT

Joan Samper i Bustins, *cap de Recursos Humans de l'Ajuntament de Girona*



Joan Samper i Bustins

Cap de Recursos Humans

15 de setembre de 2010

Tres vies d'actuació:

- ✓ Contenció econòmica directa.
- ✓ Previsió organitzativa i pressupostària.
- ✓ Actuacions orientades a la millora en la gestió de les persones i de la productivitat.

CONTENCIÓ ECONÒMICA DIRECTA

CONTRACTACIÓ TEMPORAL

- Limitació de les contractacions per substitucions per maternitat o per IT:
 - ✓ Només es substitueixen les persones que prestin servei directe d'atenció al públic (treballadores familiars, auxiliars pràctics de centres cívics, biblioteques, conserges d'escola, escoles bressol, etc.)
 - ✓ En la resta de serveis, es contracta una persona en el cas que coincideixin dues persones en situació de maternitat en un mateix servei o unitat.
 - ✓ En els serveis d'assistència social, es contracta una persona en el cas que coincideixin dos persones en situació d'IT amb una durada superior a trenta dies.
- Limitació de les substitucions per reduccions de jornada.
 - ✓ La reducció de jornada, especialment en els casos de compactació, tant sols es substitueix en els serveis d'atenció directa al públic, sempre que hagi estat prevista i pressupostada.
- Limitació de les contractacions temporals eventuais.
 - ✓ Tant sols s'autoritzen en situacions imprevistes i excepcionals (per exemple, la gestió dels plans d'ocupació coincidint en període de vacances).

CONTENCIÓ ECONÒMICA DIRECTA

HORES EXTRES

Problemàtica

- Són una font de males pràctiques.
- Sovint es realitzen de forma sistemàtica, sense que obeeixin a situacions imprevistes o excepcionals.
- Els responsables dels serveis són reticents a planificar el treball. És més còmode pagar hores i crear un cert clientelisme entre els empleats.
- Deriven en un sistema de retribució complementària exercida de forma discriminatòria.
- Són una despesa imprevisible i incrementalista.

CONTENCIÓ ECONÒMICA DIRECTA

HORES EXTRES

Mesures

- Cal comunicar i sol·licitar autorització prèvia a l'Àrea d'Administració i Règim Interior.
- Es limita l'autorització. En cas que s'autoritzin, s'indica quin serà el tipus d'autorització:
 - ✓ A compensar íntegrament totes les hores.
 - ✓ 50% a compensar i 50% a pagar.
 - ✓ Totes a pagar.

El criteri que prima és el de la compensació. Això provoca un efecte dissuasori en el comandament, que està més motivat a gestionar el temps de treball per evitar el conflicte amb els empleats per un costat i amb RRHH per l'altra.

- En el cas d'hores extres per urgències i imprevistos, no autoritzades prèviament, cal un informe del Cap d'Àrea justificant el motiu.

L'adopció d'aquestes mesures ha comportat un estalvi aproximat del 20% en el que portem d'any.

CONTENCIÓ ECONÒMICA DIRECTA

NEGOCIACIÓ

S'ha pogut comptar amb la implicació dels sindicats per signar un acord/conveni que modifica els anteriors instruments i regularitza i adapta a la legalitat diverses matèries:

- ✓ Incrementos retributius generals.
- ✓ Conceptes retributius: estructura i definició.
- ✓ Temps de treball.
- ✓ Prestacions socials complementàries.
- ✓ Conciliació laboral i familiar.

PREVISIÓ ORGANITZATIVA I PRESSUPOSTÀRIA

OFERTA PÚBLICA D'OCUPACIÓ

No es creen noves places. Tant sols s'inclouran places d'agents i de personal d'escola bressol que formaven part del programa de mandat de l'equip de govern.

CONTRACTACIÓ TEMPORAL PROGRAMES SUBVENCIONATS

Art. 56.e) ET. Proposar la creació en plantilla de les places corresponents a llocs de treball en programes subvencionats de renovació anual, amb l'opció de rescissió per causes objectives de l'article 56.e) de l'ET.

COORDINACIÓ AMB SERVEIS ECONÒMICS

Acordar amb serveis econòmics les dotacions per atendre específicament:

- ✓ Contractacions per substitucions
- ✓ Hores extres

Consensuar els criteris per l'adopció de totes les mesures expressades, i el compromís de mantenir-les.

MILLORA EN LA GESTIÓ DE LES PERSONES I DE LA PRODUCTIVITAT

FORMACIÓ DEL PERSONAL DE COMANDAMENT EN GESTIÓ DE PERSONES

Destinada a formar als comandaments per a que gestionin amb lògica organitzativa, especialment pel que fa a la planificació i la organització dels RRHH i la direcció de persones.

Aconseguir que assumeixin la part de direcció de persones que comporta la seva situació jeràrquica dins l'organització, amb implicació en l'adopció de mesures que incideixen en la millora de la productivitat.

GESTIÓ DEL TEMPS

Implantació d'un nou aplicatiu de gestió del temps, per aconseguir un augment del temps de treball més per la via de la informació i la participació que no pas per la via estricta del control i la vigilància, amb accés actualitzat a les dades i implicació dels responsables del servei en la gestió del temps.

MILLORA EN LA GESTIÓ DE LES PERSONES I DE LA PRODUCTIVITAT

MILLORA DE PROCESSOS

Formació progressiva en l'anàlisi i millora de processos a tot el personal amb responsabilitat de gestió.

Elaboració de les cartes de serveis.

RLT

Seguiment rigorós del procés de modificació de la RLT per la creació de nous llocs de treball o la modificació de les condicions dels ja existents. Justificació funcional i previsió pressupostària.

VALORACIÓ DE LLOCS DE TREBALL

Millorar el sentit d'equitat en la política retributiva. Eliminar criteris subjectius relacionats amb la persona i no amb el lloc de treball.

GESTIÓ DE RRHH

Important inversió en eines de gestió de RRHH. Aplicació integrada a partir d'una única base de dades, amb la finalitat d'optimitzar la gestió a través de circuits més àgils, exportables a tota la organització, que evitin les duplicitats en el desenvolupament dels processos i en el tractament de les dades.



EL NOU PAPER DEL GESTOR PÚBLIC
CANVIS DEL MODEL I DE LIDERATGE QUE CAL APLICAR EN
LES NOSTRES ADMINISTRACIONS EN UN FUTUR IMMEDIAT

Àlex Grau, *cap de Recursos Humans de la Diputació de Tarragona*



El nou paper del gestor públic .

Canvis del model i de lideratge que cal aplicar en les nostres administracions en un futur immediat.

Programació:

- I. Com han evolucionat les nostres organitzacions?**
- II. L'escenari actual**
- III. Algunes propostes de futur**

- ...
- ...
- ...



PART I

COM HAN EVOLUCIONAT LES NOSTRES ORGANITZACIONS?



Alguns apunts de l'evolució dels ens locals des de diverses perspectives:

- Producció i prestació de nous serveis de forma continuada.
- Augment significatiu del seu tamany i dimensió.
- Descentralització de la gestió en organismes autònoms, empreses municipals, etc. Multiplicitat organitzativa.
- Externalització de bona part dels serveis creats.
- Increment continu de plantilles i del Capítol I.
- Majors ingressos atípics vinculats al boom immobiliari.
- Fort endeutament vinculat no només a inversions, sinó a despesa corrent.



PART II

L'ESCENARI ACTUAL.

L'escenari actual des de la **vessant organitzativa**:

- Anarquia en el disseny organitzatiu. Excessiva descentralització i atomització de la gestió.
- Estructures de primer nivell poc estables vinculades a les composicions dels governs.
- En la majoria dels casos: Sistemes de gestió no estratègics ni vinculats a referents de qualitat (EFQM, ISO)
- Manca d'una política sòlida d'avaluació dels resultats.

L'escenari actual des de la **vessant del directiu**:

- Manca de una classe directiva professional.
- La competència de lideratge no és assumida pels màxims responsables tècnics de les organitzacions.
- Altres competències claus també tenen un dèficit important.
- Fronteres difuses entre la direcció política i la direcció tècnica.
- L'accés al lloc directiu és, en la majoria dels casos, per afinitat política o personal que per criteris professionals.

L'escenari actual des de la **vessant de la gestió de recursos humans:**

- L'augment de les plantilles s'ha produït a la carta, sense criteris racionals de sostenibilitat en el temps.
- No s'han desenvolupat de forma majoritària sistemes de gestió integral de recursos humans que incorporessin models per competències, avaluació de l'acompliment, desenvolupament o retribució variable objectiva.
- Marc normatiu català obsolet que impedeix més flexibilitat i mobilitat.
- Negociació col·lectiva feble des de la perspectiva empresarial.
- Desequilibri evident entre el capítol I i el pressupost global de l'entitat.
- Dificultats per facilitar la desvinculació.



PART III

ALGUNES PROPOSTES DE FUTUR



- ❑ Definir o revisar Missió, Visió i Valors:

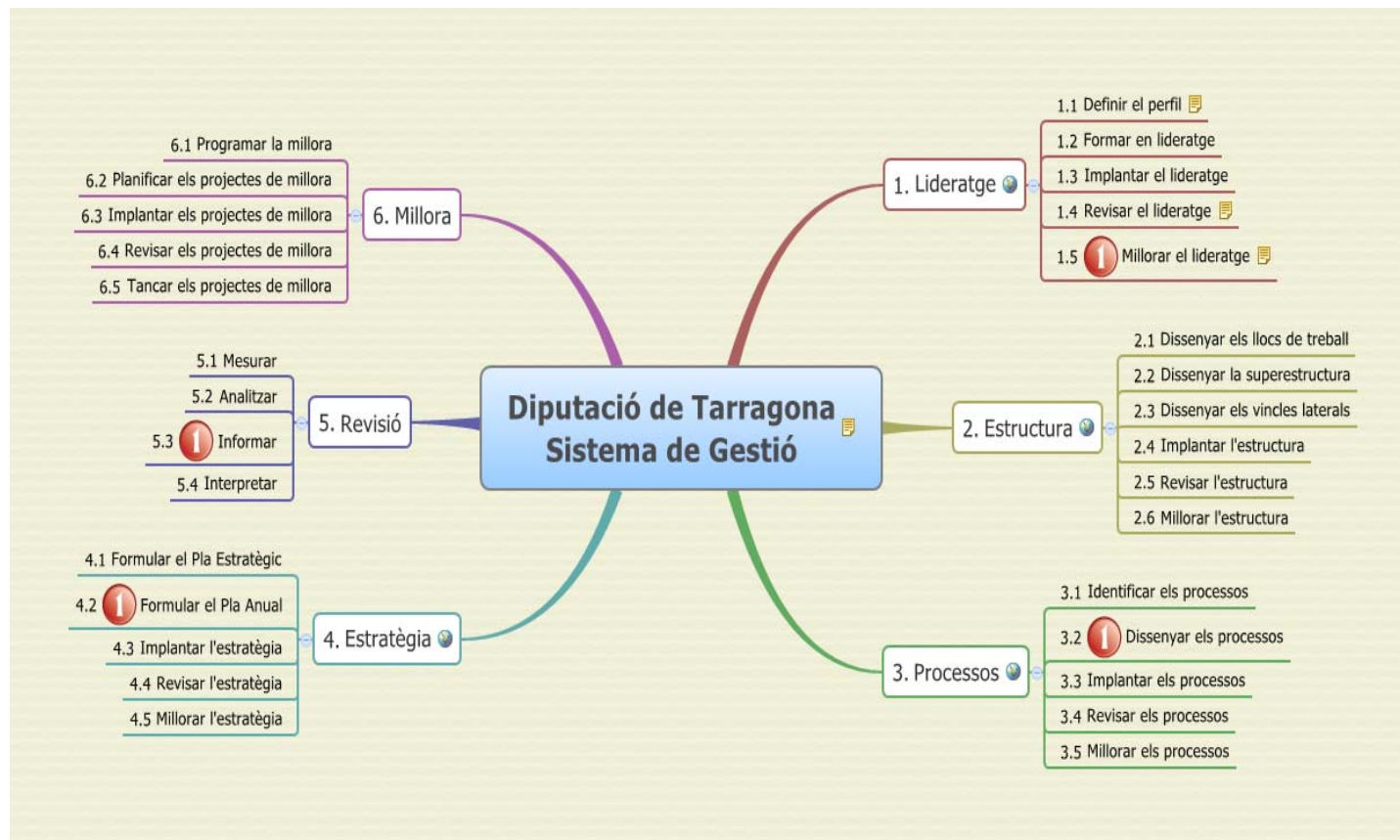




- ❑ Repensar les organitzacions: Disposar d'un sistema de gestió dissenyat sota un referent de qualitat:

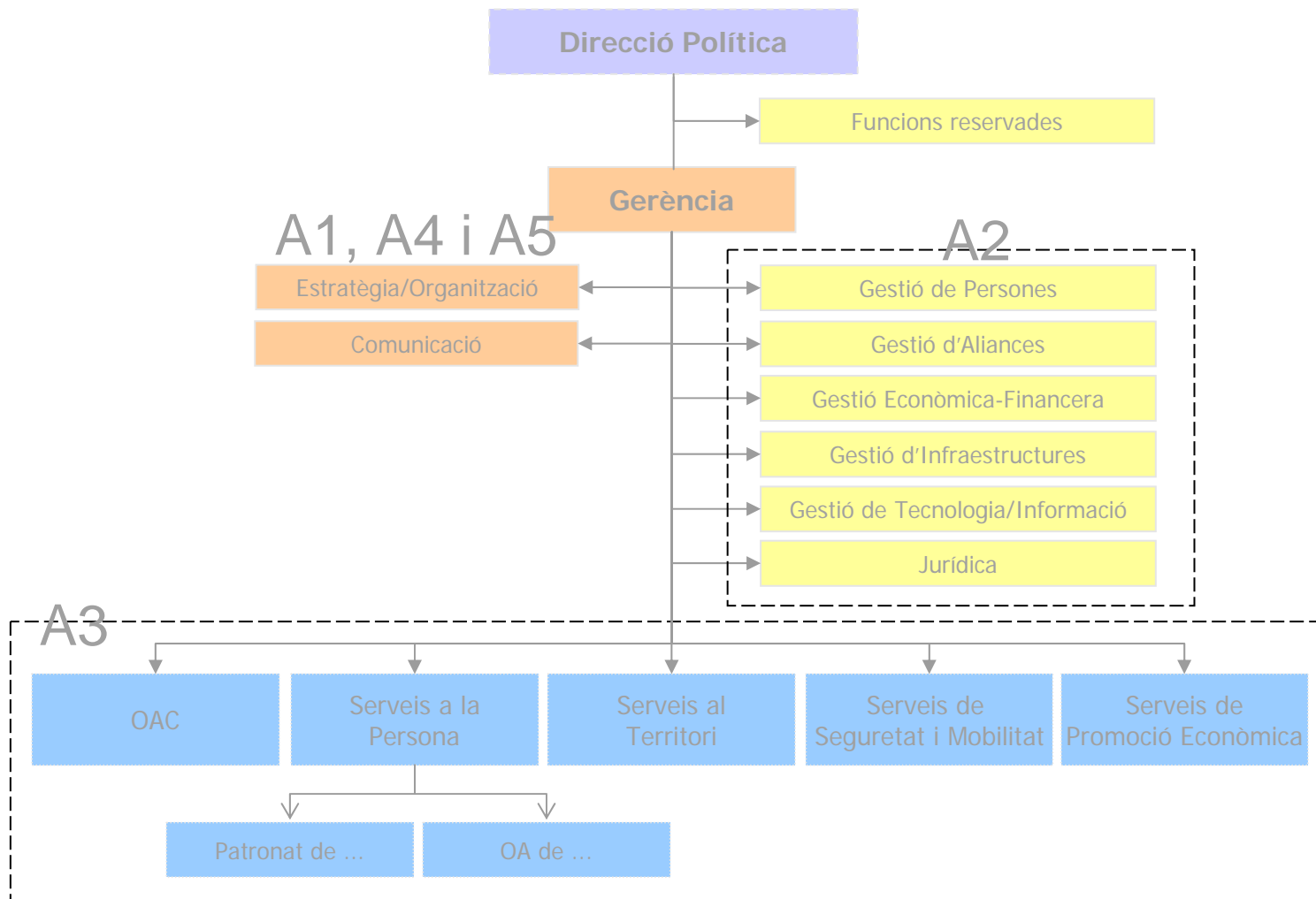


- Un sistema de gestió dissenyat pels directius professionals que impulsi l'estratègia i que adapti l'organització als diferents escenaris:



- Simplificar i racionalitzar l'estructura organitzativa:

Exemple





- ❑ Capacitar als nostres directius, des d'una doble vessant:

El perfil del directiu:



La confiança

- ✓ *Confiança professional: Coneixements*
- ✓ *Confiança personal: Comportaments*

El perfil del directiu:



- ✓ *Confiança professional: Coneixements*
 - ❑ Tècniques de Gestió
 - ❑ Eines de Gestió
 - ❑ Habilitats directives
 - ❑ ...
- ✓ *Confiança personal: Comportaments*
 - ❑ ...

gettyimages®

“La **integridad**
es hacer lo **correcto**
aunque nadie nos esté mirando”.

Jim Stovall





- Augmentar la productivitat dels nostres equips de treball: Més i millors serveis amb les mateixes persones.
- Potenciar les habilitats dels directius en la conducció d'equips humans i en l'orientació als resultats.
- Potenciar la mobilitat interna i externa.
- Disposar de persones més flexibles i polivalents.
- Planificar les successions, prioritzant les solucions internes.
- I més...

- ❑ Gestionar recursos humanos desde la perspectiva de las competencias:



A wide, green lawn with a person mowing in the distance under a blue sky with clouds. The lawn is striped with alternating light and dark green bands, indicating it has been mowed recently. A person is visible in the middle ground, pushing a lawnmower. The background features a line of trees under a bright blue sky with scattered white clouds. The word "gettyimages" is visible in the top left corner.

gettyimages®

“Por más insignificante que sea lo que debes hacer, esmérate en hacerlo **lo mejor que puedas**, como si fuera la cosa más importante del mundo”.

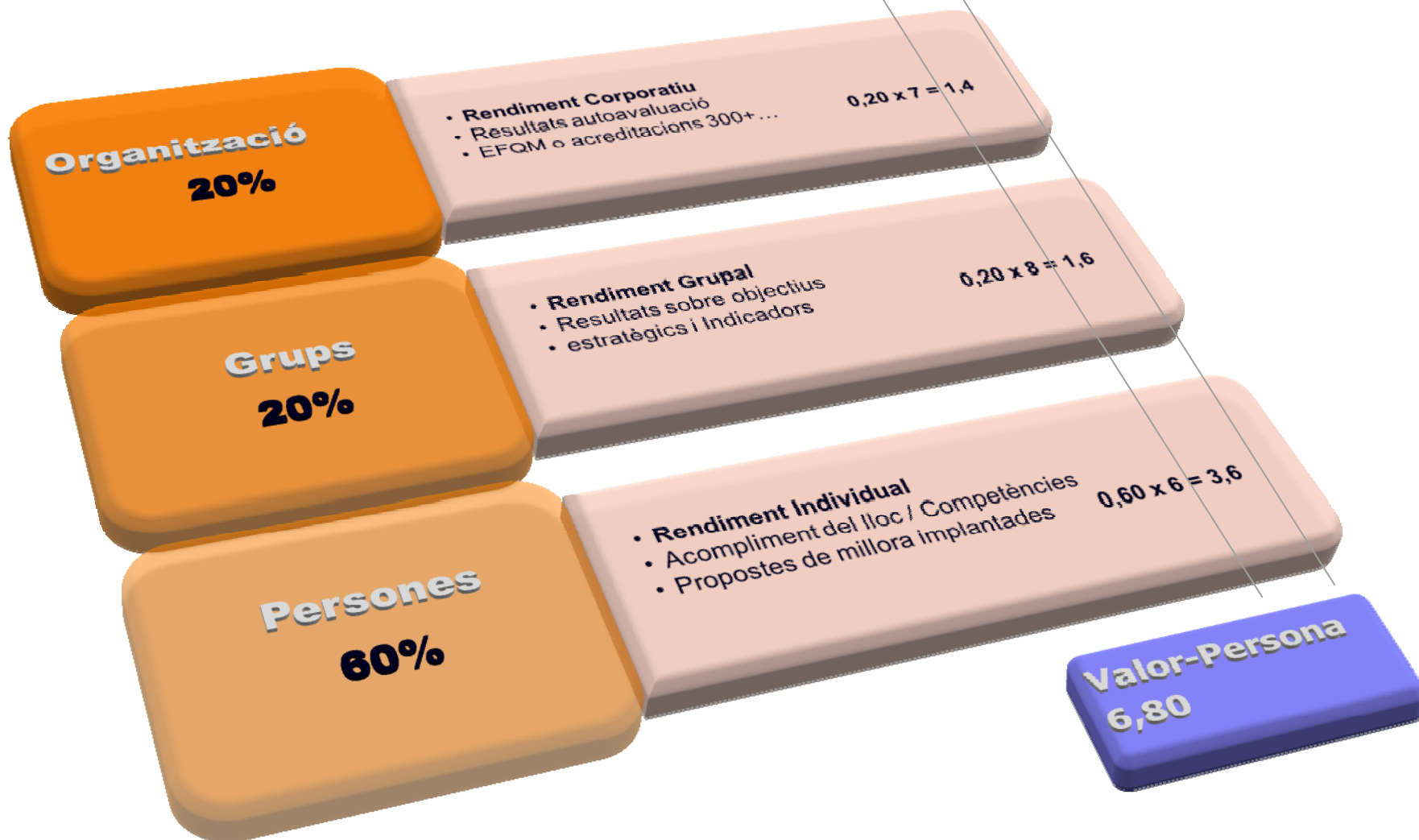
Mohandas Karamchand Gandhi

❑ Avaluar l'actuació de totes les persones de l'organització:





□ Tensar l'organització: Compensar i retribuir per resultats:





- ❑ Reforçar el sentiment de pertinença i implicar a totes les persones de l'organització en un comportament de lideratge davant la situació actual:



Lideratge
sense càrrec



Lideratge
d'equips



Lideratge
transformacional

gettyimages®

RVM1

“El lideratge és una cosa
que és a l'**abast de tothom**
al marge del lloc que ocupis
en una organització.”

Robin Sharma



Diapositiva 22

RVM1

Aquest text, a l'altre document, ve a continuació de la citació de Robin Sharma, fora de les cometes.

RVM; 24/02/2009