



FEDERACIÓ DE MUNICIPIS
DE CATALUNYA

2014
Barcelona



Seminari **sobre relacions** **col·lectives**



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 llicenciador (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 dels 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



Edita

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

Disseny i maquetació
www.lacuina.grafica.com

Sumari

1
a sessió
31/10/14

2
a sessió
21/11/14

3
a sessió
18/12/14

Introducci6

Entre octubre i desembre de 2014, se celebra la 16a edició del Seminari de Relacions Col·lectives de l'FMC, que es va posar en marxa l'any 1998. Un cop més, l'FMC s'apropa al món local per tractar un dels aspectes fonamentals de la funció pública local, com és el de les relacions col·lectives.

Durant tot aquest llarg període de temps, les relacions laborals en aquest àmbit han sofert un profund canvi de paradigma i, en tot moment, aquest seminari ha intentat donar resposta a les qüestions més punyents en l'àmbit de les relacions col·lectives i les relacions individuals també afectades que podien ser d'interès per als gestors públics, representants dels empleats i altres col·lectius vinculats a la funció pública local.

Aquest any 2014, el Seminari de Relacions Col·lectives, també estructurat en tres sessions, tractarà temes molt diversos amb ponents de llarga experiència professional i acadèmica, i amb contingut també molt actual, sovint controvertit. Algunes ponències són estrictament sobre negociació col·lectiva i d'altres tracten temes de relacions individuals o d'altres àmbits, que sense dubte es veuran reflectides en el dia a dia de la relació col·lectiva en cada entitat local i en la negociació futura.

Per donar una visió general de l'estat actual de la funció pública local, inaugurarem el Seminari amb la intervenció del catedràtic i president de la comissió que va donar llum a l'EBEP, el Dr. Miquel Sánchez Morón. Tot seguit, en la mateixa jornada, comentarem dues qüestions de gran transcendència: les relacions laborals en l'àmbit dels consorcis després de l'aprovació de la reforma local del 2012, a càrrec del catedràtic Federico Castillo i també, vinculat a aquesta reforma, el règim de personal directiu i eventual, intervenció que farà el magistrat i professor Alberto Palomar Olmeda.

En la segona sessió, tractarem dos temes prou significatius i

d'actualitat. A càrrec de la professora Carolina Gala, ens aproparem al nou règim de les mútues d'accidents de treball i el control de la incapacitat temporal, qüestió que està sobre la taula amb gran controvèrsia.

Finalment, en la tercera sessió, a càrrec del catedràtic Carlos L. Alfonso Mellado, farem un repàs als aspectes més significatius de la negociació col·lectiva en el sector públic: límits, eficàcia i durada dels convenis, pactes i acords, objecte d'un fort debat jurídic i pràctic, en especial després de la reforma laboral de 2012. Per concloure, la directora de Recursos Humans de l'Ajuntament de Vigo, María Dapena, ens exposarà l'abast, contingut i significat de la reforma tot just introduïda pel que fa als funcionaris interins i sobre la mobilitat interadministrativa.

Aquesta sessió es clourà amb una taula rodona i intervenció on es reflexionarà sobre l'experiència catalana de negociació col·lectiva supramunicipal.

Convidem, un cop més, tots els interessats a inscriure's i assistir al Seminari, amb la satisfacció de l'FMC d'haver arribat a la 16a edició i amb la voluntat que, novament, les sessions siguin el punt de partida per al debat, reflexió, controvèrsia si cal; però igualment amb la finalitat de poder donar més eines a tots els agents públics per a una millor gestió dels serveis públics i dels interessos dels empleats de les nostres entitats locals.

Xavier Boltaina Bosch

Gerent de la Diputació de Barcelona i professor de Dret Administratiu de la Universitat de Barcelona.

Ponéncias

1^a sessió 31/10/14

Els empleats públics locals després de l'RSAL. Estat de la situació i alternatives d'adequació.

Miguel Sánchez Morón, catedràtic de Dret Administratiu de la Universitat d'Alcalà d'Henares

Consortis i relacions laborals i d'ocupació després de l'RSAL.

Federico Castillo Blanco, catedràtic de Dret Administratiu de la Universitat de Granada.

Personal eventual i directiu en el món local després de l'aprovació de l'RSAL.

Alberto Palomar Olmeda, magistrat i professor associat de Dret Administratiu de la Universitat Carlos III de Madrid

EL EMPLEO PÚBLICO LOCAL TRAS LA LEY DE RACIONALIZACIÓN Y SOSTENIBILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL EL ESTADO DE LA CUESTIÓN

Miguel Sánchez Morón

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Alcalá

1.- La finalidad de esta ponencia es analizar de qué manera y en qué términos va a afectar previsiblemente al empleo público local la reforma contenida en la Ley 27/2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL). Por consiguiente, se trata simplemente de una reflexión sobre las consecuencias que esta modificación legislativa puede producir nuestro sistema de empleo público, a la vista también de las normas de desarrollo de la misma que se vienen dictando y de los interrogantes que abre su propio enunciado, que no son pocos. No se puede olvidar tampoco que hay varios recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra ella, aunque no podemos prejuzgar aquí su resultado.

En cualquier caso, conviene empezar por decir que la iniciativa política de esa reforma del régimen local no puede atribuirse de manera autónoma al Gobierno del Estado. Se trata de una reforma más derivada del proceso de ajuste estructural comprometido por España en el ámbito de la Unión Europea, cuya principal manifestación en el ordenamiento jurídico interno es el nuevo artículo 135 de la Constitución, que no por casualidad invoca en su primera línea la exposición de motivos de la LRSAL. Ese proceso de ajuste no solo afecta a la política fiscal y, de reflejo, a la política económica y social de los Estados europeos, sino también a la propia organización interna o administrativa, de cada uno, ya que esta organización debe adecuarse y modificarse necesariamente en sintonía con los objetivos de estabilidad presupuestaria en que se funda el Pacto Europeo de Estabilidad y Crecimiento. Eso supone que, desde el punto de vista del Derecho europeo, el tradicional principio de autonomía institucional de los Estados miembros ha quedado seriamente condicionado por la respuesta a la crisis económica. y, desde el punto de vista de la Constitución interna, implica que muchos de sus preceptos y de las normas que los desarrollan, incluidos los Estatutos de Autonomía, deben reinterpretarse a la luz de los nuevos principios del artículo 135.

Esta primera reflexión es importante, pues no solo hablamos de una Ley estatal, que podría quizá incumplirse en parte o no cumplirse de manera rigurosa –sobre todo debido a su misma imprecisión–, o que podrá modificarse, derogarse o quizá anularse en un futuro. Hablamos en realidad de unas reformas de la Administración Local que se consideran necesarias en el marco de la Unión Europea y que, de una manera u otra, habrán de llevarse a cabo por los Estados miembros, al menos mientras no cambien las bases de la política económica y fiscal de la propia UE. Son reformas que, a sugerencia o bajo la presión de las Instituciones europeas, se están llevando a cabo en los países periféricos con mayores problemas de estabilidad presupuestaria. Así, en Grecia, donde la reforma local ha sido

especialmente drástica rigurosa –pues se han suprimido muchos municipios-, en Portugal y en Italia e inclusive en Francia; Estados todos estos que también han acometido o están realizando algunas reformas que guardan cierta semejanza con la que ahora comentamos: reducción de entes locales, redistribución de competencias, abandono total o parcial de las cláusulas generales de habilitación a los municipios para crear servicios y realizar actividades de interés público local, limitación de los “costes de la política” local, mayor control del gasto público local... La reforma no afecta en cambio a los países del centro y norte de Europa, que ya la llevaron a cabo desde los años setenta del siglo, pasado, primando la eficacia y eficiencia en la prestación de los servicios públicos locales sobre la autonomía de las colectividades vecinales.

Tampoco podía quedar al margen de tales reformas, por razones obvias (esto es, presupuestarias), el respectivo sistema de empleo público, quizá el que más directa y dolorosamente ha sufrido en casi toda Europa el impacto de las políticas de austeridad y reducción del gasto público. Pero cada Estado goza –aun- del grado de autonomía institucional suficiente para determinar la forma y en ciertos casos el alcance de las reformas necesarias. De manera que el acierto o desacierto de cada reforma solo es imputable al Gobierno que la promueve y al Parlamento que la aprueba.

Cómo es lógico, todas estas reformas, en cierto modo inevitables o difíciles de sortear afectan al empleo público local. Ciertamente es que las medidas de reforma del empleo público más incisivas derivadas del principio de estabilidad presupuestaria no se encuentran en la LRSAL, sino que han sido aprobadas con anterioridad, en el marco de los ajustes rigurosos impuestos por la reciente legislación general sobre la materia, sobre todo por los Reales Decretos-leyes 3/2012, de 10 de febrero y 20/2012, de 13 de julio, las Leyes 2/2012, de 29 de junio, y 3/2012, de 6 de julio, las Leyes de Presupuestos Generales del Estado de los últimos años y la legislación complementaria del Estado y de las Comunidades Autónomas. Me refiero ahora a la reducción de retribuciones, la práctica congelación de las ofertas de empleo público y la aplicación de las medidas de despido colectivo en las Administraciones y entidades públicas, la ampliación de jornada, la supresión o limitación de algunos permisos y otros derechos laborales o funcionales, el alargamiento de la edad de jubilación, etc. La LRSAL solo incide en esta política de recortes de una manera indirecta y meramente eventual, en tanto y en cuanto prevé o hace posible un redimensionamiento de las estructuras de la Administración Local y la supresión o transferencia de algunas competencias y servicios municipales.

Pero además, dicha Ley introduce algunas modificaciones puntuales en el régimen jurídico del empleo público local y, en particular, de algunos de los colectivos que lo componen- sobre todo los funcionarios con habilitación de carácter nacional- que solo de manera parcial tienen que ver con la garantía de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y que parecen más bien deudoras de una determinada concepción política sobre el empleo público.

A continuación me propongo analizar ordenadamente el conjunto de normas de la LRSAL que afectan o pueden afectar al empleo público local, diferenciando aquellas que podrían tener impacto indirecto sobre el número de empleados, que examinaré en primer lugar, de aquellas otras que se refieren directamente al régimen jurídico de los funcionarios y otros empleados de las Administraciones Locales.

2.- Parte central de la reforma local consiste en aquellas medidas tendentes a reducir el número de entidades que componen la Administración y el sector público local y a limitar las competencias y servicios de titularidad y gestión municipal. Si estas previsiones legales se llevaran a la práctica de manera rigurosa se podría producir una reducción adicional del número de empleados al servicio de las entidades locales. Algunos de los empleados afectados perderían quizá su empleo, mientras que otros podrían ser transferidos –y probablemente algunos lo serán- a las Administraciones que en el futuro ejerzan las competencias o gestionen los servicios que hasta ahora son de competencia municipal y que dejarán de serlo. Además, es previsible que el número total de efectivos al servicio de las Administraciones locales y los organismos y entidades que dependen de ellas se reduzca en números absolutos, como ya está sucediendo en los últimos años. Pero todo ello depende de cómo se desarrolle la LRSAL, puesto que estos aspectos capitales falta en el texto de la Ley mucha concreción y algunas de sus previsiones se remiten a un futuro más o menos lejano o quedan condicionadas a ulteriores decisiones de las Comunidades Autónomas o de las propias entidades locales. De momento lo más efectivo son los límites que se imponen a la creación de nuevas entidades y a la asunción de nuevas competencias y servicios locales.

Aparentemente al menos la LRSAL persigue reestructurar la Administración Local mediante la disolución o supresión de algunas entidades que la componen. Pero no aborda una reforma equiparable a la que ha tenido lugar en muchos países del centro y norte de Europa desde hace cuarenta años o a la más reciente de Grecia. No se ha optado por suprimir municipios masivamente o por agruparlos forzosamente en otras entidades de ámbito territorial superior y, supuestamente, con mayor capacidad de gestión administrativa. Aparte de que el legislador estatal carece de competencias para ello, pues es materia atribuida a las Comunidades Autónomas, frente a los modelos eficientistas de otras latitudes ha pesado más en nuestro país, como en otros del sur de Europa, la fuerza del sentimiento municipalista y de identidad local, además de la presión de las bases políticas locales.

Las medidas que aporta la LRSAL son otras, a saber, a) un cierto impulso a la fusión voluntaria de municipios, además de mayores impedimentos para la creación de nuevos municipios por segregación (art. 13 LBRL); b) la supresión de la personalidad jurídica de las entidades locales menores o de ámbito inferior al municipio, que, sin embargo, pueden subsistir como forma de organización municipal desconcentrada (art. 24.bis LBRL), e incluso mantener su actual personalidad jurídica si presentan sus cuentas antes de finalizar el año 2014 (DT 4ª LRSAL); c) mayores límites para la creación de entidades públicas empresariales y sociedades mercantiles locales (art. 85.2 LBRL) y de consorcios (art. 57.3 LBRL), así como la disolución de las entidades que se encuentren en situación de desequilibrio financiero al finalizar el año 2014 (DA 9ª.2 LBRL); d) la prohibición de constituir entidades del sector público local “de segundo nivel”, es decir, controladas por otros organismos autónomos o empresas públicas locales y la disolución de las existentes (DA 9ª.3 y 4 LBRL); e) la posible disolución de las mancomunidades municipales que no adapten sus estatutos a la nueva Ley o presten servicios que dejan de ser de la competencia municipal (DT 11ª LRSAL). Se trata de medidas más bien prudentes e incluso tímidas para superar lo que la exposición de motivos de la Ley define como “atomización del mapa municipal”. Aparte de que su eficacia práctica, en particular la del impulso a la fusión de municipios, está por ver.

En cualquier caso, no parece que el impacto de este tipo de medidas sobre el empleo público local vaya a ser excesivo, pues con excepción quizá de algunos casos de liquidación de empresas públicas locales, la previsión legal es que los empleados de los municipios que se fusionen pasarán al municipio resultante (art. 13.4.a), sin perjuicio de las medidas de redimensionamiento que éste adopte. Asimismo, los empleados de las entidades locales de ámbito inferior y de las mancomunidades que se disuelvan disueltas pasarán a integrarse en los municipios correspondientes (DT 4ª y DT 11ª, respectivamente). Incluso esa asunción de personal por la entidad matriz se podrá producir normalmente en el caso de liquidación de no pocas empresas municipales, sea porque así se establezca en sus estatutos, sea en virtud de acuerdos con los trabajadores y sus representantes, y ello a pesar de los conflictos que tal absorción suele generar con los empleados propios de las entidades locales. De hecho, la jurisprudencia reciente (Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Tercera, Sección 7ª, de 22 de marzo de 2013 y 11 de febrero de 2014, entre otras) viene entendiendo que es lícita la absorción del personal laboral de una empresa pública por la Administración o entidad matriz sin un nuevo proceso selectivo, en caso de liquidación de aquella, pues se trataría de un supuesto de “sustitución de empresa” conforme a la legislación laboral.

En la práctica no parece que la LRSAL vaya a ocasionar por sí misma destrucción de empleo público. Ahora bien, sí pone freno a la creación de nuevos puestos de trabajo en el sector público local, en virtud de todas esas normas de reestructuración.

3.- Algo parecido, con matices, puede decirse del impacto sobre el empleo público local de las modificaciones del régimen de las competencias municipales previsto por la LRSAL.

La Ley tiene como objetivo reducir las atribuciones de los municipios, en particular los de población inferior, mediante una serie de disposiciones: a) la exclusión de ciertas competencias como propias de los municipios en el artículo 25.2 LBRL, entre las que destacan las relativas a los servicios sociales, a la defensa de los consumidores y usuarios, incluida la inspección y control de establecimientos y productos, y en materia de educación, para las que se fijan plazos específicos en la DA 15ª y en las DDTT 1ª, 2ª y 3ª LRSAL; b) la posibilidad de prestación de una parte muy significativa de los servicios públicos obligatorios de los municipios de menos de 20.000 habitantes mediante fórmulas “coordinadas” propuestas por la respectiva Diputación Provincial (o Comunidad uniprovincial), con la conformidad de los municipios afectados, consistentes en la gestión directa por la propia Diputación o entidad equivalente o mediante consorcios y mancomunidades (art. 26.2 LBRL); c) la imposibilidad de prestar otros servicios o ejercer otras competencias “distintas de las propias”, salvo si no se pone en riesgo la sostenibilidad de la Hacienda municipal y no se simultanea el mismo servicio con otra Administración Pública (art. 7.4 LBRL); d) la exigencia inexcusable de garantías de financiación en caso de delegación de competencias por parte de las Administraciones superiores, en particular por las Comunidades Autónomas, o cuando se firmen convenios u otros instrumentos de cooperación (arts. 27.6 y 57 bis LBRL).

Ahora bien, todas las normas autonómicas de desarrollo de la LRSAL, incluidos los Decretos-leyes 3 y 4/2014 de la Generalidad de Cataluña, han hecho una interpretación prudente y restrictiva de esas previsiones competenciales. Por de pronto, los municipios conservan la titularidad de las competencias propias que les atribuye la legislación sectorial

correspondiente y, por lo que se refiere a la asunción por las Comunidades Autónomas de las competencias en materia de educación, sanidad y servicios sociales, su eficacia queda demorada a la aprobación del nuevo sistema de financiación autonómica y local y a que se cumplan los plazos establecidos en las disposiciones adicionales de la LRSAL. Podrá haber, pues, una transferencia de competencias, pero está por ver si en realidad la hay y cuándo.

En cuanto a las competencias impropias, se ha entendido por lo común que los informes legalmente necesarios sobre garantías de estabilidad presupuestaria y no duplicidad de prestaciones habrán de aplicarse pro futuro, no a las actividades y servicios de esa naturaleza jurídica que los municipios prestaban ya a la entrada en vigor de la LRSAL y que podrán seguir prestando. Eso sí, todas las Comunidades Autónomas deben proceder a la adaptación de sus convenios con las entidades con la nueva Ley, incluyendo en ellos la cláusula de garantía financiera. Eso puede suponer en la práctica que no se renueven o que queden resueltos algunos convenios de colaboración, de lo que puede derivar que dejen de realizarse algunas prestaciones.

En realidad no se sabe muy bien cómo va a quedar en definitiva configurado el mapa real de la distribución de competencias, incluyendo las impropias, que seguirán ejerciéndose por muchos municipios y las delegadas en éstos. Sin duda la aplicación paulatina de la Ley va a abrir un proceso de reajuste de competencias y servicios que puede ser duradero y desigual a lo largo del territorio, período durante el que cada Administración tratará de adaptar sus necesidades y preferencias a los nuevos límites y directrices legales, al menos formalmente.

Ello no obstante, está claro que a partir de la LRSAL y mientras esté en vigor será mucho más difícil asumir nuevas actividades municipales en régimen de competencias no propias. Además, la LRSAL marca una tendencia de reducción de competencias propias, que cuando menos significa una limitación del círculo de la autonomía municipal, sea cual sea la fecha en que se puedan concretar las transferencias pendientes a las Comunidades Autónomas y a cada una de ellas. En fin, la exigencia legal de una garantía de financiación por parte de las Comunidades Autónomas de las competencias delegadas y de los convenios de colaboración y las normas de desarrollo que obligan a proceder a una evaluación previa de unas y otros para mantener o no las delegaciones y convenios con la financiación garantizada, pueden suponer la revocación de algunos delegaciones o, como se ha dicho, la falta de prórroga de algunos convenios. Por todas estas razones es lógico prever una cierta reducción de servicios y actividades municipales, que, si no estoy mal informado, se está produciendo ya en algunos casos.

La redistribución de competencias resultante debería suponer, en la medida en que se produzca, la transferencia de los empleados eventualmente sobrantes en la Administración municipal a aquellas otras que vayan a prestar los servicios correspondientes, sea la Comunidad Autónoma, o a cualquier otra entidad u organismo dependiente de aquella o en la que pudieran delegarse las competencias asumidas. En su caso, puede también suponer una reducción adicional del empleo público, si los servicios y prestaciones concretas que hasta ahora venían prestando los municipios, en ejercicio de competencias propias o impropias, dejan de ser asumidos, en todo o en parte, por otra Administración.

Cuestión singular en esos casos es determinar la fórmula jurídica de las transferencias de personal que pudieran producirse. En el caso de los funcionarios públicos que se transfieran

de las entidades locales a la Comunidad Autónoma respectiva o a organismos de ella dependientes, no se deberían plantear muchas dudas, ya que existe experiencia y normas que prevén ese tipo de traspasos para situaciones similares. Lo lógico es que se integren en la Administración de destino con condiciones homologadas a los funcionarios de ésta de categoría equivalente, en su caso con los complementos personales transitorios que se estimaron oportunos. Al tiempo, quedarían en sus escalas de origen como funcionarios en situación de Servicio en otras Administraciones Públicas (art. 88 del EBEP y normas de desarrollo), garantizándose todos sus derechos adquiridos. Ésta es la solución que prevé expresamente, por ejemplo, la reciente Ley 1/2004, de 25 de julio, de la Comunidad de Madrid, de adaptación del régimen local de esta Comunidad Autónoma a la LRSAL.

Por lo que se refiere al personal laboral, podría ser igualmente asumido como personal propio por la Administración de destino, que se subrogaría en los correspondientes contra otros de trabajo, ya fueran fijos o temporales. La citada Ley de la Comunidad de Madrid prevé esta fórmula, aunque con un matiz importante, para distinguir el caso de aquellos empleados que accedieron a su puesto de trabajo mediante un proceso selectivo, de lo que no accedieron así. En este segundo caso, la Comunidad Autónoma los asume pero como personal con contrato temporal y con la posibilidad de armonizar las plazas en cualquier momento. Esta es solo una de las fórmulas posibles que se supone serían objeto de negociación en cada Comunidad Autónoma si se llegan a producir las transferencias de personal.

También puede tener su reflejo en el empleo público municipal la denominada coordinación de servicios básicos de los municipios de menos de 20.000 habitantes por las Diputaciones Provinciales o entidades equiparables mediante la asunción de su gestión o la organización de fórmulas consorciadas o mancomunadas. En este caso es aun más difícil hacer un pronóstico fiable del impacto, pues en gran parte de esos municipios tales servicios se prestan ya hoy mediante gestión indirecta y carezco de datos sobre el número de empleados municipales destinados a ellos. Como dispone el nuevo artículo 26.2 LBRL, la propuesta de coordinación y la fórmula elegida debe elaborarse por la Diputación Provincial o entidad equivalente de conformidad con los municipios, para su aprobación por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Será al elaborar la propuesta cuando deberá decidirse qué hacer con los empleados municipales de los servicios correspondientes y ahí, como establece la Ley, los propios municipios deben prestar su conformidad. Lo lógico es que tales empleados puedan integrarse voluntariamente en la entidad o entidades de ámbito supramunicipal que vayan a hacerse cargo de los servicios, si se opta por la gestión directa de los mismos. Aunque, si se trata de contratados laborales, el ordenamiento jurídico no garantiza su continuidad. Se ha hablado bastante en este sentido de la posibilidad de que las Diputaciones o entidades equivalentes opten con carácter general por la gestión indirecta de estos servicios coordinados, supuesto en el que podrían perderse un número indeterminado de empleos públicos locales. Pero no es más que una hipótesis.

En resumidas cuentas, la reforma local persigue sobre todo una reducción del gasto público de las Administraciones Locales y con este fin adopta un conjunto de medidas limitativas sobre la organización municipal y de redistribución de competencias a favor de Administraciones supramunicipales. Siendo el empleo público uno de los componentes esenciales del gasto, está claro que esas medidas repercutirán a la baja, en definitiva, sobre

el número de empleados municipales. El proceso de reducción de efectivos será no obstante gradual y diferenciado, según las opciones que adopten las Comunidades Autónomas y las Diputaciones Provinciales y otras entidades receptoras de los servicios transferidos. Además se traducirá, según los casos, en la supresión de empleos o pérdida de empleo neto o bien en el traspaso de medios personales de unas Administraciones a otras, a cuyo efecto no es indiferente el vínculo funcional o contractual de los trabajadores afectados. Pero todos esos cambios se van a realizar de manera limitada y paulatina, previsiblemente.

De todas formas, si la tímida reforma estructural que ahora se aborda no produjera los resultados prometidos (a la Unión Europea) –lo que no es de descartar a la vista de los términos definitivos de la redacción legal-, o hubiera una recaída en la crisis con efectos significativos sobre el déficit y la deuda pública, no son de descartar otras reformas sucesivas, pues lo que ha de prevalecer es, como sabemos y como hoy sanciona la Constitución, el principio de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

4. Como ya se ha dicho, el legislador ha aprovechado la ocasión para introducir también algunas reformas en el régimen jurídico de los empleados públicos locales y de algunas de sus categorías, por razones que solo en parte tienen que ver con la sostenibilidad financiera.

La modificación de alcance más general, aunque no sea tan concreta como otras, reside en la afirmación de la preferencia por el vínculo funcional o estatutario para desempeñar puestos de trabajo en la Administración Local y sus organismos autónomos, que formula el recuperado artículo 92 de la LBRL en su apartado 2. Este es el régimen que he de corresponder “con carácter general” al desempeño de los puestos de trabajo, con lo que se modifica una larga tradición legislativa que reservaba a funcionarios públicos tan solo ciertas funciones en el ámbito de la Administración Local. Así lo disponía la redacción originaria del citado artículo 92.2 LBRL, cuya constitucionalidad avaló por cierto la STC 37/2002, precepto que tuvo continuidad en la DA 2ª, apartado 1.1 del EBEP, que lo sustituyó. Y ello ha permitido que el porcentaje de empleo laboral en las Administraciones Locales sea muy superior al de otras.

Ahora el nuevo artículo 92.3 de la LBRL remacha que corresponden exclusivamente a los funcionarios de carrera, también en el ámbito de la Administración Local, “las funciones que impliquen directa o indirectamente “participación en el ejercicio de potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales” y no solo las que “impliquen ejercicio de autoridad” y otras que en desarrollo de la Ley se reserven a funcionarios para mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función. Se suma así a la fórmula tradicional del originario artículo 92.2 LBRL la no menos genérica e inconcreta que utiliza el artículo 9.2 del EBEP para la reserva de funciones a funcionarios de carrera en el conjunto de las Administraciones Públicas.

Bien es cierto que el mismo carácter indeterminado de esas fórmulas conceptuales no impedirá seguir contratando personal laboral –fijo o temporal- para muchos puestos de trabajo, cuando las entidades locales lo estimen necesario. Pero su acumulación en la LBRL dará argumentos a quienes defienden una interpretación extensiva del artículo 9.2 del EBEP como no coincidente con las funciones que implican ejercicio de autoridad y algunas otras

similares. De esta manera el nuevo texto legal puede contribuir –y así sucederá probablemente en alguna medida- a reducir el alto porcentaje de personal laboral al servicio de las Administraciones Locales. No solo porque va a dificultar legalmente la contratación para muchos puestos de trabajo, que ahora se podrían entender reservados a funcionarios, sino porque va a relanzar las demandas de funcionarización en el ámbito local.

Ahora bien, sobre las posibilidades de funcionarización, deberá tenerse en cuenta lo dispuesto en la DT Segunda del EBEP, que permite “funcionarizar” mediante procedimientos de promoción interna convocados por el sistema de concurso-oposición a quienes ya ocupaban puestos con funciones reservadas a funcionarios antes de la entrada en vigor del EBEP, pero no a otros empleados laborales, Esta DT tiene carácter básico. En cualquier caso, la reciente STC 111/2014, de 26 de junio, que anula la Ley Foral 19/2013 de Navarra, que abrió un amplio proceso de funcionarización, recalca de manera especialmente rotunda que los procesos de funcionarización, en la medida en que existan, deben basarse inexcusablemente en pruebas selectivas, aunque puedan tenerse en cuenta los méritos contraídos al Servicio de las Administraciones Públicas, de manera proporcionada.

5. El nuevo artículo 104 bis de la LBRL establece determinados límites cuantitativos a las dotaciones de puestos de trabajo de personal eventual en las corporaciones locales. Esta novedad –exigida sin duda por los socios europeos, en nuestro país como en otros- viene a dar respuesta a una inquietud muy difundida sobre el excesivo número de empleados de esta clase con que cuentan muchas corporaciones locales, que ha sido objeto de crítica en medios jurídicos y también por algunos grupos políticos minoritarios, ya que en muchos casos tales nombramientos carecen de una justificación objetiva y son una simple manifestación de clientelismo, amiguismo o incluso en ocasiones de puro y simple nepotismo. Ya en su momento el Informe de la Comisión que preparó el EBEP llamó la atención sobre la necesidad de que las leyes que lo desarrollaran contuvieran este tipo de precisiones y límites para que el margen de discrecionalidad de los gobernantes no fuera prácticamente ilimitado y para evitar abusos. Pero el legislador no había puesto en práctica hasta ahora esta recomendación. La LRSAL aborda ya el recorte de este tipo de personal, que no podía quedar legítimamente al margen de la reducción de efectivos que impone la política de estabilidad presupuestaria y que, de manera indirecta al menos, conecta también con los criterios de regeneración de la vida pública.

Cabe discutir, no obstante, si los límites que se establecen –y que se han ido relajando desde los primeros borradores de la Ley de reforma hasta el final de su tramitación parlamentaria- son los adecuados, especialmente en los municipios de más de 500.000 habitantes, en los que aún pueden alcanzar el 0,7 por 100 de la plantilla de la entidad y sus organismos autónomos administrativos. Incluso en los municipios de más de 75.000 habitantes el número podrá alcanzar varias decenas, ya que puede coincidir con el número de concejales. Es elogiable, en cambio, que se prohíba el nombramiento de este personal en entidades y organismos distintos de los Ayuntamientos, Diputaciones Provinciales, Consejos y Cabildos Insulares, que solo pueda prestar servicio en los “servicios generales” de la corporación – aunque no es ese un concepto muy preciso y aunque en el último trámite parlamentario el legislador ha permitido excepcionar esta regla mediante el reglamento orgánico de cada corporación- y que se ordene publicar cada seis meses el número de puestos de trabajo reservados a personal eventual en la sede electrónica de la corporación y en el Boletín

Oficial de la Provincia o de la Comunidad Autónoma. Esta concreta regla de publicidad periódica, por cierto, también fue sugerida por la Comisión de expertos que preparó el EBEP, pero el legislador optó entonces por establecer simplemente que el número y retribuciones del personal eventual serán públicas, sin mayores precisiones.

Ahora bien, la aplicación de los límites cuantitativos en cuestión está sujeta a una excepción transitoria, hasta el 30 de junio de 2015, es decir, prácticamente hasta la constitución de las nuevas corporaciones locales tras las próximas elecciones. Según la DT 10ª de la Ley 27/2013, aquellas entidades locales que a la fecha de su entrada en vigor cumplan con los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública y cuyo período medio de pago a proveedores no supere en más de 30 días el plazo máximo previsto en la normativa sobre morosidad, pueden mantener hasta el 30 de junio de 2015 el número máximo de puestos de personal eventual que tenían a 31 de diciembre de 2012, sin sujetarse a los límites del nuevo artículo 104 bis LBRL.

6. Por lo que se refiere al personal directivo, la LRSAL introduce algunas novedades puntuales. Por un lado, el nuevo artículo 32.bis de la LBRL establece por primera vez reglas específicas para el nombramiento de personal directivo de las Diputaciones Provinciales (como de Cabildos y Consejos Insulares), nombramiento que debe efectuarse de acuerdo a criterios de competencia profesional y experiencia, exclusivamente entre funcionarios de carrera del subgrupo A1 de cualquier Administración, salvo que el reglamento orgánico correspondiente exceptúe el requisito de tener esa condición funcional, “en atención a las características específicas de las funciones del cuerpo directivo”. La misma regla se mantiene en el artículo 130.3 de la LBRL, que se refiere al nombramiento del personal directivo de los municipios de gran población: coordinadores generales y directores generales. Hay, pues, un criterio de funcionarización de estos puestos directivos, congruente con la preferencia por el régimen funcional antes comentada y similar en sus términos al que establece la LOFAGE (art. 18.2) para los directores generales de la Administración del Estado. Pero al igual que este precepto, la regla admite excepciones. Para determinar cuándo y en qué términos procede la excepción, debería tenerse en cuenta la jurisprudencia recaída sobre ese artículo 18.2 de la LOFAGE, que exige una motivación concreta y en términos comprensibles de la decisión reglamentaria de exceptuar el requisito de ser funcionario superior para aspirar a ciertos puestos directivos (véanse, por ejemplo, las SSTs de 21 de marzo de 2002, 7 de diciembre de 2005, 6 de marzo de 2007, 4 de junio de 2008, 2i de enero de 2009, 3 de septiembre y 11 de noviembre de 2010, 18 de diciembre de 2012, 19 y 22 de febrero de 2013, etc.).

Sin embargo, no se establece que ese personal directivo –sea funcionario o no- deba ser seleccionado a través de procedimientos que garanticen la publicidad y la concurrencia, como prevé el artículo 13 del EBEP para los directivos públicos profesionales, artículo que hasta ahora no ha sido objeto del desarrollo necesario para su aplicación, salvo en casos y Administraciones muy determinadas (véase, por ejemplo, la reciente Ley 7/2014, de 17 de julio, del Principado de Asturias). Eso supone que los nombramientos de directivos locales podrán ser libres y no sometidos siquiera necesariamente a las reglas de provisión de puestos de trabajo por libre designación del régimen de la función pública, que exige una convocatoria pública. Podrían ser nombramientos directos, en servicios especiales si se trata de funcionarios públicos o por contratación si no lo son.

En aquellos supuestos en que el personal directivo, por excepción, no deba recaer sobre funcionarios del grupo A1, se podrá proceder a la contratación en régimen de alta dirección. Inclusive se puede, a mi juicio, nombrar para puestos directivos, de manera justificada, a personal eventual, como permite el artículo 176.3 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, que sigue en vigor. Pero ahora habrá que tener en cuenta el límite cuantitativo para el nombramiento de personal laboral establecido ahora en el ya citado artículo 104 LBRL

Por otra parte, las DT 8ª y 9ª de la Ley 27/2013 establecen que lo dispuesto en los artículos 32.bis y 130.3 de la misma solo se aplica a los nombramientos de personal directivo que tengan lugar tras la entrada en vigor de la reforma legislativa, de manera que no afecta al personal directivo no funcionario ya nombrado hasta ese momento, que podrá continuar en sus cargos sine die.

Por lo demás, las limitaciones impuestas al nombramiento de personal eventual son congruentes con los objetivos de la reforma legal y coinciden, por cierto, con el contenido de otra reciente reforma de la Administración Local en Europa, como es la italiana, que tiene similar causa y finalidad. Pero habrá que ver como se aplican y desarrollan en su caso estas normas, ya que la posibilidad de excepcionar el requisito de ser funcionario para optar a esos cargos se regula en términos poco concretos y suscita algunas dudas, dada la querencia habitual de buena parte de los gobernantes locales de contar con personal de su confianza, de libre elección, para el ejercicio de responsabilidades superiores.

Eso sí, la nueva DA 12ª de la LBRL impone límites a las retribuciones que pueden percibir los directivos de los entes, consorcios, organismos, sociedades y fundaciones que componen el sector público local, de acuerdo con los contratos mercantiles o de alta dirección que suscriban. Esas retribuciones, ya sean básicas –en función de las características de la entidad en que presten servicio- complementarias –complemento de puesto y complemento variable por objetivos- e inclusive en especie, no pueden superar la cuantía máxima total que se fije en la Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada año.

7. Sin duda, la modificación más importante que en materia de empleo público sanciona la Ley que se comenta es la que se refiere a los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional. Esta modificación sustantiva guarda alguna conexión, ciertamente, con el objetivo esencial de la reforma, ya que pretende reforzar la independencia e imparcialidad de estos funcionarios –sobre todo la de los Interventores- por relación a las corporaciones locales en que prestan servicio, lo que, por otra parte, constituye el origen y la razón de ser de este grupo singular de funcionarios locales. Así se deduce de la exposición de motivos, que enlaza la finalidad de garantizar la profesionalidad y eficacia de las funciones de control interno de las entidades locales con la más específica de reforzar la función interventora, para dotar de mayor transparencia y rigor al control económico-presupuestario.

Sin entrar ahora en esta última cuestión –el refuerzo de la función interventora-, que se concreta sobre todo en la modificación de algunos preceptos de la Ley de Haciendas Locales, el régimen general de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter

nacional se regula en el nuevo artículo 92.bis de la LBRL, que sustituirá a la DA 2ª del EBEP, objeto de derogación. Cabe recordar que esta última disposición adicional del EBEP sustituyó a su vez la regulación de los funcionarios con habilitación de carácter nacional que contenían los originarios artículos 98 y 99 de la LBRL, sustitución que –por cierto- no fue propuesta por la Comisión de expertos que preparó el Estatuto Básico, más bien partidaria de mantener su regulación en el ámbito de la legislación de régimen local, sino que fue el fruto de un acuerdo político entre los partidos que por entonces gobernaban o eran mayoritarios en las Cortes Generales y en algunas Comunidades Autónomas.

Si la reforma introducida por el EBEP tuvo por finalidad descentralizar en las Comunidades Autónomas competencias esenciales del proceso de selección y provisión de puestos de trabajo y la potestad sancionadora sobre estos funcionarios, la reforma actual pretende justo lo contrario, es decir, reasignar al Estado esas competencias. E inclusive va más allá, puesto que eleva a rango legal determinadas normas del régimen jurídico especial de esos funcionarios públicos, con el fin de garantizar en mayor medida su naturaleza de habilitados nacionales y su independencia frente a las corporaciones en las que ejercen las funciones de control interno. La finalidad de esta parte de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local es, pues, coherente con la concepción del partido gobernante sobre la organización territorial del Estado. Pero puede también pensarse que asimismo deriva de un planteamiento crítico de la experiencia descentralizadora que inició el EBEP, defendido por la organización colegial de los funcionarios afectados (COSITAL), avalado por algunos trabajos doctrinales y en el que también abundó el Informe del Tribunal de Cuentas, aprobado el 23 de febrero de 2012, sobre el Sector Público Local en 2009. De aquéllos trabajos y de este Informe se deduce que las Comunidades Autónomas o algunas de ellas no han cumplido con rigor las responsabilidades que les atribuyó el EBEP para asegurar la presencia de habilitados de carrera en todas las corporaciones locales, la objetividad de los procesos de selección y provisión por concurso y la necesaria independencia de estos funcionarios. Por el contrario, se ha hecho dejación excesiva de aquellas responsabilidades y se ha facilitado el desempeño de las tareas de control interno que les corresponden por personal interino o accidental o en virtud de nombramientos provisionales. A ello ha contribuido igualmente la actitud de muchas entidades locales, por lo general refractarias a aceptar y mantener en esos puestos de trabajo a funcionarios que no gocen de la confianza de sus gobernantes.

En realidad, la solución del EBEP incurría en una cierta contradicción, pues es difícil conciliar el carácter estatal de un cuerpo, escala o grupo de funcionarios con la atribución de las competencias a las Comunidades Autónomas para su selección, provisión de puestos y régimen disciplinario, máxime si se tiene en cuenta la tendencia de cada gobierno autónomo a seguir sus propias políticas con las menores limitaciones posibles. Un ejemplo de esa dificultad se encuentra en la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre si puede establecerse como requisito el conocimiento del catalán en el procedimiento de selección de los funcionarios con habilitación de carácter estatal convocado por la Generalidad de Cataluña, habida cuenta de que los funcionarios seleccionados podrían prestar servicio en cualquier entidad local de España. La misma Sala Tercera y Sección (7ª) ha dictado sentencias contradictorias en el plazo de pocos meses, primero negando la legalidad de tal requisito (STS de 20 de septiembre de 2012) y después aceptándola por mayoría (STS de 24 de julio de 2013 y otras varias). Otra cosa es que el EBEP hubiera optado por la creación de cuerpos o escalas diferentes de habilitados autonómicos para el ejercicio de las funciones de

secretaría e intervención en las corporaciones locales, es decir, por suprimir la habilitación estatal, paso que el legislador no quiso dar. Ahora el Estado recupera competencias de regulación y ejecución sobre estos funcionarios lo que, al mantenerse su carácter estatal, no carece de lógica, se esté o no de acuerdo con esta opción. Tampoco parece que puedan suscitarse dudas fundadas sobre la constitucionalidad de esta parte de la Ley, pues ya en su momento el Tribunal Constitucional ratificó el carácter básico no solo de la legislación sobre estos habilitados nacionales sino también de los actos esenciales de ejecución de la misma (STC 25/1983, de 7 de abril).

Así, en virtud de la reforma corresponde al Gobierno central, mediante real decreto, en vez de a la Comunidad Autónoma, regular la creación, clasificación y supresión de puestos de trabajo reservados de este tipo de funcionarios, así como sus especialidades en materia de situaciones administrativas y régimen disciplinario (art. 92 bis.4). Y al Estado corresponde también, través del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, en lugar de a las Comunidades Autónomas, la aprobación de la oferta de empleo público, la selección, formación y habilitación de estos funcionarios, conforme a las bases y programas aprobados reglamentariamente (art. 92 bis.5) Al Gobierno corresponde igualmente en adelante y en exclusiva, en contra de las previsiones del EBEP (solo en parte desarrolladas en algunas Comunidades Autónomas), la regulación de las especialidades de la provisión de puestos de trabajo de estos funcionarios (art. 92 bis.6). En fin, el Estado reasume también la competencia para incoar, tramitar y resolver los procedimientos disciplinarios por falta muy grave que puedan afectar a los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional y deja en manos de las corporaciones locales el ejercicio de las potestades disciplinarias solo en caso de faltas leves (art. 92 bis.10 y 11).

Por lo que se refiere a los concursos de provisión de puestos, su ámbito territorial será siempre el estatal, ya se trate de concursos ordinarios o unitarios, mientras que el EBEP preveía que el de los primeros sería el de la Comunidad Autónoma de pertenencia de la plaza. Los concursos ordinarios serán convocados por la corporación local correspondiente, pero de conformidad con un modelo de convocatoria y unas bases comunes aprobadas por el Gobierno. A la Administración del Estado se atribuye también por la Ley la regulación de los méritos generales de los concursos, que ahora alcanzarán el 80 por 100 del total, más aun de lo que preveía el texto originario de la LBRL, que era del 65 por 100. Las Comunidades Autónomas podrán ahora fijar méritos sobre sus especialidades de hasta el 15 por 100, mientras que las corporaciones locales convocantes el concurso solo podrán determinar méritos específicos hasta un 5 por 100 del baremo, y no hasta el 25 por 100 que preveía el texto primitivo de la LBRL. Esta última drástica reducción revela, por lo demás, una notable desconfianza hacia la competencia de las entidades locales de participación en la configuración de los baremos.

La nueva Ley mantiene, sin embargo, la posibilidad de provisión por el sistema de libre designación de los puestos reservados a los funcionarios con habilitación nacional, en términos muy similares a los del EBEP en cuanto a los supuestos en que procede. Se añade ahora los puestos existentes en las Áreas Metropolitanas (y en las Ciudades de Ceuta y Melilla). Pero la autorización previa preceptiva para el nombramiento y el informe preceptivo previo al cese de los Interventores (no de los Secretarios) por este sistema corresponderá en adelante en todo caso al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. A mi juicio esto no es suficiente, ya que la garantía de independencia e

imparcialidad de los funcionarios llamados a ejercer el control interno sobre las corporaciones locales es lógicamente incompatible con la facultad de designación y cese discrecional atribuida a los órganos sujetos a control. Alguna jurisprudencia reciente, que exige en todo caso una motivación precisa de los nombramientos, da cuenta de tal contradicción (por ejemplo, SSTS de 19 de octubre de 2009 y 3 de diciembre de 2012).

Por último, se respeta la actual competencia de las Comunidades Autónomas para proceder a los nombramientos provisionales de estos funcionarios, comisiones de servicios, acumulaciones, nombramientos personal interino y de personal accidental, pero de acuerdo con la normativa establecida por la Administración del Estado y no por la propia (art. 92 bis.7). Incluso la Ley fija algunos límites para los nombramientos provisionales, ya que no pueden recaer en quienes no lleven desempeñando su puesto de trabajo al menos dos años, salvo que sea en la misma entidad local o salvo que concurran circunstancias excepcionales de urgencia en la cobertura de un puesto, caso en que el nombramiento provisional se ha de aprobar por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

Habrà que ver si este régimen legal y la normativa estatal de desarrollo es capaz de poner freno efectivo a determinadas prácticas limitativas de la independencia real de estos funcionarios que se han detectado en el pasado reciente.

Nada se dice en la Ley, por cierto, de los requisitos de conocimientos lingüísticos de los funcionarios que hayan de acceder y desempeñar puestos de trabajo en el territorio de las Comunidades Autónomas con lengua oficial propia distinta del castellano. Ello no obstante, es claro que ha de aplicarse al respecto la legislación de cada Comunidad Autónoma relativa al acceso a los empleos públicos de las Administraciones existentes en su territorio. Ello ya supone en la práctica un límite efectivo para el acceso de muchos de los habilitados nacionales a puestos de trabajo en corporaciones de aquellas Comunidades Autónomas con lengua cooficial propia. Pero es un límite justificado, impuesto por el legislador competente y, en este caso, plenamente avalado por la jurisprudencia.

De todo este proceso de devolución al Estado de las competencias sobre el régimen de los funcionarios con habilitación de carácter nacional queda excluida, sin embargo, la Comunidad Autónoma del País Vasco, en virtud de la DA 2ª de la LBRL (apartados 7, 8 y 9), que ya existía con la misma finalidad en su redacción originaria, pero que ahora se modifica para ampliar incluso las competencias de las instituciones autonómicas. El nuevo texto legal dispone al efecto que “todas las facultades previstas respecto a dicho personal serán ostentadas por las instituciones competentes [del País Vasco], en los términos que establezca la normativa autonómica, incluyendo la facultad de convocar exclusivamente para su territorio los concursos para las plazas vacantes en el mismo, así como la facultad de nombramiento de los funcionarios en dichos concursos”. En estos corresponde al Estado determinar méritos generales en el 65 por 100 del baremo, siendo los méritos de determinación autonómica del 30 por 100 y los específicos del 5 por 100. Estas y otras salvedades que se establecen en la misma disposición adicional para el País Vasco y sus Territorios Históricos se dicen fundadas en la disposición adicional primera de la Constitución y en el Estatuto de Autonomía del País Vasco. Es obvio, sin embargo, que el Gobierno vasco y los partidos mayoritarios en esta Comunidad Autónoma han tenido una capacidad política de negociación con el Gobierno estatal sobre los términos de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local que no han alcanzado los de otras Comunidades Autónomas.



8. En definitiva, las reformas del régimen jurídico del empleo público local contenidas en la Ley de Reforma y Sostenibilidad de la Administración Local, aunque que no son numerosas, denotan una tendencia hacia la funcionarización de esa parte del empleo público, a una relativa –y esperamos que no solo aparente- limitación del personal de libre nombramiento político (los eventuales, pero no así los directivos) y a la centralización del régimen de los funcionarios de Administración Local con habilitación nacional, en garantía de la mayor independencia de estos últimos funcionarios, particularmente de quienes ejercen funciones de intervención. Subsisten, sin embargo, algunas normas contradictorias con este último objetivo, en particular la posibilidad de provisión por libre designación de algunos puestos de trabajo asignados a estos funcionarios, que se explican por la salvaguarda de los intereses de los partidos políticos, y que a la postre podrían mermar la eficacia reformadora de la nueva Ley en lo que se refiere al control interno de las corporaciones locales.

LA NUEVA REGULACIÓN DE LOS CONSORCIOS PÚBLICOS: INTERROGANTES Y RESPUESTAS SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE SU PERSONAL.

Federico A. CASTILLO BLANCO

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Granada

I. EL NUEVO PLANTEAMIENTO SOBRE LA NATURALEZA Y EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONSORCIOS PÚBLICOS.....	1
1. <i>Introducción: la problemática planteada por los Consorcios y la definitiva consagración del Consorcio como una entidad instrumental de naturaleza singular.....</i>	<i>1</i>
2. <i>Las modificaciones introducidas por la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local.....</i>	<i>9</i>
II. EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LOS CONSORCIOS PÚBLICOS.....	12
1. <i>La aplicación de la legislación de empleo público a los Consorcios.....</i>	<i>13</i>
2. <i>El papel de los Estatutos del Consorcio.....</i>	<i>16</i>
2. <i>¿Cuál es el significado de la expresión adscribir el personal del Consorcio a la Administración dominante?</i>	<i>20</i>
3. <i>¿Desde qué momento operan las previsiones establecidas con respecto del personal?.....</i>	<i>24</i>
4. <i>Las excepciones al régimen jurídico establecido.....</i>	<i>24</i>
III. LA SELECCIÓN DEL PERSONAL DEL CONSORCIO Y LA SITUACIÓN DEL PERSONAL EXISTENTE DE FORMA PREVIA A LA REGULACIÓN EFECTUADA.....	25
1. <i>¿Es adecuada la reasignación de efectivos como fórmula para proveer las necesidades de personal de los consorcios públicos?</i>	<i>25</i>
2. <i>La situación del personal existente en los Consorcios ya constituidos.....</i>	<i>28</i>
IV. OTRO PERSONAL AL SERVICIO DE LOS CONSORCIOS PÚBLICOS.....	29
1. <i>Interinos y contratados.....</i>	<i>29</i>
2. <i>El personal directivo.....</i>	<i>30</i>
3. <i>El personal eventual.....</i>	<i>34</i>
V. CONCLUSIÓN: LAS DESVENTURAS DE LEGISLAR A LA DEFENSIVA.....	36

I. EL NUEVO PLANTEAMIENTO SOBRE LA NATURALEZA Y EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONSORCIOS PÚBLICOS.

1. Introducción: la problemática planteada por los Consorcios y la definitiva consagración del Consorcio como una entidad instrumental de naturaleza singular.

La distribución de competencias entre las instancias territoriales en que se organiza el Estado, según viene establecido en el art. 137 C.E., comporta inevitablemente la necesidad de asegurar la coherencia de la actuación de las Administraciones públicas mediante el

deber de colaboración entre ellas; deber que, como señalara en forma temprana la STC de 4 de mayo de 1982, «se encuentra implícito en la propia esencia de la forma de organización territorial del Estado que implanta la Constitución». Y es que nuestro modelo constitucional de ejercicio de competencias entre los distintos poderes públicos implica, de forma inevitable y al menos por ahora, la concurrencia de administraciones en un amplio abanico de materias que no admiten, por simplista, la idea de “una administración una competencia” tan de moda en estos últimos años de crisis económica.

A estos efectos, de colaboración entre las distintas instancias territoriales, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) previó que las distintas Administraciones públicas podrían celebrar convenios que, a su vez, dieran lugar, o no, a la creación de entes instrumentales entre los que se cuenta el Consorcio (arts. 6.2.e y 7). Del mismo modo, la legislación local contempló, de forma previa a la anterior, la colaboración interadministrativa mediante la creación de consorcios (arts. 57 LBRL y 64, 69 y 70 TRRL). Y, en el mismo sentido, la legislación sectorial, tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas, se refirió a la constitución de Consorcios para el cumplimiento de sus fines (art. 12 del Reglamento de Gestión Urbanística; art. 11.5 de la Ley 42/1975 de Recogida y Tratamiento de Residuos Sólidos Urbanos; 123 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico; Ley de la Comunidad de Madrid 5/1985 de 16 de mayo, creadora del Consorcio Regional de Transportes Públicos Regulares de Madrid; etc.)¹.

En suma, los Consorcios son organizaciones de cooperación interadministrativa, dotadas de personalidad jurídica, que las Administraciones públicas podían constituir con la finalidad de gestionar intereses públicos comunes en el ejercicio de sus respectivas competencias. Los Consorcios encontraron, a lo largo de estas décadas, sus manifestaciones más típicas en la gestión común de competencias concurrentes de los entes consorciados, fundamentalmente en materia de servicios públicos (abastecimiento de aguas o prestación de servicios culturales por ejemplo) o en materias específicas de interés común no atribuidas en concreto a ninguna de las mismas. Pero, y esto ha sido más frecuente de lo que sería de desear, junto a los anteriores se han constituido Consorcios sin atenerse necesariamente al principio de especialidad y que parecían responder a la idea, más que de la gestión de un servicio o función, de dar vida a una nueva forma de ente público, alejándose así de la idea propia de un estado multinivel basado en su esencia en la existencia de competencias concurrentes, que sustituye ampliamente a las Administraciones incorporadas al mismo en

¹¹ El vigor de la figura, en un estado multinivel de competencias concurrentes, es indiscutible y así según los datos del Directorio de Entes del Sector Público Autonómico (datos publicados por el Ministerio de Economía y Hacienda, a fecha 1 de enero de 2009), del total de entes existentes en el conjunto de las Comunidades Autónomas (1940), el 30% aproximadamente (573), son Consorcios, mientras que las sociedades mercantiles representan un 27% del total, las fundaciones un 20%, los entes públicos un 10% y los Organismos Autónomos un 9%.

Las Comunidades Autónomas en las que los consorcios tienen mayor peso específico en el conjunto de los entes integrantes del sector público son:

- Andalucía: el 48,3% (144 de un total de 298).
- Cataluña: el 44,4% (143 de un total de 322).
- Baleares: el 61,1% (99 de un total de 162).

Además, y únase a lo anterior, a lo largo de los últimos años previos a la crisis económica se han creado más de 100 nuevos consorcios, frente a la creación de 80 sociedades y 46 entes de derecho público de diversa naturaleza.

materias de interés propias de todas las entidades participantes. Los problemas de nuestra planta local, por su minifundismo, no son ajenos a ello.

Lo cierto es que, a pesar de la importante función a desarrollar por los Consorcios derivada de este ínsito principio constitucional de cooperación, éstos ha debido desarrollar sus funciones en medio de un notable vacío normativo respecto de los mismos que ha provocado que, tanto en el procedimiento para su constitución, como en los aspectos relativos a la gestión ordinaria de sus actividades (particularmente en el ámbito del control presupuestario y de la gestión del personal), hayan surgido numerosos conflictos derivados, fundamentalmente, de la indeterminación de la naturaleza jurídica de esta figura y de la imprecisión de sus propios Estatutos². El debate sobre su naturaleza no es nuevo y sobre el mismo se ha escrito suficiente por lo que no nos ocuparemos aquí de ese punto.

No es ésta, sin embargo y debemos advertirlo, una cuestión baladí, pues de la correcta determinación de su naturaleza, va a depender el régimen jurídico aplicable a sus actos (control financiero y presupuestario, régimen de personal, contratación, etc), pero, además, y por extensión va a ser relevante respecto de los entes instrumentales y sociedades dependientes del mismo que se verán o no sujetas a la legislación local para su constitución y funcionamiento dependiendo de su naturaleza estatal, autonómica o local.

² FERREIRA FERNANDEZ, J., "Los consorcios del sector público autonómico: naturaleza y características", Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica", nº 310, cita como un ejemplo de esta incertidumbre y confusión en el caso gallego dos resoluciones jurisdiccionales en el mismo Juzgado (JCA n.º 2 de Santiago de Compostela), con dos pronunciamientos absolutamente contradictorios sobre la naturaleza jurídica del Consorcio Gallego de Servicios de Igualdad y Bienestar. Nótese que es el mismo órgano jurisdiccional, el que en dos sentencias coincidentes en el tiempo (7 de mayo y 30 de julio de 2007), y ante supuestos de hecho idénticos, concluye, en uno y otro proceso, respectivamente, en la naturaleza jurídica autonómica y local del referido ente consorcial. Así, la primera de ellas (Sentencia de 7 de mayo de 2007) establece que «... el Texto Refundido de 1986 no ha querido caracterizar a todos los consorcios que puedan constituirse al amparo de su artículo 110 como entidades locales, pero sin negarles tampoco tal consideración, permitiendo que en cada caso, según las circunstancias concurrentes, pueda determinarse si el consorcio constituido es o no una entidad local, no existiendo razones para atribuir esta naturaleza al consorcio que nos ocupa. Si se examina el artículo 3 de los estatutos del consorcio, debe concluirse que tiene la condición de entidad de derecho público, de carácter interadministrativo y por ello que las funciones que se le atribuyen al Consorcio no constituyen una competencia propia de los entes locales, que se encuentra atribuida a los municipios como así se deduce de la lectura del artículo 6 que establece los fines generales del consorcio...». Por el contrario, la Sentencia de 30 de julio de 2007, concluye en que «no estamos en este caso en presencia de un convenio de colaboración entre órganos administrativos de la Administración General del Estado o de organismos públicos vinculados o dependientes de ella y órganos administrativos correspondientes de las Administraciones autónomas, sino ante un convenio de colaboración entre la Administración local y la Administración autonómica que encaja en los sistemas de cooperación regulados en los artículos 57 y 87.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, y 110 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el TRRL. (...) En cuanto al régimen jurídico por el que se rige la actividad y funcionamiento del Consorcio, es el artículo 3.2 de los estatutos el que hace mención a su carácter voluntario, y a su constitución por tiempo indefinido, disponiendo que se regirá por sus estatutos, por su reglamento de régimen interno y por las demás disposiciones legales que, para el efecto, se enumeran en el artículo primero de estos estatutos, y demás disposiciones que, por la naturaleza del ente consorcial, le resulten de aplicación. Es por ello por lo que al margen de la consideración que pueda merecer o no el consorcio demandado como ente local, lo cierto es que son sus propios estatutos los que se remiten a la Ley 7/1985, como norma que integra el conjunto de disposiciones legales por las que debe regirse, al decir que el consorcio se constituye de conformidad con la Ley 30/1992, el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo y la Ley 7/1985, de 2 de abril».

Pues bien así las cosas, y paradójicamente dada la importante función a desarrollar por este tipo de ente público, no será hasta la aprobación de la LRPAC cuando se reconozca, por primera vez en el ámbito estatal, y al margen de la legislación de régimen local, la figura del consorcio interadministrativo.

Inicialmente en su artículo 7, y, tras la reforma operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, en su artículo 6.5, la LRJPAC reconoce a los consorcios como una manifestación del principio de colaboración interadministrativa. Este artículo prevé que cuando la gestión de un convenio entre Administraciones haga necesario crear una organización común, ésta podrá adoptar la forma de consorcio dotado de personalidad jurídica o sociedad mercantil, encomendándose a los estatutos del consorcio la determinación de sus fines, así como las particularidades de su régimen orgánico, funcional y financiero. Además, la Ley establece que los órganos de decisión estarán integrados por representantes de todas las entidades consorciadas, en la proporción que se fije en la norma estatutaria, pudiendo utilizarse, para la gestión de los servicios que se le encomienden, cualquiera de las formas previstas en la legislación aplicable a las Administraciones consorciadas.

Es preciso referirnos, sin embargo, a que el referido precepto únicamente cita, refiriéndose al ámbito subjetivo de los convenios de colaboración, a la Administración General del Estado y a las Administraciones de las Comunidades Autónomas, unido a la remisión a la normativa básica local en todo lo relativo a las relaciones interadministrativas con las entidades locales (art. 9), lo que, a mi juicio, determina que, en estos casos, no sería posible la participación de una entidad local en los consorcios creados a su amparo. De esta forma, hay que entender que se ofrecen dos regímenes jurídicos diferentes, el de los consorcios con participación de entes locales y el de aquellos en que no hay tal participación³. Lo que estimo se acentúa tras la regulación ofrecida por la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local aprobada a finales de 2013 y que ha incidido singularmente en el régimen jurídico de los Consorcios públicos, especialmente aquellos adscritos a un ente local, y lo que estimo, también, que debería ser objeto de rectificación. Desde mi punto de vista, la figura consorcial exigiría una regulación acabada de carácter básico aplicable a todo tipo de

³ CASTILLO BLANCO, F.A, “Los Consorcios Administrativos: especial referencia a los consorcios de entidades locales en la legislación andaluza”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, 42: 95 y ss. En el mismo sentido PÉREZ TORRENTE ha afirmado que «Como fácilmente se advierte, el artículo 7 de la Ley regula tan sólo el régimen de consorcios entre el Estado y las Comunidades Autónomas. La Ley de bases de régimen local y el texto refundido de 1986 regularían los consorcios en que participaran entidades locales. Así pues, la Ley 30/1992, en lugar de crear una regla común, consagra dos regímenes que en más de una ocasión serán distintos. Ratifica esta conclusión el artículo 9 de la Ley 30/1992, el cual, bajo el epígrafe de «relaciones la Administración Local» dispone lo siguiente: «las relaciones entre la Administración general del Estado o la Administración de la comunidad autónoma con las entidades que integran su Administración local se regirán por la legislación básica en materia de régimen local.» “Los Consorcios”. *Revista Catalana de Derecho Público*. 21: 52-65.

Bien es cierto que dicha tesis no es unánime y en opinión de FERREIRA FERNANDEZ, J., “Los consorcios del sector público autonómico...”, op. cit., pág. 181 dicha remisión no supone en modo alguno el establecimiento de dos regímenes diferenciados, no sólo porque entre ambas regulaciones no existen diferencias sustanciales, sino también porque la aplicación supletoria de los preceptos de la LRJPA sirve para limar las posibles diferencias o carencias de la LBRL (por ejemplo, en todo lo relativo a la posibilidad de que el Consorcio sea fruto de un Convenio) y, en esa medida, para dotar de mayor homogeneidad a esta regulación. Además, no debe olvidarse que ni la LRJPAC, ni la LBRL establecen en ninguno de sus preceptos cuál ha de ser el régimen jurídico aplicable, ni la administración a la que han de adscribirse los Consorcios, participen en ellos entes locales o no.

consorcios que estableciera los elementos claves de la figura en cuanto a su constitución, organización, funcionamiento y extinción⁴, sin perjuicio de las competencias autonómicas para su desarrollo.

El desarrollo de la figura consorcial en el ámbito autonómico, motivado por la necesidad de poner límite a un proceso de generación casi espontánea que había alcanzado un cierto nivel preocupante, sobre todo en términos de control presupuestario, se inicia a partir el año 2000 como ha tenido ocasión de exponer FERREIRA FERNÁNDEZ⁵. Así, si hasta el año 2000, el legislador no había sometido aun rígidamente la organización y régimen del consorcio a los tipos legalmente preestablecidos, el espectacular crecimiento de los entes consorciales a finales de los años 90, unido a la necesidad de disciplinar presupuestariamente a todo el sector público con el fin de garantizar los objetivos de estabilidad presupuestaria, le llevó a tomar conciencia de su existencia y a tratar de clarificar su naturaleza jurídica y régimen de adscripción, al igual que antes había ocurrido con otros entes instrumentales⁶.

Y es que en este período, ya se trata del sector estatal o autonómico, las distintas normas presupuestarias y financieras van a tratar de definir cuando el Consorcio ha de quedar adscrito a uno u otro sector público con la finalidad de establecer cuál es la administración que ha de ejercer sobre éste la tutela, pero por sobre todo, y fundamentalmente, el control en el ámbito económico-financiero.

En este sentido, destaca la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, que con la finalidad de precisar qué debe entenderse por entes integrantes del sector público estatal, a efectos de control financiero y de cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria, tendrá en cuenta que puede haber consorcios que no tengan naturaleza local⁷.

⁴ En efecto, la ausencia de una regulación de éstos ha sido una constante en el tiempo. Ahora, sin embargo, lo urgente es poner remedio a esa dispersión normativa (LRJPAC, LBRL y, ahora, la reciente LRSP) y dotar a los Consorcios de una regulación homogénea, uniforme para todo tipo de Consorcios que establezca las líneas maestras de éstos. Entre ellas la provisión de los recursos humanos necesarios para el desarrollo de sus fines y su régimen jurídico.

⁵ Para todo ello es de imprescindible lectura el trabajo ya citado de FERREIRA FERNÁNDEZ a quien se sigue en estas líneas.

⁶ Cuestión a la que nunca ha sido ajena nuestra doctrina. Puede verse, a este respecto, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ (1974) *Los Consorcios en el Derecho español –Análisis de su naturaleza jurídica*. Madrid: IEAL y MARTÍN MATEO, R (1971) “Los consorcios como institución jurídica”. *RAP*, 161: 9 y ss.. CASTILLO BLANCO, F. A. (1991) “Los consorcios de entidades locales: análisis y evolución a la luz de la nueva legislación de régimen Local” *RAP*, 124: 397 y ss. Más recientemente cabe citar los trabajos de MARTÍN MATEO, R. (1987) *Entes locales complejos*. Madrid: Trivium, y MARTÍN MATEO, R (1992) “Los Consorcios locales: una institución en auge”, *RAP*, 129: 8 y ss.; LÓPEZ MENUDO, F (1995) «Servicios municipales y gestión consorciada» en Pedro Escribano Collado (Coord.) *Jornadas de Estudios sobre consorcios locales: Temas de Administración Local*. Ediciones Adhara, S.L.. 1-34.. CASTILLO BLANCO, F.A. (2001) “Los Consorcios Administrativos: especial referencia a los consorcios de entidades locales en la legislación andaluza”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, 42: 95 y ss; NIETO GARRIDO, E. (1997) *El Consorcio Administrativo*, Barcelona: Cedecs. BARRERO DOMÍNGUEZ, C. (2002) “Los conceptos de mancomunidades y consorcios: necesidad de delimitación y diferenciaciones”. *Revista Andaluza de Administración Pública*, 45: 81 y ss. Y REBOLLO PUIG, M. (1997) “Los Consorcios entre entes locales como forma de cooperación”, en *Anuario del Gobierno Local, 1997*. Madrid: Marcial Pons: 203 y ss.

⁷ Su artículo 2 establece que formarán parte del sector público estatal «Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refieren los artículos 6, apartado 5, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y 87 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, cuando uno o varios de los sujetos

Y es que, hasta la aprobación de la LRSAL, el único esfuerzo armonizador en la delimitación de los criterios de adscripción de los consorcios al sector público se ha dado en el marco de la legislación básica en materia de estabilidad presupuestaria. Y, en este sentido, y, entre otras, con esa finalidad se aprobó el Real Decreto Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria cuyo objeto es «el establecimiento de los principios rectores a los que deberá adecuarse la política presupuestaria del sector público en orden a la consecución de la estabilidad y crecimiento económicos, en el marco de la Unión Económica y Monetaria, así como la determinación de los procedimientos necesarios para la aplicación efectiva del principio de estabilidad presupuestaria, de acuerdo con los principios derivados del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, y en virtud de la competencia del Estado respecto de las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica». A estos efectos, y con el fin de garantizar la formación y el mantenimiento de un Inventario de Entes integrantes del Sector Público, que vele por la efectiva aplicación de este importantísimo principio hoy como sabemos constitucionalizado, el legislador básico estatal fijó los criterios determinantes de la adscripción de los consorcios al sector público estatal y local.

En ese sentido, y de acuerdo con lo dispuesto en la TRLGP, formarían parte del sector público estatal, «los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refieren los artículos 6, apartado 5, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y 87 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, cuando uno o varios de los sujetos enumerados en este artículo hayan aportado mayoritariamente a los mismos dinero, bienes o industria, o se haya comprometido, en el momento de su constitución, a financiar mayoritariamente dicho ente y siempre que sus actos estén sujetos directa o indirectamente al poder de decisión de un órgano del Estado» (art. 2.1.h). Por otra parte, y de conformidad con el artículo 2.1 f) del Real Decreto 1463/2007, de 2 de noviembre por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, de Estabilidad Presupuestaria, en su aplicación a las Entidades Locales, formarán parte del sector público local los consorcios que las entidades locales hayan podido constituir con otras administraciones públicas para fines de interés común o con entidades privadas que persigan fines de interés general, siempre que la participación (habrá que entender financiera) de la o las entidades locales en dichos Consorcios sea mayoritaria, o bien que en caso de igualdad de participación con otras entidades que no sean de carácter local, se cumpla alguna de las siguientes características: que la o las entidades locales dispongan de mayoría de votos en los órganos de gobierno; y que la o las entidades locales tengan facultades para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de gobierno.

No obstante, esta preocupación por la Administración que ha de ejercer el control económico-financiero de los Consorcios y, consiguientemente, el sector público al que esté ha de quedar adscrito no ha estado ausente el legislador autonómico ya se trate de la

enumerados en este artículo (entes integrantes del sector público estatal) hayan aportado mayoritaria mente a los mismos dinero, bienes o industria, o se hayan comprometido, en el momento de su constitución, a financiar mayoritariamente dicho ente y siempre que sus actos estén sujetos directa o indirectamente al poder de decisión de un órgano del Estado»

normativa específica de carácter financiero⁸, como en la general de régimen jurídico y administrativo de las distintas Comunidades Autónomas⁹.

De idéntica forma, y adelantándose a la legislación estatal de régimen local, también el legislador autonómico de régimen local también se ha ocupado de delimitar cuando, y con

⁸ Así, la última generación de normas autonómicas sobre finanzas públicas (Decreto Legislativo 1/2000, de 29 de junio por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Hacienda Foral de la Comunidad Autónoma de Aragón, Ley 14/2006, de 24 de octubre de Finanzas de Cantabria, Ley 2/2006, de 3 de mayo de Hacienda y del Sector Público de Castilla y León, Ley 11/2006, de 11 de diciembre de Hacienda de Canarias y Ley 5/2007, de 19 de abril, de Hacienda de Extremadura) contemplaran ya los requisitos de adscripción de los consorcios al sector público autonómico a los efectos de determinar el régimen de control financiero. A título de ejemplo, el artículo 5 del Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo (BOJA núm. 53, de 18 de marzo) por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía que establece que:

1. A los consorcios referidos en el artículo 12.3 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, a las fundaciones del sector público andaluz, y a las demás entidades con personalidad jurídica propia no incluidas en los artículos anteriores en las que sea mayoritaria la representación, directa o indirecta, de la Administración de la Junta de Andalucía, les será de aplicación el régimen presupuestario, económico-financiero, de control y contabilidad que se establece en la presente Ley, en lo previsto en la misma.

Se entenderá que existe representación mayoritaria en las citadas entidades cuando más de la mitad de los miembros de los órganos de administración, dirección o vigilancia sean nombrados por la Administración de la Junta de Andalucía o por sus agencias y sociedades mercantiles del sector público andaluz.

Para la creación y extinción de las entidades referidas en este apartado así como para la adquisición y pérdida de la representación mayoritaria, se requerirá autorización del Consejo de Gobierno.

2. Los consorcios, las fundaciones y demás entidades con personalidad jurídica propia que, aunque no cumplan los requisitos establecidos en el apartado anterior, tengan una financiación mayoritaria de la Junta de Andalucía, podrán quedar sometidos al control financiero previsto en esta Ley cuando, mediando razones justificadas para ello, así lo acuerde el Consejo de Gobierno, a propuesta de la persona titular de la Consejería competente en materia de Hacienda.

⁹ De nuevo, a título de ejemplo y para que sirva de contraste, el artículo 12 de la Ley de Administración de la Junta de Andalucía establece, bajo la denominación de organización personificadas de gestión, que:

1. La Administración de la Junta de Andalucía podrá constituir con otras Administraciones Públicas y otras entidades públicas o privadas organizaciones personificadas de gestión para la consecución de finalidades de interés común, que pueden adoptar la forma de consorcios o de sociedades mercantiles.

Corresponde al Consejo de Gobierno autorizar la creación de dichos consorcios o la integración de la Administración de la Junta de Andalucía en los mismos. Asimismo, le corresponde autorizar la creación de sociedades mercantiles en los términos previstos en el artículo 76 de la presente Ley, para la prestación de servicios con contenido económico que no impliquen ejercicio de autoridad y que afecten a los intereses de la Administración de la Junta de Andalucía y de otras Administraciones Públicas.

2. El acuerdo de autorización para la creación, al que se refiere el apartado anterior, incluirá los estatutos del consorcio. En caso de integración, el acuerdo de autorización irá acompañado de la ratificación o adhesión a los estatutos preexistentes. Tras su aprobación, ratificación o adhesión, se publicarán en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía. Los estatutos han de determinar las finalidades del consorcio, así como las particularidades de su régimen orgánico, funcional y financiero.

La autorización del Consejo de Gobierno para la creación o integración requerirá informe previo de las Consejerías competentes en materia de Administración Pública y de Hacienda.

3. Los consorcios en los que la Administración de la Junta de Andalucía o cualquiera de las entidades que integran el sector público andaluz hayan aportado mayoritariamente dinero, bienes o industria, o se hayan comprometido en el momento de su constitución a financiar mayoritariamente dicho consorcio, han de someter su organización y actividad al ordenamiento autonómico y estarán sujetos al régimen económico-financiero, de control y contabilidad establecido en la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Dicho régimen se aplicará igualmente a los consorcios en los que la designación de más de la mitad de los miembros de sus órganos de dirección corresponda a la Administración de la Junta de Andalucía o a cualquiera de las entidades del sector público andaluz.

qué requisitos, un consorcio ha de ser considerado como un ente local¹⁰, bien es cierto que dicha condición de ente local, tras la LRSAL aunque a mi juicio desde antes, no viene amparada por la legislación básica de régimen local¹¹. Cuestión ésta última que ha sido un problema, añadámoslo, ampliamente discutido¹². Y es que una cosa es delimitar qué régimen jurídico ha de ser aplicación al Consorcio y otra, bien distinta, que éste sea una entidad local.

Como se deduce de la mayoría de las normas autonómicas o de régimen local dictadas por los legisladores autonómicos la adscripción a la Administración autonómica o local vendrá dada por la concurrencia alternativa de una posición de control orgánico o de control financiero por parte de la administración a quien se adscriben. Bien es cierto que, en el caso local, se ha condicionado en ocasiones también a la existencia de un interés local.

¹⁰ La Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía ha reconocido también la condición de entidad local del consorcio local. Su artículo 3.4 admite que “por Ley, o de acuerdo con la presente Ley, podrán crearse otras entidades locales complementarias”. Entre estas se encuentran los consorcios locales, que, en los términos del artículo 78.3 de la LAULA, “se considerarán entidades locales de cooperación territorial a los efectos de esta Ley” cuando se trate de “consorcios participados mayoritariamente por entidades locales y que persigan fines en materia de interés local”.

¹¹ Lo que no ha impedido que la legislación autonómica lo haya considerado así, ya se trate del caso andaluz (artículo 78.3 de la Ley 5/2010, de 11 de junio) o en el caso de la Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración Local de Galicia o, por referirnos a un último supuesto, por la Ley 20/2006, de 15 de diciembre, municipal y de régimen local de las Illes Balears. Circunstancia que, en opinión de quienes defienden dicho aspecto, no contradice la legislación estatal básica, en la medida de que hay que entenderla referida a los supuestos en que el régimen jurídico de adscripción de la entidad es la legislación local. Véase, en torno a este punto, GARCIA RUBIO, F., “Las entidades supramunicipales en el gobierno local español. Reflexiones tras la reforma de la sostenibilidad”, *Cuadernos de Derecho Local*. nº 34, 2014, pág. 195.

¹² En efecto, el debate sobre si el Consorcio es o no un ente local y sobre la capacidad del legislador autonómico para crear entidades locales no necesarias o dispositivas es algo ya sabido por conocido. De esta forma, entienden que el artículo 3.2 de la LRBRL es un listado abierto ALONSO MÁZ, M. J., “Comentario al artículo 3 LRBRL”, en DOMINGO ZABALLOS, M. J. (coord.), *Comentarios a la Ley básica de régimen local (Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local)*, 2.a ed., Thomson-Cívitas, Madrid, 2005, p. 185-187; MARTÍN MATEO, R., *Entes locales complejos: mancomunidades, agrupaciones, consorcios, comarcas, áreas metropolitanas*, Trivium., Madrid, 1987 p. 22; MORILLO-VELARDE PÉREZ, J. I., “Consorcios locales”, en Muñoz Machado, S. (dir.), *Diccionario de Derecho Administrativo. Tomo I. A-G*, Iustel, Madrid, 2005, p. 631; SÁNCHEZ BLANCO, A., *Organización intermunicipal*, Iustel, Madrid, 2006, p. 87. Muy destacadas en este aspecto son las reflexiones de TOSCANO GIL, F., “La definición del Consorcio como entidad local en la legislación autonómica”, *Cuadernos de Derecho Local*, nº 27, 2011, pág. 45 para quien la configuración del consorcio local como entidad local por el legislador autonómico es posible ya que “si en la práctica los estatutos reguladores de los consorcios locales suelen configurarlos como entes de Derecho público que gestionan intereses predominantemente locales, entes participados e integrados mayoritariamente por Administraciones Públicas locales, y sujetos fundamentalmente al Derecho local, ningún problema debería haber en dar el siguiente paso, el de definirlos como entes locales en la normativa autonómica”.

No es esta mi posición, sin perjuicio de las competencias autonómicas en materia de régimen local (STC 31/2010). Así lo he expuesto en trabajos ya citados más atrás. Tampoco es la de REBOLLO PUIG, M., “Los consorcios entre entes locales como forma de cooperación”, en FONT I LLOVET, T. (dir.), *Anuario del Gobierno Local 1997*, Diputación de Barcelona, Marcial Pons, Instituto de Derecho Público, Madrid, 1997, p. 209. La nueva regulación establecida en la Disposición adicional vigésima avala más, aun si cabe, esta postura y es que, a la vista de la misma, resulta muy complicado mantener la condición de ente local del Consorcio cuando el régimen jurídico puede variar sustancialmente según el criterio de adscripción del mismo. Lo que indica que estamos frente a un ente instrumental que será local o no, o mejor dicho al que le será de aplicación o no la legislación local, dependiendo de su adscripción a una u otra Administración.

Debemos de reiterar que la adscripción a una u otra Administración, más que su calificación de ente local o no, es una cuestión de especial relevancia por cuanto la adscripción del consorcio al sector público de que se trate, será determinante del régimen jurídico de aplicación a éstos. De lo que se deriva que su funcionamiento, el control económico-financiero de éste, las reglas que rijan su actividad, etc. van a venir determinadas por este esencial aspecto. La situación, hasta ahora existente, que permitía la existencia de consorcios no clasificados y la consiguiente indefinición de su régimen jurídico, parece haber tocado fin. Y es que a clarificar dicha situación, ya veremos si con mayor o menor éxito, se ha dedicado la LRSAL con modificaciones tanto en el régimen general de los consorcios públicos como en el específico de los consorcios adscritos a entes locales.

2. Las modificaciones introducidas por la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local.

En relación a los Consorcios, ha de señalarse, en primer término, la dispersión normativa que contiene la norma citada en el frontispicio de este epígrafe que aborda una nueva regulación que se contiene en los siguientes preceptos¹³:

- El artículo 57 LRBRL, norma de carácter general, en la legislación básica de régimen local que establece el marco de actuación de éstos en sus relaciones de cooperación con la Administración del Estado y las Comunidades Autónomas¹⁴.
- El apartado 2º del art. 26 LRBRL, respecto a la propuesta de constitución que corresponde a la Diputación como forma de gestión integrada de servicios obligatorios.
- El apartado 2º del art. 103 bis LRBRL referida a la masa salarial del personal laboral que incluye a los Consorcios adscritos a la entidad local a estos efectos con las eventuales consecuencias que ello pueda suponer.
- La nueva redacción de la Disp. Adicional 12ª LRBRL, a la que luego nos referiremos más detalladamente, respecto a la limitación de las retribuciones y, singularmente, las

¹³ De hecho se le ha calificado como fragmentario y tortuoso. Puede verse, a este respecto, PAREJO ALFONSO, L., "La racionalización de la Administración Local en el marco de la sostenibilidad: panorama general", Cuadernos de Derecho Local, nº 34, 2014, pág. 35. La reciente aprobación de la Ley de Racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa incrementa, aún más si cabe, esta situación.

¹⁴ Establece el citado artículo:

1. La cooperación económica, técnica y administrativa entre la Administración local y las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, tanto en servicios locales como en asuntos de interés común, se desarrollará con carácter voluntario, bajo las formas y en los términos previstos en las leyes, pudiendo tener lugar, en todo caso, mediante los consorcios o los convenios administrativos que suscriban.

De cada acuerdo de cooperación formalizado por alguna de estas Administraciones se dará comunicación a aquellas otras que, resultando interesadas, no hayan intervenido en el mismo, a los efectos de mantener una recíproca y constante información.

2. La suscripción de convenios y constitución de consorcios deberá mejorar la eficiencia de la gestión pública, eliminar duplicidades administrativas y cumplir con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

3. La constitución de un consorcio solo podrá tener lugar cuando la cooperación no pueda formalizarse a través de un convenio y siempre que, en términos de eficiencia económica, aquélla permita una asignación más eficiente de los recursos económicos. En todo caso, habrá de verificarse que la constitución del consorcio no pondrá en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda de la Entidad Local de que se trate, así como del propio consorcio, que no podrá demandar más recursos de los inicialmente previstos.

correspondientes a los contratos mercantiles y de alta dirección del sector público local y número máximo de miembros de los órganos de gobierno.

- La Disp. Adicional 13ª LRSAL, que aunque se denomina Consorcios constituidos para la prestación de servicios mínimos, en realidad aborda una excepción al régimen general de adscripción de personal a los Consorcios.
- La Disp. Adicional 14ª LRSAL, denominada de nuevo Régimen jurídico especial de determinados consorcios, pero que lo que aborda es una excepción al régimen general de los Consorcios al que ahora nos referiremos.
- La Disp. Transitoria 6ª de LRSAL, que se dedica al régimen transitorio de los consorcios en tanto se realiza su adaptación a la nueva normativa.
- Disposición Adicional Novena de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, respecto a la aplicación del Redimensionamiento del sector público local y su incidencia en la constitución de nuevos Consorcios o de participación en los mismos de entes locales durante el tiempo de vigencia de su plan económico-financiero o de su plan de ajuste.

Pero, sin duda, y a los efectos que interesan en el presente Estudio es la Disposición Final 2ª LRSAL que modifica la LRJPAC, para incluir una nueva Disposición Adicional 20ª denominada “Régimen jurídico de los consorcios” la que será de mayor interés por las indudables consecuencias que tiene para el régimen del personal al servicio de los Consorcios Públicos..

Unas notas claves, de carácter general, cabe extraer de la citada regulación:

- El texto aprobado finalmente sitúa en menor tela de juicio la figura que las versiones de anteriores borradores, lo que enlaza perfectamente con el principio de cooperación y la existencia de un sistema de competencias multinivel que hace especialmente idónea la figura consorcial para la gestión de competencias no atribuidas, en exclusiva, a un solo nivel territorial. De todas formas, y aún así, la regulación, como ya veremos, se ha realizado con una excesiva prevención respecto de esta figura y plantea numerosas dudas.
- Se considera un ente instrumental, ya nos hemos referido a ello, y no un ente local lo que, desde mi punto de vista, responde a una elemental lógica dadas la naturaleza de la figura y así podía ser entendido con anterioridad a la LRSAL
- Se configura de forma subsidiaria respecto de los Convenios en el artículo 57 LRBR para la cooperación entre Administraciones siempre que, en términos de eficiencia económica, permita una asignación más eficiente de recursos económicos.
- El Consorcio no podrá demandar más recursos de los inicialmente previstos.
- Hay una modificación sustantiva del régimen de los consorcios desde una perspectiva instrumental (adscripción) y en cambios que se concretan en su régimen financiero y contable, así como de personal. En efecto, la nueva Disposición Adicional 20ª de la LRJPAC regula tanto el régimen de adscripción a efectos de la aplicación del régimen de presupuestación, contabilidad y control de la Administración pública a la que estén adscritos (según lo dispuesto en sus Estatutos conforme a los criterios del apartado 2), como que el personal al servicio de los consorcios podrá ser funcionario o laboral procedente exclusivamente de una reasignación de puestos de trabajo de las Administraciones participantes, y su régimen jurídico será el de la Administración

pública de adscripción y sus retribuciones en ningún caso podrán superar las establecidas para puestos de trabajo equivalentes en aquélla.

- La participación de socios privados no influye en la Administración a la que esté adscrito el Consorcio.
- El régimen transitorio establece las siguientes características:
 - Adaptar sus Estatutos en el plazo máximo de un año lo que puede llevar a cambiar de entidad matriz y que el consorcio en pérdidas contagie a ésta.
 - El derecho de “salida”, sin embargo, está regulado en la recientemente aprobada Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de Racionalización del Sector Público y de medidas de reforma administrativa (artículos 12 a 15 que regula el procedimiento, las causas, los efectos y la liquidación con grave olvido de la situación del personal en estos supuestos)¹⁵.
 - En cuanto al régimen del personal lo aplaza a uno de enero del año siguiente.

En cualquier caso, cabe destacar de la norma que esta da respuesta a la situación en principio anómala de los Consorcios que podemos denominar como mixtos –por no tener una Administración la mayoría de participación en el mismo-, y que hasta el momento se movían en una esfera de indefinición a la que era preciso poner término¹⁶.

¹⁵ Precisamente esta nota pone de relieve la necesidad, como ha apuntado el Dictamen del Consejo de Estado referido a esta norma, de ofrecer una regulación completa a estos entes públicos que, hasta ahora, prácticamente era inexistente y que, en estos momentos, se encuentra dispersa y con enfoques no homogéneos.

¹⁶ En efecto, establece dicha disposición las siguientes previsiones:

1. Los estatutos de cada consorcio determinarán la Administración pública a la que estará adscrito, así como su régimen orgánico, funcional y financiero de acuerdo con lo previsto en los siguientes apartados.
2. De acuerdo con los siguientes criterios de prioridad, referidos a la situación en el primer día del ejercicio presupuestario, el consorcio quedará adscrito, en cada ejercicio presupuestario y por todo este periodo, a la Administración pública que:
 - a) Disponga de la mayoría de votos en los órganos de gobierno.
 - b) Tenga facultades para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros de los órganos ejecutivos.
 - c) Tenga facultades para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del personal directivo.
 - d) Disponga de un mayor control sobre la actividad del consorcio debido a una normativa especial.
 - e) Tenga facultades para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de gobierno.
 - f) Financie en más de un cincuenta por cien o, en su defecto, en mayor medida la actividad desarrollada por el consorcio, teniendo en cuenta tanto la aportación del fondo patrimonial como la financiación concedida cada año.
 - g) Ostente el mayor porcentaje de participación en el fondo patrimonial.
 - h) Tenga mayor número de habitantes o extensión territorial dependiendo de si los fines definidos en el estatuto están orientados a la prestación de servicios, a las personas, o al desarrollo de actuaciones sobre el territorio.
3. En el supuesto de que participen en el consorcio entidades privadas sin ánimo de lucro, en todo caso el consorcio estará adscrito a la Administración pública que resulte de acuerdo con los criterios establecidos en el apartado anterior.
4. Los consorcios estarán sujetos al régimen de presupuestación, contabilidad y control de la Administración pública a la que estén adscritos, sin perjuicio de su sujeción a lo previsto en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. En todo caso, se llevará a cabo una auditoría de las cuentas anuales que será responsabilidad del órgano de control de la Administración a la que se haya adscrito el consorcio. Los consorcios deberán formar parte de los presupuestos e incluirse en la cuenta general de la Administración pública de adscripción.

Y cuál es la respuesta que la legislación básica estatal objeto de modificación ofrece. Pues, como se deduce de la norma, hay que extraer las siguientes consecuencias: la primera, que éste queda sujeto al régimen de presupuestación, contabilidad y control de la Administración pública a la que estén adscritos; la segunda, no menos relevante aunque ya veremos si efectiva, que el personal al servicio de los consorcios podrá ser funcionario o laboral procedente exclusivamente de una reasignación de puestos de trabajo de las Administraciones participantes, su régimen jurídico será el de la Administración pública de adscripción y sus retribuciones en ningún caso podrán superar las establecidas para puestos de trabajo equivalentes en aquélla.

Con más pena que gloria, permítasenos la expresión dados los ingentes problemas que podría producir que, en cada ejercicio presupuestario, el Consorcio quedase adscrito a una Administración distinta con el consiguiente cambio de régimen jurídico¹⁷, lo cierto es que la adición efectuada al régimen jurídico de los Consorcios permite dar respuesta, como decíamos líneas más atrás, a los más que frecuentes Consorcios mixtos que no podrían ser enclavados estrictamente en ningún sector público por no concurrir los requisitos establecidos.

En cualquier caso, es preciso subrayar que, aun cuando los Consorcios públicos en el sector local, se configuren de forma subsidiaria en relación los Convenios (artículo 57 LRBRL), lo cierto es que los Consorcios pueden prestar, a diferencia de lo que acontece en las Mancomunidades tras las reformas legislativas introducidas a partir de 2013, servicios de los denominados impropios pues nada hay en la reforma local de 2013 que limite dicha prestación cumpliendo los requisitos establecidos para la prestación de los mismos que, además, no regirán para los ya constituidos aunque ciertamente se dificulte su funcionamiento en cuanto a la gestión de los medios personales.

II. EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LOS CONSORCIOS PÚBLICOS.

La naturaleza de ente de derecho público del consorcio interadministrativo es determinante para su sometimiento al derecho público que es un requisito que permanece inalterable, sea cual fuere su naturaleza jurídica. No así su sujeción a la legislación local, autonómica o estatal que dependerá, según lo hasta ahora expuesto, de la administración a la que quede adscrito el Consorcio.

Una primera conclusión se puede ya obtener y es que, en coherencia con su condición de ente público, el régimen derivado de la normativa administrativa general resulta íntegramente aplicable a la totalidad de consorcios interadministrativos; así, el régimen jurídico, procedimiento administrativo, normativa básica reguladora del empleo público,

5. El personal al servicio de los consorcios podrá ser funcionario o laboral procedente exclusivamente de una reasignación de puestos de trabajo de las Administraciones participantes, su régimen jurídico será el de la Administración pública de adscripción y sus retribuciones en ningún caso podrán superar las establecidas para puestos de trabajo equivalentes en aquélla.

¹⁷ PAREJO ALFONSO, L., "La racionalización de la Administración Local...", op. cit., pág. 36 advierte de lo discutible de los criterios de adscripción establecidos cuando el último en relevancia es el número de habitantes y extensión territorial si se tiene en cuenta que el Consorcio está orientado a la prestación de servicios a las personas o al desarrollo de una actuación sobre el territorio.

contratación administrativa, el patrimonio de las respectivas Administraciones Públicas, la formación de los presupuestos, etc. son normas de necesaria referencia para la actuación del Consorcio.

Sin embargo, y esto también debe ser matizado, el alcance de la adscripción de un consorcio al ente público dominante según los criterios establecidos por la legislación básica ya expuestos, por su composición heterogénea, no puede tener la misma intensidad que el resto de entes instrumentales respecto de la administración matriz ya se trate de entidades públicas empresariales o de organismos autónomos en las diversas denominaciones que éstas figuras han recibido en la distinta legislación autonómica dictada. La razón es bien sencilla, y se deriva de su naturaleza, estamos frente a un ente público instrumental en el que pueden concurrir distintas Administraciones y de ahí se deriva, también, la especial importancia que desempeñan los Estatutos de éste. Volveremos más adelante sobre ello a propósito de si se integran o no los Consorcios, y si así fuera si debería mantenerse dicha medida, en el sector público de la administración a la que quedan adscritos.

1. La aplicación de la legislación de empleo público a los Consorcios.

El artículo 2.1 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público establece que las previsiones contenidas en ella resultarán de aplicación, además de a la Administración General del Estado, a las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla, Administraciones de las entidades locales, Universidades Públicas, Organismos Públicos, Agencias, a las demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas.

Teniendo en cuenta la naturaleza de ente de derecho público, vinculado o dependiente de las administraciones públicas que tienen los consorcios, no cabe la menor duda que las normas previstas en el EBEP resultan de aplicación a estos entes y así ha sido ratificado, en este concreto supuesto, por SANCHEZ MORÓN que, como es notorio, resulta una opinión muy cualificada en este punto ya que presidió, y más allá de ello, inspiró la Comisión para el análisis y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público¹⁸.

Así, el ejercicio de las funciones que impliquen participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses del consorcio, corresponderá, en exclusiva, al personal sujeto al estatuto funcional, debiendo observar la norma estatutaria las determinaciones que sobre las previsiones contenidas en el artículo 9.2 del EBEP establezca, en su caso, la normativa autonómica de desarrollo, bien es cierto que con las singularidades que, en este concreto punto, podría plantear el sector público local a la que seguidamente, por su singularidad, nos referiremos.

De esta forma, la plantilla y la relación de puestos de trabajo del consorcio podrá, por tanto, estar integrada por personal funcionario y/o laboral atendiendo al contenido de los puestos de trabajo y al objeto y la actividad a que se dedique éste¹⁹. En todo caso, conviene tener

¹⁸ En cualquier caso, y a estos efectos, puede verse SÁNCHEZ MORÓN, M., Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2007.

¹⁹ A estos efectos, ha de tenerse presente que los criterios básicos para la determinación de los puestos de trabajo que han de ser prestados en régimen laboral o funcional difieren entre la normativa establecida en el EBEP y la norma local básica tras las modificaciones introducidas en la legislación de bases de régimen local por la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local.

presente que una decisión de tal naturaleza debe venir condicionada por la necesidad de que los Estatutos prevean de forma explícita y precisa el destino de su personal en caso de disolución dada la sucesión universal que se produce por los entes públicos que están integrados en el Consorcio, cuestión ahora, y tras las modificaciones legales introducidas por la legislación básica de régimen local, en principio menos problemática.

Desde similar lógica le son de aplicación las limitaciones presupuestarias establecidas, en su caso, en la legislación presupuestaria, ya se trate de incrementos retributivos o tasa de reposición de efectivos, ya que, esté adscrito al ámbito estatal, autonómico o local, se trata de un ente del sector público bien es cierto que con singularidades derivadas de su composición interadministrativa y de las recientes modificaciones normativas²⁰.

Igual puede decirse de normas laborales de carácter especial para el sector público, amén de la legislación laboral ordinaria, que, asimismo, les serán de aplicación. Un caso específico

Conforme a la nueva normativa "con carácter general, los puestos de trabajo en la Administración local y sus organismos Autónomos serán desempeñados por personal funcionario". Pero es que, además, se ha de reparar que la nueva legislación deroga la Disposición Adicional Segunda del EBEP en la que, entre otros aspectos, se contenían las funciones públicas de las entidades públicas que se reservaban a los funcionarios.

Y en su apartado 3 se establece cuál es la reserva de funciones que, en todo caso, debe corresponder a los funcionarios públicos, recuperando la antaño regulación contenida en la Ley de Bases, a la que añade lo previsto en el artículo 9.2 EBEP. Reiteración de normas sobre reserva de funciones que, más que añadir claridad, arroja un resultado ciertamente perturbador por lo que suponía el establecimiento de un solo criterio básico para la determinación de estos aspectos. Me explico.

El EBEP había derogado el antiguo art. 92 de la LBRL (cuyo contenido ahora se recuperaría por la nueva Ley) pretendiendo establecer unos elementos mínimos de definición del lo que significa el vínculo funcional para todo el empleo público del Estado. Serían las CCAA, mediante su regulación de empleo público referida a todo el personal de las AAPP de éstas, las que concretarían a través de su legislación de desarrollo dicho aspecto optando por un empleo público, incluido el local, en mayor o menor medida servido por personal laboral o funcionario.

Por otra parte, del planteamiento general establecido en el EBEP basado en la delimitación de los puestos de trabajo que podían llevar a cabo los funcionarios públicos (principalmente en la ejecución de funciones que impliquen participación en el ejercicio de potestades públicas siguiendo los criterios establecidos a este respecto por la legislación comunitaria), se pasa a una regulación en el caso de las entidades locales en las que "con carácter general" deben ser ocupados por funcionarios públicos.

²⁰ Todas las leyes de Presupuestos establecen un ámbito subjetivo de aplicación en cuanto a la retribuciones y la selección de personal. En este sentido, la regulación presupuestaria estatal incorpora siempre y en todo caso un ámbito subjetivo, bajo la descripción de "*Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica en materia de gastos de personal al servicio del sector público*", siempre incorporado en el Título dedicado a "*los gastos de personal*" y en cuanto se refiere a la Oferta de empleo público o instrumento similar, no fija un ámbito subjetivo diferenciado –con alguna salvedad- sino que se remite al anteriormente ámbito.

Al respecto, para el 2013 la Ley 17/2012 exceptuaba del régimen general de no incorporación de nuevo personal a las sociedades mercantiles públicas. La Ley 22/2013 incorpora también a las fundaciones y consorcios en su DA 21ª, como ya lo formuló su antecedente la Ley 17/2012. Se instituye así para todo este colectivo del sector público –estatal, autonómico, local, universitario, etc.- un marco específico y singular.

La regulación de la política selectiva del sector público referido a los Consorcios para el 2014 aparece en la DA 21 de la Ley 22/2013 y la regla general es también la prohibición de contratar nueva persona, pero se exceptúa la contratación de personal o la incorporación de funcionarios con una relación preexistente fija e indefinida en el sector público en el que respectivamente esté incorporado la correspondiente fundación o consorcio.

Un magnífico trabajo sobre el tema puede consultarse en BOLTAINA BOSCH, X. "La gestión de los recursos humanos en una época de crisis: el personal de nuevo ingreso, la interinidad, la temporalidad y los procesos de funcionarización del personal laboral", en el volumen colectivo *La Reforma del Sector Público* (Dir. Federico A. Castillo Blanco), Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2014.

digno de comentario se produce con el RD Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, con posterioridad convertido en la Ley 3/2012, de 6 de julio, que, como es conocido, ha puesto sobre la mesa, sin duda, un nuevo escenario en las relaciones laborales del sector público y no sólo para el denominado sector empresarial público, sino también, bien que con ciertas matizaciones, con directa aplicación a las estructuras centrales de nuestras Administraciones públicas territoriales e instrumentales dependientes de éstas.

Y es que, como es conocido, en desarrollo de esta norma se dictó el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre que aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada²¹, pero la legislación citada viene referida a todo el sector público incluido en el artículo 3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Ahora bien, tras el iter parlamentario y la promulgación del Reglamento de desarrollo, sólo a las Administraciones públicas, entendiendo por tales las incluidas en el apartado 2 de ese artículo 3, les son aplicables las causas específicamente establecidas en esa disposición por lo que, aun siendo de aplicación la posibilidad de aplicación del despido colectivo a todas las establecidas en el apartado 1, las que no tienen carácter estrictamente de Administración pública serán regidas, tanto las causas como el procedimiento, por las normas establecidas con carácter general para el sector privado.

Sin embargo, y hasta la promulgación de la norma reglamentaria, se planteaba un problema interpretativo de enorme relevancia consistente en sí, al enumerar dicho precepto, de forma independiente a las Administración territorial y a la eventual instrumental dependiente de ésta, la insuficiencia económica como causa de despido había de referirse la Administración concreta integralmente considerada o cabría tan solo que se refiriese a la entidad instrumental dependiente de ésta²². La cuestión ha sido resuelta, paradójicamente de forma

²¹ Dicho Reglamento deroga el RD 801/2011, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos y la Orden ESS/487/2012, de 8 de marzo, sobre vigencia transitoria de determinados artículos del Reglamento citado. Modifica, asimismo, el RD 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo.

²² Téngase en cuenta para la aplicación de esta causa en el sector instrumental local que la Administración instrumental es una forma de prestación de los servicios públicos, entre otros, que pueden adoptarse. Y repárese que algunos de los mismos pueden ser de naturaleza obligatoria y su suficiencia o insuficiencia financiera va a venir dada en la mayoría de los casos por el mantenimiento o disminución de la aportación que realiza la entidad matriz.. En este sentido, no está de más recordar que la causa deliberadamente provocada, es decir, aquellos comportamientos dirigidos a buscar la crisis, resultan ineficaces a la hora de justificar el despido (por todas, la STS de 17 de julio de 2008, RJ 6146).

Por otro lado, la jurisprudencia (véase, a estos efectos, STS de 14 de mayo de 1998, Rec. 3539/199) ha mantenido que cuando se aleguen "*causas económicas*", la unidad de referencia deberá ser la "*empresa*" y no el "*centro de trabajo*", sin embargo, y por el contrario, cuando se aleguen "*causas técnicas u organizativas*" parece que podrán ser estas entidades instrumentales. Ahora bien, en los supuestos de grupos de empresas (supuesto perfectamente aplicable a nuestro caso), la "*causa económica*" se contempla a nivel del grupo y no de cada empresa siempre que pueda levantarse el velo de la personalidad jurídica como acontece en entre las Administraciones territoriales y sus entidades instrumentales (por todas, STS de 23 de enero de 2007, Rec. 641/2005). Recordemos, a estos efectos, que la jurisprudencia del TS mantiene unos criterios para considerar que existe grupo de empresas: funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo; prestación de trabajo, común o simultánea, en varias de las empresas del grupo; creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales; confusión de plantillas; confusión de patrimonios; apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección (Véase la

distinta a como era interpretado por la jurisprudencia para el sector privado y de forma más radical, por la norma reglamentaria que para evitar dicha cuestión prevé en su artículo 36 los siguientes extremos:

- El ámbito del procedimiento vendrá constituido por el correspondiente al del Departamento Ministerial, al del ente, Organismo o entidad dependiente de la Administración General del Estado.
- En el caso de las Comunidades Autónomas, por el de la Consejería u órgano que estas determinen o por el ente u Organismo vinculado o dependiente de ellas.
- En el caso de la Administración Local el ámbito del procedimiento será el de la correspondiente entidad local o el de los entes, u organismos o entidades vinculados o dependientes de ella.

Pues bien de lo expuesto, y estando incluidos los consorcios públicos objeto de estudio en el ámbito del artículo 3 del TRLCSP ha de concluirse que, en lo referente a la extinción de contratos de trabajo, se ha de estar, asimismo, a lo dispuesto específicamente en estas normas especiales constituyendo unidades independientes a los efectos de despidos colectivos, aunque no de la aplicación de la normativa convencional de la administración a la que quedan adscritos²³.

2. El papel de los Estatutos del Consorcio.

En efecto, ya hicimos puntual referencia, en el caso de los consorcios los Estatutos de éste jugarán un papel fundamental a la hora de determinar las particularidades que, respecto de la normativa marco de general aplicación en el ámbito del sector público de que se trate y al que pueda ser adscrito, presentarán los consorcios en los aspectos organizativos, funcionales y financieros. En cualquier caso, conviene, en este preciso punto que distingamos entre los consorcios con carácter general y los consorcios locales ya que éstos, tras la LRSAL, establecen disposiciones específicas que conviene analizar para determinar exactamente el papel de éstos.

A) Los Estatutos en los Consorcios públicos.

Por ello que la pregunta a resolver ha de ser necesariamente: ¿y qué alcance tienen las citadas particularidades?. Desde mi punto de vista el régimen jurídico propio de los consorcios que establezcan sus Estatutos no puede resultar radicalmente distinto de aquél al que está sujeta la Administración a la que quede adscrito. No debe olvidarse además las importantes consecuencias, tras la reciente legislación dictada, que se derivan del cambio de adscripción cuando se produzca un cambio de sector público al que el mismo ha resultado adscrito y que, en el caso de que la singularidades sean relevantes, puede que obligasen a realizar un cambio de Estatutos.

STSJ de Madrid de 11 de junio de 2012).

²³ In extenso puede consultarse sobre esta problemática CASTILLO BLANCO, F.A., ¿Un nuevo episodio de desajuste entre el Derecho administrativo y el Derecho laboral?: Una reflexión a propósito de las medidas adoptadas en la reforma laboral, Revista de Administración Pública, nº 190, 2013.

De todas formas, y en cualquier caso, esas particularidades no parece que puedan alcanzar a aspectos básicos del régimen de funcionamiento de cualesquiera entes públicos. Por ejemplo, en ningún caso podrían autorizar a que el consorcio careciera de fiscalización, o, por citar otro ejemplo, tampoco podrían autorizar mecanismos de adjudicación contractual que contraríen los establecidos para las Administraciones públicas²⁴, o permitir, por referirnos a un último aspecto y fuera de los casos establecidos, que el consorcio tuviese personal propio. Es decir, los límites a esa facultad de disposición sobre la sujeción de éste a la normativa propia del sector público al que queda adscrito se plantearían esencialmente en términos negativos prohibiendo la elusión de los mecanismos básicos de control, de la sujeción a la normativa básica, o de garantía de los derechos de los ciudadanos respecto del régimen jurídico o de funcionamiento del consorcio.

Desde este punto de vista, dichas singularidades podrían permitir, en cambio, que se definan los órganos de fiscalización, que se determine la composición de las mesas de contratación, que se regule, en cierta medida (los aspectos disponibles del régimen jurídico básico del empleo público), el régimen del personal que preste sus servicios en el organismo, y ello siempre que la normativa de aplicación del sector público de que se trate no realice una regulación tan exhaustiva que orille cualquier pretensión normativa.

En definitiva, las particularidades que podrán abordarse en los estatutos se ceñirán en mayor medida a aspectos organizativos o que, de aplicarse la normativa general de la administración a la que quedaron adscritos y, en especial, la reglamentaria, se traduciría en una antinomia normativa por la falta de equiparación entre las categorías de alguna o de todas las Administraciones consorciadas con la propia Administración del consorcio.

De esta forma, y en materia de personal, los Estatutos del Consorcio pueden ser determinantes para diversos aspectos, que van desde las condiciones económicas y sociales

²⁴ El TRLCSP incluye, en su ámbito de aplicación subjetivo, a los consorcios dotados de personalidad jurídica propia. De acuerdo con lo previsto en su artículo 3.1.e) «los consorcios dotados de personalidad jurídica a los que se refieren el artículo 6.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y la legislación de régimen local» forman parte del sector público.

Ahora bien, para determinar el grado de intensidad de aplicación de la misma, el artículo 3 del TRLCSP, en sus apartados 2 y 3, distingue entre «administraciones públicas», a quienes se aplicará íntegramente el contenido de la ley y «poderes adjudicadores que no tienen la consideración de administraciones públicas», a quienes sólo se le aplican determinadas normas de la misma. Al no mencionar expresamente a los consorcios en ninguno de estos apartados, se ha planteado la duda de qué consideración deben tener los consorcios y, en consecuencia, con qué intensidad se les han de aplicar los preceptos de la ley y qué régimen jurídico tendrán los contratos por ellos celebrados.

Para GIMENO FELIU, sin duda la mejor doctrina en este punto, el elemento clave es el apartado e) del artículo 3.2 apartado e), cuyo análisis, según el referido autor, nos lleva a la conclusión de que los consorcios (al igual que las Agencias Públicas), cuando cumplan alguno de los dos requisitos previstos en el mismo tendrán la consideración de Administración pública y estarán sometidos a las prescripciones de la TRLCSP en todo caso, tanto en fase de preparación y adjudicación, como de cumplimiento y extinción.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su Informe 38/2008, de 31 de marzo de 2009, ha dado un paso más en esta línea al concluir que los consorcios son considerados administraciones públicas y, en consecuencia, deberán aplicar las previsiones de la LCSP (la dicción no varía respecto de la prevista en el TRLCSP) en su más alto grado de intensidad (preparación, adjudicación, efectos y extinción). En consecuencia, únicamente restaría a los estatutos la posibilidad de establecer aquellas particularidades de índole organizativa que consideren pertinentes (así, en la determinación del órgano de contratación, en la composición de las mesas de contratación, etc).

de los trabajadores y dado que puede variar su régimen de adscripción, el procedimiento para la provisión de los puestos de trabajo mediante la reasignación de efectivos, la delimitación de los puestos de trabajo a prestar por personal funcionario, las particularidades de sus instrumentos organizativos de personal, etc., pero de todos ellos destaco uno que me parece de especial relevancia. Me refiero al que podríamos denominar personal estatutario, es decir, aquellas figuras de personal que pueden aparecer en los Estatutos, que no necesariamente tienen que tener carácter directivo, y cuya provisión estaría ajena al sistema ordinario de provisión de puestos de trabajo mediante la reasignación de efectivos.

Me refiero, específicamente, a puestos como Gerentes o Consejeros Delegados en aquellos supuestos en que los mismos aparezcan en los Estatutos cuya designación, como órgano estatutario que resulta, será una de las particularidades orgánicas que pueden establecer los Estatutos y que, por tanto, no se ve afectado por el tenor de la disposición antes referida.

Lo mismo cabe decir del puesto de Secretaría, de nuevo un órgano estatutario al que luego nos referiremos más en detalle, en aquellos consorcios que no tengan la condición de locales en que, nuevamente, habrán de ser los Estatutos los que puedan y deban establecer como particularidad orgánica su forma de provisión.

B) Los Estatutos en el caso de los Consorcios locales y el alcance de la Disposición adicional duodécima LRBRLL respecto de estos.

En efecto, un caso específico se presenta en los consorcios adscritos a un ente local y la conciliación entre lo previsto en sus Estatutos y las decisiones a adoptar por la entidad local a la que queda adscrito. Y es que la Disposición Adicional duodécima de la LRBRLL, introducida por la LRSAL, ofrece una regulación de un conjunto de cuestiones referidas al personal que, sin perjuicio de su contenido, plantean una pregunta más allá de sus previsiones concretas y la idoneidad o no de las mismas.

En efecto, dicha disposición prevé que para las entidades del sector público local será el Pleno de la entidad local a la que se adscriba el Consorcio quien ha de determinar el que clasifique a tal entidad dentro de uno de los tres grupos de clasificación establecidos al efecto para determinar el número máximo de miembros del consejo de administración, la estructura organizativa (con fijación del número máximo y mínimo de directivos), así como las retribuciones²⁵. La cuestión es ¿se aplica a los consorcios adscritos a un ente local dicha disposición?

²⁵ Establece la Disposición adicional duodécima, con la denominación “Retribuciones en los contratos mercantiles y de alta dirección del sector público local y número máximo de miembros de los órganos de gobierno” lo siguiente:

1. Las retribuciones a fijar en los contratos mercantiles o de alta dirección suscritos por los entes, consorcios, sociedades, organismos y fundaciones que conforman el sector público local se clasifican, exclusivamente, en básicas y complementarias.

Las retribuciones básicas lo serán en función de las características de la entidad e incluyen la retribución mínima obligatoria asignada a cada máximo responsable, directivo o personal contratado.

Las retribuciones complementarias, comprenden un complemento de puesto y un complemento variable. El complemento de puesto retribuiría las características específicas de las funciones o puestos directivos y el complemento variable retribuiría la consecución de unos objetivos previamente establecidos.

2. Corresponde al Pleno de la Corporación local la clasificación de las entidades vinculadas o dependientes de la misma que integren el sector público local, en tres grupos, atendiendo a las siguientes características: volumen

En principio, y si nos atenemos al tenor literal de la norma, pareciera que habría que llegar a dicha conclusión y de esa opinión son algunos autores²⁶. Pero creo que cabría otra interpretación porque esta última, desde luego, no es la solución más acertada.

En efecto, una reflexión debe de ser puesta de manifiesto para entender el alcance de la disposición, a saber: una cosa es que, a los efectos de determinar el régimen jurídico de aplicación al consorcio, éste quede adscrito a una Administración y otra, bien distinta, es que el consorcio se integre en el sector público local de la Administración a la que ha quedado adscrito con las importantes consecuencias organizativas que tendría dicha inclusión según lo establecido en la citada disposición. Adscripción no significa integración. Y es que, en una administración instrumental compartida por varias administraciones, la consecuencia de mantener la inclusión del consorcio en su sector público sería que la entidad local a la que quedase adscrita fuese la que determinase materias que, por su propia naturaleza, son de contenido estatutario (por ejemplo, el número de miembros de su órgano representativo). Lo que contradice, por otra parte, distintas disposiciones normativas referidas a éstos, tanto autonómicas como estatales de carácter básico, restándole capacidad de autoorganización, en cuanto a sus órganos de gobierno, a la entidad instrumental constituida por distintas Administraciones.

La naturaleza del consorcio, como entidad instrumental participada por varias administraciones, estimo que debiera impedir dicha integración o matizar el alcance de ésta

o cifra de negocio, número de trabajadores, necesidad o no de financiación pública, volumen de inversión y características del sector en que desarrolla su actividad.

Esta clasificación determinará el nivel en que la entidad se sitúa a efectos de:

a) Número máximo de miembros del consejo de administración y de los órganos superiores de gobierno o administración de las entidades, en su caso.

b) Estructura organizativa, con fijación del número mínimo y máximo de directivos, así como la cuantía máxima de la retribución total, con determinación del porcentaje máximo del complemento de puesto y variable.

3. Las retribuciones en especie que, en su caso, se perciban computarán a efectos de cumplir los límites de la cuantía máxima de la retribución total. La cuantía máxima de la retribución total no podrá superar los límites fijados anualmente en la Ley de presupuestos generales del Estado.

4. El número máximo de miembros del consejo de administración y órganos superiores de gobierno o administración de las citadas entidades no podrá exceder de:

a) 15 miembros en las entidades del grupo 1.

b) 12 miembros en las entidades del grupo 2.

c) 9 miembros en las entidades del grupo 3.

5. Sin perjuicio de la publicidad legal a que estén obligadas, las entidades incluidas en el sector público local difundirán a través de su página web la composición de sus órganos de administración, gestión, dirección y control, incluyendo los datos y experiencia profesional de sus miembros.

Las retribuciones que perciban los miembros de los citados órganos se recogerán anualmente en la memoria de actividades de la entidad.

6. El contenido de los contratos mercantiles o de alta dirección celebrados, con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, deberá ser adaptados a la misma en el plazo de dos meses desde la entrada en vigor.

La adaptación no podrá producir ningún incremento, en relación a su situación anterior.

Las entidades adoptarán las medidas necesarias para adaptar sus estatutos o normas de funcionamiento interno a lo previsto en esta Ley en el plazo máximo de tres meses contados desde la comunicación de la clasificación.

7. La extinción de los contratos mercantiles o de alta dirección no generará derecho alguno a integrarse en la estructura de la Administración Local de la que dependa la entidad del sector público en la que se prestaban tales servicios, fuera de los sistemas ordinarios de acceso.

²⁶ JIMENEZ ASENSIO, R. ¿“RÉQUIEM” POR LOS CONSORCIOS? Notas sobre el nuevo régimen jurídico de los Consorcios tras la LERSAL”, que puede consultarse en el blog del autor)

que puede ser uno u otro según las materias a las que nos refiramos. En cualquier caso, desde mi punto de vista, no puede ser el Pleno de la entidad a la que queda adscrito el consorcio quien determine dichos puntos, sino que dicho papel vendrá atribuido a los Estatutos o, en todo caso, al órgano de representación de éste. De nuevo estaríamos ante una particularidad orgánica y funcional de este tipo de entes.

Otra cosa es que la disposición, en cuanto a su contenido, retribuciones máximas y otros puntos le pueda ser de aplicación, pero el instrumento normativo o el órgano que haya de decidir dichas cuestiones no puede ni debe ser una de las Administraciones consorciadas que, además, lo hace por tan solo un ejercicio presupuestario. Carece de la más elemental lógica y la antinomia normativa que se produce con respecto de otras disposiciones ha de resolverse conciliando el contenido de las mismas. De esta forma, habrá que entender que a ciertos efectos (por ejemplo estabilidad presupuestaria o masa salarial), el consorcio formará parte del sector público local, pero por sobre todo las decisiones organizativas han de quedar atribuidas al ente consorciado que, en sus Estatutos, o mediante acuerdos de su máximo órgano representativo ha de ser quien acuerde las mismas.

2. ¿Cuál es el significado de la expresión adscribir el personal del Consorcio a la Administración dominante?

No son escasas las dudas que presenta la regulación efectuada en la nueva Disposición Adicional Vigésima de la LRJPAC para aquellos Consorcios que ya preexistían a la regulación establecida y contaban con personal propio, funcionario o laboral.

Las dudas se plantean en los siguientes términos: ¿La adscripción del Consorcio implica la subrogación ex lege de la Administración dominante en la relación jurídica que el Consorcio mantenía con éstos? ¿Se aplica dicha previsión con carácter retroactivo? ¿Afecta a todo tipo de personal ya sea contratado o fijo?

La terminología utilizada por la disposición podrían conducir a pensar que el personal al servicio del Consorcio quedaría integrado en el empleo público de la Administración dominante “ex lege” o que se produce una sucesión de empresas en el caso del personal laboral, pero en mi opinión esta no es la solución acertada, en los términos que está establecida, y menos con carácter general para todo tipo de personal ya fuere fijo o contratado.

Si así fuere se tendría que producir, en el caso del personal laboral, que es al que primeramente nos referimos una sucesión de empresas y en el caso del personal funcionario la declaración en la situación administrativa correspondiente de servicio activo en la administración de adscripción. Y dichas soluciones no me parecen suficientemente satisfactorias. Otra respuesta creo que es la solución.

En efecto, una cosa es, desde mi punto de vista, absolutamente diáfana, a saber: que el régimen jurídico de la Administración dominante les sea de aplicación no tiene que tener, necesariamente, esas consecuencias antes aludidas. Es decir, y por decirlo de una vez, no parece que pueda hablarse de que se produce una integración del personal funcionario al servicio del Consorcio en el empleo público de la Administración a la que queda adscrito ya que nada se dispone respecto de ello y, por demás, y en el supuesto de que se produjese de nuevo un cambio en la Administración de adscripción el resultado sería una especie de funcionario “itinerante” que sucesivamente se iría integrando en una u otra Administración a la que quedara adscrito el Consorcio.

Tampoco, y por la misma razón, se produce una sucesión de empresas en el caso específico del personal laboral²⁷. A mi juicio no es posible una solución de tal tipo que, de otro lado, no se menciona expresamente a diferencia de lo acontecido en los supuestos de reestructuración del sector público acontecidos en los últimos tiempos²⁸. Un primer dato es elocuente y es que la propia Disposición Adicional Vigésima prevé dicha adscripción exclusivamente para cada ejercicio presupuestario. ¿Se produciría pues, y caso de aceptarse esa tesis, en cada ejercicio presupuestario en el supuesto de que se produjesen cambios en los criterios de prioridad para determinar la Administración de adscripción, una continua integración y sucesión de empresas? ¿Hay, como sin embargo ocurre en el caso de la reestructuración de otros sectores públicos, un cambio en la titularidad de la empresa? ¿Cuál es el sentido de esa disposición en este concreto ámbito? ¿Se aplica a todo el personal

²⁷ La experiencia en nuestro ordenamiento jurídico ha acontecido en la reordenación del sector público en distintas Comunidades Autónomas. En el caso andaluz la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía solo prevé un régimen de integración del personal en dos supuestos:

- En los casos en que, como consecuencia de la reordenación del sector público andaluz, se produzca **la supresión de centros directivos de Consejerías**

- En aquellos otros en que se produzca **la extinción de entidades instrumentales públicas o privadas** en las que sea mayoritaria la representación y la participación directa o indirecta de la Administración de la Junta de Andalucía y sus agencias,

Previéndose, a estos efectos, y solo en esos supuestos de supresión o extinción notoriamente distintos al analizado aquí, la integración del personal en las agencias públicas empresariales o de régimen especial que asuman el objeto y fines de aquellas que se extinguen de acuerdo con un protocolo que se adoptará por la Consejería competente en materia de Administración Pública.

Recuérdese, además, la doctrina vertida, a este respecto, por las SSTs de 21 de enero de 2013 (rec. 6191/2011) y de 25 de marzo de 2013 (rec. 1326/2012 y 1197/2012) que, aún admitiendo la sucesión de empresas realizada en virtud del Decreto impugnado, deja claramente establecido fundamentalmente dos cosas:

- Expresamente alude a que ese personal que se integra en los nuevos entes creados solamente podrá pasar a la función pública de la Administración General de la Junta de Andalucía o a su personal laboral si supera los correspondientes procesos selectivos.

- El personal integrado ya era empleado público ya que la entidad de la que provenía era una “entidad pública”.

²⁸ Véase respecto de este punto lo acontecido en el caso de Andalucía con la reestructuración del sector público andaluz y las previsiones a este respecto contenidas en la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía. Así la Disposición Adicional Cuarta establece:

Disposición adicional cuarta. Régimen de integración del personal.

1. En los casos en que, como consecuencia de la reordenación del sector público andaluz, se produzca la supresión de centros directivos de Consejerías o la extinción de entidades instrumentales públicas o privadas en las que sea mayoritaria la representación y la participación directa o indirecta de la Administración de la Junta de Andalucía y sus agencias, la integración del personal en las agencias públicas empresariales o de régimen especial que asuman el objeto y fines de aquellas se realizará de acuerdo con un protocolo que se adoptará por la Consejería competente en materia de Administración Pública y que aplicará las siguientes reglas:

a) Al personal funcionario que se integre orgánicamente en una agencia de régimen especial o se adscriba funcionalmente a una agencia pública empresarial le será de aplicación el Acuerdo de Condiciones de Trabajo del Personal Funcionario de la Junta de Andalucía.....

b) El personal laboral procedente de las entidades instrumentales suprimidas se integrará en la nueva entidad resultante de acuerdo con las normas reguladoras de la sucesión de empresas, en las condiciones que establezca el citado protocolo de integración, y tendrá la consideración de personal laboral de la agencia pública empresarial o de la agencia de régimen especial. El acceso, en su caso, de este personal a la condición de personal funcionario o laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía solo podrá efectuarse mediante la participación en las correspondientes pruebas selectivas de acceso libre convocadas en ejecución de las ofertas de empleo público.

incluido el directivo o aquel que desempeña el ejercicio de funciones públicas necesarias para el desarrollo de la actividad del Consorcio?

Vayamos por partes. En efecto, el cambio de titularidad de una empresa, según los términos del artículo 44 del ET, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente. Es decir, y como puede verse, estamos frente a una institución de garantía a fin de garantizar la continuidad de las relaciones laborales cuando continúa la actividad realizada²⁹.

Y es que aquí no hay cambio de titularidad alguna, ni extinción del ente matriz, ni integración de éste en otro, sino simplemente asimilación de un régimen jurídico para evitar que el personal proveniente de los entes consorciados se someta a condiciones laborales distintas. Simple y llanamente eso. Lo que no quiere decir, ni mucho menos, que tal solución no presente numerosos problemas e interrogantes.

Es decir, operará el fenómeno subrogatorio del art. 44 ET si se dan los requisitos para ello, lo establece el convenio colectivo o, por lo que aquí interesa, se determinase así en las previsiones adoptadas para la reestructuración por la Ley. Pero no concurre ninguna de esas circunstancias³⁰, sino que en el caso analizado exclusivamente se establece una vis atractiva del régimen jurídico a fin de posibilitar unas mismas condiciones laborales.

²⁹ Institución de plena aplicación en el sector público. La Directiva 2001/23 (de la que trae causa el artículo 44 ET), al igual que hacía su precedente, la Directiva 77/187, excluye del ámbito de aplicación de la misma “la reorganización administrativa de las autoridades públicas administrativas y el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas administrativas”. Tal tenor legal ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea entendiendo que el mero hecho de que el cesionario de la actividad sea un organismo de Derecho Público o una Administración no permite excluir la existencia de una transmisión comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva, siempre que no se trate de tareas propias del ejercicio del poder público.

Es más, los empleados públicos, protegidos como trabajadores en virtud del Derecho nacional y afectados por una transferencia a un nuevo empleador dentro de la Administración Pública, también se encuentran tutelados por la Directiva, pues si se acogiera la interpretación contraria “importantes categorías de trabajadores que ejercen actividades económicas podrían quedar privados de la protección prevista por la norma comunitaria”. El Tribunal de Justicia asume, además, un concepto amplio de “actividad económica”, extensivo a “cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado”, incluyendo servicios que se prestan en interés público y sin ánimo de lucro, en competencia con los operadores que actúan con ese ánimo. Desde esta perspectiva, actividades como la gestión de instalaciones públicas de telecomunicaciones y su puesta a disposición de los usuarios, la limpieza o el mantenimiento o la gestión de actividades ligadas a la intermediación y al mercado de trabajo, quedan ubicadas en el ámbito de la Directiva, permaneciendo al margen únicamente la reorganización de estructuras de la Administración Pública o la cesión de competencias administrativas entre Administraciones cuando afecten a actividades propias del ejercicio del poder público, las cuales, descendiendo al ordenamiento jurídico español, deben ser realizadas únicamente por funcionarios (art. 9.2 EBEP)

³⁰ Como ha dejado establecido la jurisprudencia (véase entre otras la STSJ de Madrid de 1 de Marzo de 2013, rec. 6259/2012):

“Así tenemos -como sintetizábamos en las sentencias de 14-7-2008, rec. 2089/08 y en la de 13-11-09, rec. 4324/09, de esta Sección Primera, que los distintos supuestos de subrogación empresarial, asumiendo la patronal entrante los derechos y obligaciones de la empresa saliente, se reconducen en la actualidad a los siguientes:

En definitiva, lo que la analizada disposición establece, seguramente con la mejor de las intenciones, puede presentar, a menos que se establezcan normas complementarias de la misma (me refiero a normas específicas de empleo público y no de otro tipo), numerosas dudas en su aplicación práctica y problemas de complicada solución sobre todo si se producen sucesivos cambios en la Administración a la que queda adscrito el Consorcio.

Un supuesto muy revelador lo constituye el caso del personal laboral y sus condiciones de trabajo ¿Se pueden producir modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo ex lege? ¿se vulnera el derecho a la negociación colectiva de los trabajadores al servicio del Consorcio?, ¿Pueden estos tener Convenio Colectivo?. La disposición es más que desconcertante: “su régimen jurídico será el de la Administración pública de adscripción y sus retribuciones en ningún caso podrán superar las establecidas para puestos de trabajo equivalentes en aquélla”.

De más está decir que, en cuanto al régimen jurídico de este personal, no se puede cuestionar su capacidad de negociación colectiva y presenta serias dudas, por la eventual vulneración del derecho de negociación colectiva, las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo que pueden acontecer como consecuencia del cambio de adscripción a uno u otro sector público o a una u otra administración.

A). Art. 44 del ET, reformado al compás de las Directivas comunitarias e interpretación de la jurisprudencia del TJCE, condicionado al requisito subjetivo de cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, y al objetivo de la entrega o aporte de los elementos patrimoniales necesarios, activos materiales o inmateriales o infraestructuras básicas para la continuidad de la actividad productiva.

B). Sucesión empresarial por disponerlos los pliegos de concesiones administrativas, cumpliéndose todos y cada uno de los requisitos previstos en los mismos.

C). Subrogación empresarial convencional por así disponerlo los Convenios colectivos, aunque no exista transmisión de elementos patrimoniales, contrayéndose a los casos expresadamente pactados y en tanto se hayan cumplido todos y cada uno de los requisitos en la norma estipulada para que surta efecto, no dándose si se incumpliera alguno de ellos (SSTS 10-12-97 , 9-2 y 31-3-1998 , 30-9-99 y 29-1-2002).

D). Sucesión contractual mediante acuerdo entre la empresa cedente y cesionaria, aun no concurriendo los requisitos del art. 44 del ET, supuesto a que hace méritos una copiosa jurisprudencia del TS referida a las empresas de handling, (por todas STS 29- 2-2000), que constituye una novación por cambio del empleador que exige el consentimiento de los trabajadores afectados en aplicación del art. 1205 del Código .

E) Sucesión de plantillas, aun no dándose tampoco los presupuestos del art. 44 del ET ni prever la subrogación el Convenio Colectivo o el pliego de condiciones, figura esta nacida de la jurisprudencia del TJCE, por continuar la empresa entrante en la actividad, asumiendo o incorporando a su plantilla a un número significativo de trabajadores de la empresa cesante, tanto a nivel cuantitativo (asumir por ejemplo la empresa entrante dos trabajadores sobre un total de seis, STS de 25-1-2006), como cualitativo (STSJ de Castilla-León de 31-10-2007), siempre que la actividad productiva descansa esencialmente en la mano de obra. Aquí, la organización productiva, es la plantilla de trabajadores, entendida como un conjunto de elementos personales organizados, y constitutiva de una entidad económica que mantiene su identidad. Este supuesto ha sido aceptado por la Sala Cuarta del TS en su sentencia de 27-10-2004 , (aun suscitando en la misma ciertas "reservas", entre otras razones, "por el efecto de desincentivación de estas contrataciones y del establecimiento convencional de estas garantías, que acabarán privando de las oportunidades de empleo a los trabajadores que supuestamente se quiere proteger"), ya que la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al resolver cuestiones prejudiciales, es vinculante para el TS que ha de acatarla y ello no sólo en el caso decidido por la sentencia que resuelve la cuestión prejudicial, sino con carácter general en todas aquellas que queden comprendidas en la interpretación que se establece”.

3. ¿Desde qué momento operan las previsiones establecidas con respecto del personal?

La Disposición transitoria sexta de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local aborda el régimen transitorio para los consorcios estableciendo, a estos efectos, que los consorcios que ya estuvieran creados en el momento de la entrada en vigor de esta Ley deberán adaptar sus estatutos a lo en ella previsto en el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta Ley.

Ahora bien, la misma añade otra previsión y es que si esta adaptación diera lugar a un cambio en el régimen jurídico aplicable al personal a su servicio o en su régimen presupuestario, contable o de control, este nuevo régimen será de aplicación a partir del 1 de enero del año siguiente

Lo primero, sin perjuicio de lo que ya aludimos en el apartado anterior, que ha planteado esa fecha de 1 de enero es una cuestión lógica, a saber: ¿desde cuándo opera dicha fecha desde que se aprueben los Estatutos debidamente adaptados? o, alternativamente, ¿Desde la entrada en vigor de la Ley, es decir, 1 de enero de 2015?

El simple sentido común nos conduce a considerar que será desde que se aprueben los Estatutos adaptados a las previsiones establecidas en esa nueva normativa ya que estos serán determinantes en el establecimiento de las particularidades orgánicas que se establezcan en los mismos y, como ya nos hemos referido, pueden ser relevantes en materia de empleo público. De todas formas, y siendo necesaria la publicación de los mismos, es probable que el procedimiento de aprobación y publicación vaya más allá de 31 de diciembre de 2014 por lo que, en ese supuesto, el plazo para realizar las correspondientes adaptaciones en materia de personal se alargaría hasta al menos 1 de enero de 2016.

4. Las excepciones al régimen jurídico establecido.

Bien es cierto que se regulan excepciones a la regla general establecida en la Disposición Adicional vigésima. En efecto, la Disposición Adicional decimotercera establece que el personal al servicio de los consorcios constituidos, antes de la entrada en vigor de la Ley, que presten servicios mínimos a los que se refiere el artículo 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de Régimen Local, podrá integrarse por quienes no sean personal funcionario o laboral procedente de una reasignación de puestos de trabajo de las Administraciones participantes en el consorcio³¹.

Otro supuesto lo constituye el establecido en la Disposición Adicional decimocuarta de Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local («B.O.E.» 30 diciembre), según la cual lo previsto en esta disposición adicional vigésima no resultará de aplicación a los consorcios, constituidos antes del 31 de diciembre de 2013 que,

³¹ A sensus contrario algún autor ha planteado que aquellos Consorcios locales que, estén constituidos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley y se dediquen a actividades o servicios que no tengan el carácter de “mínimos” según el artículo 26 LBRL, deberían proceder a desprenderse (ya sea reasignándolo a la entidad local de adscripción o extinguiendo las relaciones laborales, en su caso) de ese personal que no procediera de la reasignación de puestos de trabajo de las entidades participantes en el Consorcio (JIMENEZ ASENSIO, R., ¿“RÉQUIEM” POR LOS CONSORCIOS? Notas sobre el nuevo régimen jurídico de los Consorcios tras la LERSAL, que puede consultarse en el blog del autor)

No creo, a mi juicio, que esa sea la solución acertada para los consorcios ya constituidos ya que esa regla debe entenderse pro futuro a pesar de la expresión “exclusivamente” que luce en dicha disposición.

en forma cumulativa, cumplan tres condiciones: la primera de ellas consistente en que no tengan la consideración de Administración Pública a efectos del Sistema Europeo de Cuentas; la segunda, que estén participados por Entidades Locales y entidades privadas; y la tercera, de carácter económico-financiero, que no estén incurso en pérdidas durante dos ejercicios consecutivos y no reciban ni hayan recibido subvenciones de las Administraciones Públicas en los cinco ejercicios anteriores al de entrada en vigor de la citada Ley 27/2013, con independencia de las aportaciones a las que estén obligados los entes consorciados.

Estos consorcios citados en último lugar, en tanto se mantengan todas las condiciones mencionadas, se regirán por lo previsto en sus respectivos Estatutos.

III. LA SELECCIÓN DEL PERSONAL DEL CONSORCIO Y LA SITUACIÓN DEL PERSONAL EXISTENTE DE FORMA PREVIA A LA REGULACIÓN EFECTUADA.

1. ¿Es adecuada la reasignación de efectivos como fórmula para proveer las necesidades de personal de los consorcios públicos?

Hasta ahora, y con base en la relación de instrumentalidad que une al consorcio con las Administraciones que lo integran, era posible tener personal propio o, en forma alternativa, la adscripción al consorcio del personal funcionario o laboral procedente de cualquiera de las Administraciones consorciadas mediante la ocupación de los puestos de trabajo de éste a través de los distintos sistemas de provisión establecidos. Una decisión, esta última, prudente y aconsejable en numerosos supuestos, sobre todo en aquellos casos en que, bien sea por el carácter contingente de sus fines o por cualquier otra razón, las administraciones consorciadas duden del carácter indefinido o duradero del mismo. Es más, es ésta una solución que en términos estrictamente técnicos plantea menores problemas en el momento de la disolución del Consorcio, pero que no siempre es posible en todos los supuestos de entidades consorciadas en razón de su objeto.

Ahora, y tras las modificaciones legislativas acontecidas, la instrumentalidad se refuerza y dicha opción no resulta sino obligatoria dados los términos en que se expresa la legislación básica. En efecto, el apartado 5 de la Disposición Adicional vigésima establece una norma sencilla para la provisión de sus puestos de trabajo: el personal al servicio de los consorcios podrá ser funcionario o laboral procedente exclusivamente de una reasignación de puestos de trabajo de las Administraciones participantes, su régimen jurídico será el de la Administración pública de adscripción y sus retribuciones en ningún caso podrán superar las establecidas para puestos de trabajo equivalentes en aquélla.

Ciertamente, como he aludido, la solución escogida presenta, en principio, ventajas indudables respecto del régimen del personal y las garantías de éstos en caso de disolución y evita inconvenientes como el reproducir plantillas en entes dependientes de los entes territoriales optimizando los recursos humanos disponibles³². Hasta ahí ningún problema,

³² Como he defendido en otro lugar desde mi punto de vista, y con carácter general, el personal al servicio de los entes dependientes de las Administraciones territoriales debe ser personal propio de éstas y no constituir una función pública separada. Así, y a título de ejemplo, el personal al servicio de entidades vecinales y de las entidades locales autónomas previsto en la Ley de Autonomía Local de Andalucía, a mi juicio, no debe ser personal propio sino solo y exclusivamente del municipio del que dependen dichas entidades que ocuparan puestos de trabajo en las entidades dependientes. Puede verse a estos efectos CASTILLO BLANCO, F.A., "El

pero es prematuro afirmar que la fórmula no los ocasionara tanto por el fondo del asunto como por el procedimiento escogido.

Y es que la solución citada que, como sigo reiterando, presenta numerosas ventajas en las entidades dependientes de las Administraciones territoriales no presenta las mismas ventajas comparativas en el caso de los Consorcios públicos. Y no resulta óptima por la naturaleza y fines de éste.

En efecto, como ya se dijo al principio de este trabajo, los consorcios públicos son un instrumento de cooperación interadministrativo, con personalidad jurídica propia, cuyos fines suelen ser competencias concurrentes de las Administraciones públicas consorciadas. En muchos supuestos, y hay múltiples ejemplos (orquestas sinfónicas, palacios de congresos, museos, sociedad de la información, etc.), los fines de éstos, además, no están delimitados competencialmente de forma acabada y las Administraciones que participan en los mismos lo hacen en virtud de títulos competenciales genéricos o por el propio territorio en que se radica el consorcio y desarrolla su actividad. Pues bien, específicamente en estos supuestos más habituales de lo que se puede pensar, el personal requerido para la prestación de los fines del Consorcio difícilmente puede encontrarse en las plantillas de personal de las entidades consorciadas con lo que la única solución, indudablemente *sui generis*, es que la Administración a la que está adscrito el Consorcio proceda a incorporar a su plantilla de personal esas plazas singulares (por ejemplo Director de la orquesta sinfónica consorciada) y, con posterioridad, proceder a la transferencia de este al Consorcio. Creo que la solución ofrecida carece, y creo que no es difícil coincidir en este aspecto, de la más elemental lógica.

Por otro lado, la fórmula de provisión escogida difícilmente puede ser calificada de apropiada. En efecto, como reza la disposición analizada, el personal al servicio del Consorcio, de forma exclusiva indica la norma, se proveerá mediante reasignación de puestos de trabajo. La fórmula escogida ya presenta un primer problema interpretativo, a saber: ¿incluye tanto la redistribución de efectivos como la reasignación de efectivos previstas en la legislación de empleo público?³³. Si seguimos el tenor literal en cuanto al verbo se trataría de la reasignación prevista en el artículo 60 del RD 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, aunque ha de tenerse presente que dicha figura ha encontrado regulación específica en Comunidades Autónomas que han procedido a regular la misma y que serían de aplicación cuando el Consorcio quedase adscrito al sector autonómico o local siempre que la norma de función pública autonómica le fuese de aplicación a este último sector³⁴.

En general, pero no solo dado que como decimos la legislación autonómica existente también la ha previsto para otros supuestos, dicha fórmula de provisión, de carácter

empleo público en la Ley de Autonomía Local de Andalucía”, en el volumen colectivo *Derecho Local de Andalucía* (coord. por RIVERO ISERN, J.L.), Iustel, Madrid, 2012, pág. 500.

³³ La diferencia no es baladí ya que la redistribución de efectivos solo está prevista para puestos no singularizados (artículo 59.1 RD 364/1995). Respecto de este punto puede verse la STSJ de Castilla-La Mancha de 23 de diciembre de 2013.

³⁴ Puede verse, a este respecto, los artículos 72 y ss de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha o el artículo 111 de la Ley 10/2010, de 9 de julio, de la Generalitat, de Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana.

extraordinario, está prevista para aquellos funcionarios cuyo puesto de trabajo sea objeto de supresión como consecuencia de un Plan de Empleo³⁵. Y es que dicha fórmula, que tiene carácter excepcional y limitado, se establece, sin embargo, en la modificación legislativa efectuada como mecanismo de provisión ordinario de las necesidades de personal de los Consorcios públicos.

De nuevo la más elemental lógica hubiera aconsejado, consiguiendo los mismos objetivos que parece perseguir la norma (no duplicidad de plantillas y ofrecer salida a los excedentes de personal) remitirse no a ese mecanismo excepcional sino, con carácter general, a los medios de provisión ordinarios y extraordinarios para la provisión de puestos de trabajo que existen en la legislación de empleo público y prever de forma adicional algún mecanismo para evitar esa duplicidad respecto de las Administraciones consorciadas ya que, con toda seguridad, en determinados Consorcios sobre todo aquellos de especial singularidad en cuanto a sus fines, lo más probable es que no exista en las plantillas de las Administraciones que conforman el mismo la clase de personal que se necesita de forma efectiva³⁶.

³⁵ El régimen jurídico básico de la reasignación de efectivos es el que sigue.

La reasignación de efectivos como consecuencia de un Plan de Empleo se efectuará aplicando criterios objetivos relacionados con las aptitudes, formación, experiencia y antigüedad, que se concretarán en el mismo. La adscripción al puesto adjudicado por reasignación tendrá carácter definitivo. Los funcionarios que como consecuencia de la reasignación de efectivos vean modificado su municipio de residencia tendrán derecho a la indemnización prevista en el artículo 20.1.g) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, sin perjuicio de otras ayudas que puedan establecerse en los Planes de Empleo.

La reasignación de efectivos podrá producirse en alguna de las siguientes fases:

- En el plazo máximo de seis meses desde la supresión del puesto de trabajo, el Subsecretario del Departamento ministerial donde estuviera destinado el funcionario podrá reasignarle a un puesto de trabajo de similares características, funciones y retribuciones en el ámbito del mismo y de los Organismos adscritos. Cuando se trate de funcionarios pertenecientes a Cuerpos o Escalas que tengan reservados puestos en exclusiva, la reasignación se efectuará por la autoridad de la que dependan dichos Cuerpos o Escalas.
- Si en el plazo señalado en la fase anterior el funcionario no hubiera obtenido puesto en el Ministerio donde estaba destinado, podrá ser reasignado por la Secretaría de Estado para la Función Pública, en un plazo máximo de tres meses, a un puesto en otro Departamento ministerial en las mismas condiciones establecidas en la primera fase.

Durante estas dos primeras fases la reasignación tendrá carácter obligatorio para puestos en el mismo municipio y voluntario para puestos que radiquen en otro distinto.

En tanto no sea reasignado a un puesto durante las dos fases citadas, el funcionario continuará percibiendo las retribuciones del puesto de trabajo suprimido que desempeñaba y podrán encomendársele tareas adecuadas a su Cuerpo o Escala de pertenencia.

Los funcionarios que tras las anteriores fases de reasignación de efectivos no hayan obtenido un puesto de trabajo serán adscritos al Ministerio para las Administraciones Públicas a través de relaciones específicas de puestos en reasignación, siendo declarados en la situación administrativa de expectativa de destino. Podrán ser reasignados por la Secretaría de Estado para la Función Pública a puestos, de similares características a los que tenían, de otros Ministerios y sus Organismos adscritos. A estos efectos se entenderán como puestos de similares características los que guarden semejanza en su forma de provisión y retribuciones respecto del que se venía desempeñando. La reasignación conllevará el reingreso al servicio activo. Tendrá carácter obligatorio cuando el puesto esté situado en la misma provincia y voluntario cuando radique en provincia distinta a la del puesto que se desempeñaba en el Departamento de origen.

La reasignación de efectivos de funcionarios de la Administración General de Estado en otras Administraciones Públicas se acordará por la Secretaría de Estado para la Función Pública en los términos que establezcan los convenios que, a tal efecto, puedan suscribirse con ellas.

³⁶ Los problemas son múltiples pues teniendo carácter definitivo dicha reasignación ¿qué sucede con la vacante si quien ocupa un puesto no singularizado en un Consorcio opta por ocupar otro puesto en alguna Administración?

La fórmula escogida, pensada con la lógica de la supresión y reducción de plantillas propia del tiempo que vio surgir la norma, ofrece lo que ha de ser una respuesta coyuntural como solución definitiva a los procedimientos de cobertura de aquellos consorcios que, no estando incluidos en la excepción establecida en la disposición adicional decimotercera en el caso del sector local y en todos los demás supuestos en el sector público autonómico y estatal, existan, se creen o presten servicios no incluidos en el artículo 26 de la LBRL. La conclusión no puede ser otra que lo que realmente se pretende es que los Consorcios que se creen o que ya existan, pero cuyo objeto no sea la prestación de servicios mínimos, tengan muy complicada su subsistencia y que, en todo caso, no produzcan en ningún supuesto duplicidad de plantillas en los mismos servicios.

2. La situación del personal existente en los Consorcios ya constituidos.

Otra cuestión a resolver y que se plantea como consecuencia de la regulación dictada es cual haya de ser la situación del personal propio del Consorcio o aquél que procedía de las Administraciones consorciadas en aquellos consorcios preexistentes a la regulación efectuada. Descartado ya el que el personal funcionario quede integrado en la Administración de adscripción y que, en el caso del personal laboral, se produzca una sucesión de empresas, considero que es preciso distinguir entre los Consorcios ya constituidos a los que no se aplica dicha disposición (que prestan servicios mínimos) y el resto a los que es de plena aplicación.

En el segundo caso, es decir cuando la legislación referida les sea de plena aplicación, en el caso del personal funcionario no hay duda de que el régimen jurídico que les será de aplicación será el de la Administración a que queden adscritos, pero no integrados en la misma seguirán teniendo la condición de personal del Consorcio si así fueron seleccionados (o en la situación administrativa que corresponde en el supuesto de que prestasen servicios en el Consorcio procedentes de otra Administración), mientras que en el supuesto del nuevo personal que prestase servicios mediante una reasignación de efectivos en el caso del personal funcionario permanecerán en servicio activo en la Administración de procedencia ocupando un puesto de trabajo en el Consorcio o de servicio en otras Administraciones públicas³⁷.

En el caso del personal laboral es obvio que habrá que estar a lo que la normas convencionales del Consorcio establezcan, aunque no estaría de más, sobre todo para los nuevos supuestos de incorporación de personal, que se ofreciese una solución parecida a la que existe para el personal funcionario a fin de que, en caso de supresión del mismo, no se tuviese que acudir a fórmulas extintivas de la relación de empleo ya que, al menos se

³⁷ Y es que, en efecto, no deja de ser problemática dicha situación. Por un lado, y si se considera que la prestación de servicios se realiza mediante una comisión de servicios forzosa estaríamos en el supuesto de servicio activo y en la situación de servicios en otras Administraciones Públicas en caso de que no fuera así aunque dada la regulación establecida ésta última carece del sentido general que establece el artículo 88 EBEP por el cual, según su apartado 3, se rigen por la legislación de la Administración en la que estén destinados de forma efectiva y conservan su condición de funcionario de la Administración de origen y el derecho a participar en las convocatorias para la provisión de puestos de trabajo que se efectúen por esta última. Añadiendo, dicho apartado, que el tiempo de servicio en la Administración Pública en la que estén destinados se les computará como de servicio activo en su cuerpo o escala de origen.

Y deja de tener sentido porque, en definitiva, se le aplica la legislación de la Administración de origen y no la de donde presta sus servicios (sentido último, aunque no único, de la disposición).

supone, en la mayoría de los casos los servicios que se prestan se seguirán desempeñando por una o algunas de las Administraciones consorciadas aunque ya no lo sea bajo esta fórmula.

IV. OTRO PERSONAL AL SERVICIO DE LOS CONSORCIOS PÚBLICOS.

Los problemas, sin embargo, no terminan con lo hasta aquí expuesto. Efectivamente la norma habla de personal funcionario o laboral, pero no aclara si se trata de personal fijo o no lo que plantea el problema de si se excluye la posibilidad de que el Consorcio pueda utilizar personal interino o contratado. Asimismo tampoco dice nada acerca de si pueden o no disponer de personal eventual o directivo.

1. Interinos y contratados.

La pregunta, ya sugerida más atrás, es obvia: ¿Podrían los Consorcios ya constituidos, y sin haber adaptado aún sus Estatutos o habiéndolo realizado, continuar cubriendo plazas vacantes con personal funcionario interino o personal laboral temporal o deben acudir ya ineludiblemente a la cobertura por personal funcionario o laboral mediante el sistema de reasignación de efectivos?

De nuevo dejaremos sentada nuestra posición que, como en supuestos anteriores, trata de conciliar y hacer viable una dicción claramente desafortunada. La disposición, a mi juicio, tiene un radio de acción diferente según se trate de cada tipo de personal al que hemos aludido.

¿Y qué quiere decirse con ello?. Pues que si, efectivamente, la lógica de la norma es que la provisión definitiva de los puestos de trabajo que tenga el Consorcio habrá de realizarse, exclusivamente indica la Ley, por personal que provenga de las Administraciones consorciadas, cuestión netamente distinta ha de ser si el Consorcio puede acudir a la contratación de personal temporalmente o al nombramiento de funcionarios interinos en determinados supuestos de los permitidos actualmente por el EBEP³⁸.

Las razones son variadas y ahora las expondremos, pero es que además una lectura distinta nos llevaría a conclusiones no operativas e inclusive absurdas como sería que el Consorcio se viera imposibilitado para acudir a la contratación laboral temporal por motivos concretos y específicos contemplados en la normativa que regula tal tipo de contratación (circunstancias de la producción, ejecución de programas de carácter temporal, etc....)³⁹.

Y es que la norma tiene dos objetivos claros, y con arreglo a dicha ratio, debe ser entendida:

- No consolidar plantillas propias en la entidad instrumental resolviendo con ello todos los problemas que pudiese plantear la disolución de ésta.

³⁸ Resulta dudoso que se pudiese acudir al nombramiento de funcionarios interinos en plazas vacantes ya que no puede disponer de personal propio, pero nada impediría a mi juicio que éstos fueran nombrados por el resto de circunstancias que la norma habilita.

³⁹ Así lo viene a reconocer la Disposición Adicional decimo quinta del Proyecto de Ley de PGE para 2015 que establece limitaciones a la contratación temporal en este tipo de entes públicos con lo que, a sensus contrario, está admitiendo implícitamente que la contratación temporal, como no podría ser de otra forma dado el mecanismo elegido para la provisión de personal en estos entes públicos, es una opción válida.

- Garantizar la uniformidad de las relaciones laborales de los trabajadores que proceden de entidades públicas distintas.

Fuera de ahí, al extrarradio de estos puntos, la norma no imposibilita desde mi punto de vista que circunstancias concretas aconsejen la contratación laboral temporal por los motivos que la legislación laboral establece.

Igual sucede con el personal funcionario interino que, en prácticamente todos los supuestos previstos en el artículo 10 EBEP, podrían ocupar, hasta tanto se produce su cobertura definitiva, los puestos de trabajo del Consorcio⁴⁰.

2. El personal directivo.

La dirección pública ofrecía, y todavía ofrece en buena medida, peculiaridades y déficit que han sido reiteradamente puestas de manifiesto por la mejor doctrina que se ha ocupado del tema (JIMÉNEZ ASENSIO, LONGO, RAMIO, SÁNCHEZ MORÓN, PALOMAR OLMEDA, etc..).

Ya se tratase de la colonización del espacio directivo por responsables electos, la diversidad de regímenes utilizados para articular la función directiva, la existencia de personal eventual, etc. es esta una cuestión que aún requiere de reformas si se quiere, de verdad, lograr los objetivos que con su implantación se pretendían. La definición de un modelo de dirección profesional en nuestro sistema de empleo público era, pues, una asignatura pendiente en la que existían, y lamentablemente siguen existiendo, limitaciones normativas e, inclusive, como ha indicado JIMÉNEZ ASENSIO, institucionales y culturales⁴¹. Y es que ni el sistema de provisión de puestos mediante libre designación, ni la existencia del denominado personal eventual⁴², ni los sistemas de dirección pública hasta ahora implementados han dado

⁴⁰ Establece el artículo 10 EBEP, en su apartado 1, que:

1. Son funcionarios interinos los que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera, cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:

- a) La existencia de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera.
- b) La sustitución transitoria de los titulares.
- c) La ejecución de programas de carácter temporal que no podrán tener una duración superior a tres años, ampliable hasta doce meses más por las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto.
- d) El exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un periodo de doce meses.

Téngase en cuenta la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de Racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa, ha modificado dicho artículo añadiendo, también, un párrafo 6º a este precepto que establece que el personal interino cuya designación sea consecuencia de la ejecución de programas de carácter temporal o del exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un periodo de doce meses, podrá prestar los servicios que se le encomienden en la unidad administrativa en la que se produzca su nombramiento o en otras unidades administrativas en las que desempeñe funciones análogas, siempre que, respectivamente, dichas unidades participen en el ámbito de aplicación del citado programa de carácter temporal, con el límite de duración señalado en este artículo, o estén afectadas por la mencionada acumulación de tareas.»

⁴¹ “Sobre las dificultades (fáctico-normativas) de implantación de la dirección pública profesional en los gobiernos locales” *Anuario de Derecho Municipal*, Nº. 4, 2010, págs. 167-193

⁴² Especialmente notorio ha sido dicho desempeño de puestos directivos por personal eventual en el ámbito local amparado aquí, además, normativamente por el artículo 176 TRRL. No obstante, y sin embargo, es preciso resaltar la valoración negativa, y sobre todo la interpretación restrictiva, que desde el punto de vista jurídico ha podido recibir dicho artículo. Así por ejemplo, doctrinalmente, SERRANO PASCUAL, A. *El Personal de las Entidades Locales. Análisis de su régimen jurídico*. Ed. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 1997, páginas 200-201 señala lo siguiente: “De la normativa examinada se desprende que el

cumplida respuesta a dicha necesidad de articular un espacio directivo. Tampoco lo ha hecho la LRSAL que, a pesar de cubrir el olvido del legislador de 2003 respecto del personal directivo de las Diputaciones Provinciales, sigue presentando las mismas carencias que la regulación efectuada tenía.

Sin embargo, era y es esta una cuestión necesaria de ser abordada que está suscitando numerosos problemas. Como la propia Comisión de Expertos, constituida en el seno del Ministerio de Administraciones Públicas, para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público señaló toda *“Administración moderna, que no se limita ya a la aplicación impersonal y objetiva de las normas jurídicas, sino que se responsabiliza de la creación y prestación de una pluralidad de servicios, que debe responder a las demandas sociales con eficacia y eficiencia crecientes y que base, por ello, una buena parte de su actuación en una lógica empresarial, necesita disponer de directivos cualificados”*.

Además, y como es conocido, fue esta una de las cuestiones del Estatuto Básico del Empleado Público que despertó mayor interés bien que ha sido defraudado. Atendiendo a las reflexiones contenidas en el Informe de la Comisión de Expertos constituida para tales fines, el citado texto legal abordó en su artículo 13 al personal directivo profesional. Si bien éste no se limita a regular en términos objetivos una función directiva profesional, tampoco contempló al personal directivo como una clase más de personal como sugirió la Comisión de Expertos dada la especial función que desempeñan y los rasgos peculiares de su prestación de servicios⁴³.

La opción materializada, a lo largo del iter parlamentario, fue en dos direcciones: de un lado, la de configurar un sistema de puestos a cubrir por el resto del personal o, alternativamente, por personal externo; de otro, considerar la cuestión del personal directivo como algo inserto en la potestad de autoorganización de cada Administración (deslegalizando su regulación a través de una enmienda en el Senado y excluyendo a la Administración Local

mencionado artículo 176 no se compece con las previsiones de la legislación básica en materia de función pública, -en un clarísimo ultra vires, ya que tampoco se ajusta al diseño de la propia Ley 7/1985, como se ha visto- configurándose los puestos eventuales de una manera distinta a como se contemplan en ésta, es decir, el artículo 20 de la Ley 30/1984 habla de que este personal ejercerá sólo funciones expresamente calificadas de confianza o asesoramiento especial, mientras que el Texto Refundido incluye la posibilidad de desempeñar puestos de carácter directivo (..) -nótese también que no se trata de un asesoramiento general o natural característico en una Administración-, por lo que esta asignación de funciones directivas no tiene encaje alguno. Asimismo, el hecho de que se indique en el Texto Refundido que el personal eventual deberá reunir las condiciones específicas que se exijan a los funcionarios que puedan desempeñar dichos puestos, está denotando que se están extrayendo del ámbito de los funcionarios de carrera puestos que corresponden a ellos y no a este tipo de personal que únicamente encuentra una incardinación aceptable en los puestos de secretarías particulares, gabinetes...”

⁴³ Como ha señalado SÁNCHEZ MORÓN, M. “Clases de Personal”, en AAVV, *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 105, Presidente de la Comisión de Expertos a que se ha hecho mención, refiriéndose a su previsión opcional: *“En tales casos, los puestos de dirección administrativa serán desempeñados, como hasta ahora, bien por funcionarios, normalmente nombrados para el cargo por el sistema de libre designación, como permite el artículo 80.2 del EBEP, o bien por personal de confianza política. Con ello se debe matizar la observación contenida en la Exposición de Motivos del propio EBEP, que, partiendo de considerar al personal directivo como “un factor decisivo de modernización administrativa”, concluye que “conviene avanzar decididamente en el reconocimiento legal de esta clase de personal”. Pero según el texto de la Ley, ya no se trata de una “clase” de personal y el avance que supone su regulación no es tan decidido. Se limita a abrir la puerta a regulaciones futuras”*

que como ya sabemos en la reforma de 2003 y en la más reciente de 2013 ha encontrado su regulación⁴⁴).

Lo cierto, y en lo que nos atañe, es que al remitir el EBEP el desarrollo del régimen del personal directivo a los Gobiernos estatal y autonómico⁴⁵, enclava a éste en las potestades de autoorganización y se suprime la reserva legal el artículo 13 se olvida por completo de la Administración Local. El EBEP, en este aspecto y como decimos, no ha aportado solución alguna y la situación del personal directivo en la Administración local se remite, bien que sin decirlo pero así ha de ser entendido, a la legislación de régimen local y a las potestades de autoorganización (y por tanto reglamentarias) de los entes locales.

Como notas significativas de la regulación establecida hay que anotar las siguientes:

⁴⁴ Lo cierto, y en lo que se refiere a este nivel de administración, es que al remitir el EBEP el desarrollo del régimen del personal directivo a los Gobiernos estatal y autonómico, el artículo 13 se olvida por completo de la Administración Local. El EBEP, en este aspecto y como decimos, no habría aportado solución alguna y la situación del personal directivo en la Administración local se remitió a la legislación de régimen local.

⁴⁵ En el caso autonómico es de destacar el estudio realizado por MAESO SECO, L.F. “El personal directivo en las leyes autonómicas de desarrollo del EBEP”, *RVAP*, nº 91, 2011, pág. 283 y ss. quien destaca que el modelo G10 —el grupo de CCAA que han procedido a regular dicho espacio directivo— es un modelo basado en la idea de que, salvo excepción, sólo podrán ser directivos públicos los funcionarios pertenecientes al Grupo A (o Subgrupo A1) de la Administración, que gocen de la confianza (personal o de partido) del titular del órgano superior —y las más de las veces político— que ostenta la competencia de propuesta o nombramiento (y cese).

Y destaca el autor que Algunas —la mayoría—, lo han hecho o lo están haciendo de un modo no acabado (a través de borradores, anteproyectos o de proyectos de ley) y algo timorato, incidiendo tan solo en aspectos colaterales o tangenciales de lo que será su futuro estatuto del personal directivo, tales como: el régimen de sus retribuciones (que vinculan a los resultados); el sistema de evaluación (cuyo establecimiento y concreción, de ordinario, delegan en una eventual y posterior norma reglamentaria); el régimen disciplinario y de incompatibilidades (que casi todas ellas endurecen); las RPT (que asumen un nuevo y mayor protagonismo al acudir a la técnica del análisis de puestos); o la formación (que, por lo general, se revaloriza y se deja en manos del instituto o escuela autonómica correspondiente).

Y sigue diciendo el autor que algunas de estas Comunidades Autónomas del G10 se han atrevido a ir más allá. Y, o bien han elaborado sus propias leyes de empleo o función pública (en desarrollo del EBEP y en lo que aquí importa de su artículo 13), o bien han incidido significativamente sobre el «núcleo duro» de su régimen de directivos (esto es, sobre los requisitos de acceso, procedimiento de nombramiento y cese de esta específica categoría de personal). Entre las primeras, y en el momento en el que se escriben estas páginas, cabe citar a la Comunidad de Valencia (y su Ley 10/2010, de 9 julio, de Ordenación y Gestión de la Función Pública) y a la Comunidad de Castilla-La Mancha (con su Ley 4/2011, de 10 de marzo, de Empleo Público). Entre las segundas, esto es, entre aquellas que han sido más ambiciosas y han intervenido sobre el «núcleo duro» de su régimen de directivos, despuntan la Comunidad de las Islas Baleares y, desde luego, el País Vasco. Toda vez que estas dos Comunidades Autónomas han resuelto configurar un régimen de directivos en clave verdaderamente profesional. Cabe apuntar, añadimos nosotros, que en el caso del País Vasco su proyecto de Ley se encuentra en fase de Anteproyecto.

De otro lado, distingue el autor a otro grupo el de aquellas que lo han intentado, aunque de una forma un tanto particular, son: la Comunidad Autónoma de Andalucía, la Comunidad Autónoma de Extremadura y la Región de Murcia. La primera de ellas lo ha hecho, de un lado, dando cabida a los directivos públicos en su «nuevo» Estatuto de Autonomía, lo cual resultaría un dato sumamente relevante si no fuese porque «se limita» a fijar la regla de la paridad entre hombres y mujeres en la cobertura de vacantes de esta naturaleza. Y de otro lado, aprobando una Ley 1/2011, de 17 de febrero, de Reordenación del Sector Público Andaluz, en la que encontramos algún precepto referido al personal directivo de agencia (v., Disposición adicional quinta), pero que no innova en este ámbito respecto de la Ley de agencias estatal.

- La designación de los directivos “atenderá a principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad, y se llevará a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y la concurrencia”.
- El personal directivo estará sujeto a evaluación con arreglo a criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con los objetivos que les hayan fijado.
- La determinación de las condiciones de empleo no tendrá la consideración de materia negociable.

Especialmente problemática resulta, y a los efectos del presente estudio, la designación de los mismos, inclusive con menos flexibilidad que el sistema de libre designación en la provisión de puestos de trabajo para los funcionarios públicos, y que puede terminar haciendo inviable al sistema o dejando excluidos del mismo a un grupo importante de puestos con funciones directivas⁴⁶. Y es que excluir, por completo, la confianza política es una quimera imposible –inclusive no deseable– en un sistema de dirección pública y tan nocivo resulta, por inducir a su inaplicación, como hacer de la confianza política el único criterio válido en la designación y permanencia de este tipo de personal⁴⁷.

En el caso de los Consorcios públicos, de nuevo, creo que habrá que entender a estos puestos de trabajo exceptuados de dicha disposición que impone la reasignación de efectivos. Recuérdese que los directivos no son una clase de personal, sino que se trata de puestos de trabajo que, como hemos visto en la legislación de empleo público con carácter general, pueden ocuparse tanto por personal inserto en la organización como por personal externo en determinados supuestos. De esta forma, y a mi juicio, no plantea problema alguno la disposición respecto de este tipo de personal cuya provisión, caso de existir, se sujetará a la normativa de la Administración a la que esté adscrito el Consorcio y que, en los supuestos en su caso establecidos, podrá ser personal externo, pero que no tendrá que proceder necesaria e ineludiblemente de una reasignación de efectivos que, de nuevo, se presenta como una figura anómala para la cobertura de esos puestos de trabajo vacantes.

⁴⁶ Como es conocido el contenido del artículo 23.2 admite una cierta modulación en razón de los colectivos y las funciones a los que se dirige. En efecto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha venido a admitir cierta diferenciación en el trato siempre que la misma obedezca a razones proporcionales y razonables a fin de alcanzar una finalidad constitucionalmente legítima como es la eficacia de la actuación administrativa lo que conecta con la función directiva como potestad de autoorganización a la que ya se ha hecho referencia. Y la consecuencia directa: la no traslación automática de los principios de mérito, capacidad, concurrencia y publicidad a la función directiva.

⁴⁷ En opinión, ciertamente autorizada como se ha expuesto, SÁNCHEZ MORÓN, op. cit., p. 108, *“En realidad, el Informe de la Comisión de expertos no pretendía eso exactamente, sino tan sólo que el personal directivo fuera designado “en virtud de sus cualidades profesionales contrastadas”. Así sucede en otros países, en que la designación de los cargos directivos profesionales o, al menos, de una parte de ellos no se lleva a cabo por procedimientos de concurso o en concurrencia, ya que el directivo profesional se integra en un equipo dirigido por su superior político y, en alguna medida, ha de gozar de la confianza de éste. Lo que se pretendía era excluir la designación de directivos por razones de simple afinidad o lealtad política o personal, sin consideración alguna a cualidades, competencias y capacidades profesionales de dirección –el puro directivo “de partido”–, algo que se ha producido y se produce con harta frecuencia en nuestras Administraciones Públicas. Pero una cosa es establecer requisitos de profesionalidad y otra equiparar la designación de los directivos a la selección de empleados públicos o a la provisión de puestos por concurso”.*

3. El personal eventual.

Como es conocido y notorio el abuso de esta clase de personal en numerosas administraciones públicas provocó una cierta reacción doctrinal frente a esta clase de personal, falsos empleados públicos los denomina algún autor, y algunas modificaciones legislativas tendentes a limitar y reducir esta clase de personal que obedece a la estricta confianza política⁴⁸. La LRSAL continúa esa senda de mayor restricción de ese personal con un cierto desacierto, sin embargo, en las soluciones que ofrece.

Y es que, de nuevo, una paradoja presenta la norma desde mi punto de vista. Mientras que, en los consorcios adscritos a la AGE o a las Comunidades Autónomas, podría en principio nombrarse este tipo de personal, no sucede igual en las entidades locales. La redacción dada al nuevo artículo 104 bis por la LRSAL impide el nombramiento de personal eventual en aquellos Consorcios que queden adscritos a entidades locales⁴⁹. Al menos esa es mi opinión, bien es cierto que existen otras opiniones al respecto⁵⁰, ya que ya fuera porque, en cualquier caso, al ser de aplicación el régimen jurídico de la Administración a la que quedan adscritos regirían las limitaciones establecidas, o ya sea porque habría que entender al Consorcio como entidad dependiente de la entidad local a la queda adscrito, a mi juicio la prohibición regiría plenamente.

⁴⁸ Por todos puede verse el excelente trabajo de FERNANDEZ RAMOS, S., “Los falsos empleados públicos: el personal eventual”, *Revista General de Derecho Administrativo*, Nº. 34, 2013. De otro lado, jurisprudencialmente se ha mantenido una visión restrictiva de los puestos de trabajo a ocupar por personal eventual basada en el concepto de “permanencia” de la función y negando la posibilidad de su provisión cuando las funciones atribuidas a dichos puestos no implican ésta. Por todas, y en cierto sentido de forma pionera, puede verse la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 8 de marzo de 1999. De esta forma, y con la doctrina citada respaldada por el Tribunal Supremo, la jurisprudencia ha rechazado la posibilidad de utilizar este sistema para un Encargado de Obras, aún cuando sus funciones a juicio de la entidad local se caractericen por ser de confianza y asesoramiento especial (Sentencia de 2 de marzo de 1999 del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura), de conductor de vehículos del Conseller (Sentencia de 5 de noviembre de 1998 del Tribunal Superior de Justicia de Valencia), Director Técnico de la Oficina de Urbanismo (Sentencia de 3 de marzo de 2000 y de 12 de abril del Tribunal Superior de Castilla y León) y, con un criterio contrario, la ha admitido en el caso de Secretaria particular del Alcalde (Sentencia de 28 de febrero de 1990 del Tribunal Superior de Justicia de Baleares) o de Ayudante del Gabinete de Prensa (Sentencia de 18 de septiembre de 1995 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León).

⁴⁹ El apartado 3 del artículo 104 establece que el resto de Entidades Locales o de sus organismos dependientes no podrán incluir en sus respectivas plantillas, puestos de trabajo cuya cobertura corresponda a personal eventual.

⁵⁰ En efecto, JIMENEZ ASENSIO, R., op. cit., opina que “Al tener el Consorcio un carácter netamente “instrumental” a partir de la LERSAL no le sería de aplicación la regla del artículo 104 bis, 3, LBRL (prohibición de disponer de personal eventual al “resto de entidades locales” que no sean ayuntamientos o Diputaciones provinciales). Sin embargo, sí le sería de aplicación la regla prevista en el apartado 4 de ese artículo. Por consiguiente, si se quiere adscribir “funcionalmente” personal laboral a un Consorcio solo se podría hacer mediante la modificación del Reglamento Orgánico de la entidad local y previendo específicamente ese supuesto. Problema adicional es hasta qué punto el personal directivo de los Consorcios puede ser personal eventual. En todo caso, si se optara por esta fórmula (cosa discutible en estos momentos), se debería reflejar en el Reglamento Orgánico de la entidad local a la que se adscriba el mismo”.

No es esta mi opinión, sin embargo, que considero que ese apartado 4º está pensado para otros supuestos y que regiría plenamente, a pesar de no compartirla, la prohibición del apartado 3º.

Lo que no significa, de nuevo, que ésta sea una solución óptima. El personal eventual tiene su razón de ser, otra cosa, bien distinta es el abuso del mismo lo que se evita con reglas claras y limitaciones en cuanto al número y a la función que hayan de ejercer.

5. Los funcionarios con habilitación de carácter nacional.

Respecto de este tipo de funcionarios, que prestan sus servicios exclusivamente en entidades locales, ya en su momento se planteó si podían o no desempeñar necesariamente sus funciones en aquellos consorcios en que participasen entidades locales y no planteó problema alguno que, para el ejercicio de funciones reservadas a éstos (art. 92 L.R.B.R.L.), se acudiese a este tipo de funcionarios que, inclusive, podrían prestar sus servicios de forma acumulada con los de una entidad local perteneciente al Consorcio según dispusiesen los Estatutos del Ente consorciado (STS de 30 de abril de 1999, RJ. 4692).

Quiere decirse que, en este tipo de funciones reservadas, los Estatutos adquieren, de nuevo, una importancia fundamental y serán éstos los que determinen la forma de prestación de esas funciones con carácter general, aunque en los que tengan carácter local en razón de la Administración a la que queden adscritos su prestación por éstos no plantea duda alguna si bien con las singularidades propias de la figura consorcial⁵¹.

De nuevo en este punto otras opiniones se han vertido. Muy cualificada es la de JIMÉNEZ ASENSIO para quien “al tener los Consorcios un marcado carácter instrumental y preverse,

⁵¹ Bien es cierto que, inclusive en los consorcios a los que se les aplique la legislación de régimen local, los Estatutos juegan un papel esencial. Puede verse a este respecto la STS de 3 de noviembre de 1997 (RJ 7967) cuyo fundamento segundo dice “La decisión contenida en la sentencia apelada, aunque elude pronunciarse expresamente sobre el tema de si el Consorcio tiene naturaleza de Ente Local, sin embargo establece una elaborada argumentación en la que en realidad subyace una plena equiparación con dichos Entes, lo que le lleva a concluir en la plena aplicación al mismo del Real Decreto 1174/1987, teniendo en cuenta la llamada expresa que en el acuerdo de aprobación de la plantilla se hace a lo previsto en la Ley 7/1985 y en el Real Decreto Legislativo 781/1986.

Pero la argumentación desarrollada entendemos que da un valor jurídicamente excesivo a esta llamada expresa.

En efecto, el precepto en el que se marcan los elementos esenciales del régimen legal de los consorcios es el enunciado en el artículo 110 del Real Decreto Legislativo 781/1986, en uno de cuyos apartados se establece que «los Estatutos de los Consorcios determinarán... las particularidades del régimen orgánico, funcional y financiero» de los mismos, lo que acredita que en atención a su carácter de entidades constituidas para atender a fines concretos y determinados, que tienen la nota de ser también competencia común de otras entidades, aunque en todo caso una de ellas debe ser una Administración Pública, el legislador no ha sometido rígidamente su organización a los tipos legalmente preestablecidos, sino que teniendo en cuenta la gran variedad de posibles fines y partícipes en los Consorcios y su consiguiente mayor o menor complejidad, la ha flexibilizado, encomendando a sus Estatutos la adopción de la que considere más idónea a las necesidades de su buen funcionamiento. En ejercicio de esta potestad, el único límite que en el artículo 25 de los Estatutos de Cadasa se establece respecto a las funciones de secretaría e intervención es que se realicen por funcionarios pertenecientes a los Cuerpos Nacionales, pero sin que la exigencia de este requisito, acreditativo de la aptitud y capacidad de los llamados, pueda transferirse plenamente al ámbito de lo organizativo e interpretarse como sumisión a la reglamentación contenida en el Real Decreto 1174/1987, que no está prevista para casos tan singulares como son los consorcios, por lo que no puede considerarse que le sea automáticamente aplicable al que nos ocupa por el hecho de que aquella aptitud y capacidad se haya descrito en la plantilla por referencia a la categoría más alta de los Secretarios de la Administración Local”.

con las excepciones que se verán, que su personal provendrá por regla general de reasignación de efectivos de las entidades que formen parte del mismo, cabría concluir que, a partir de la entrada en vigor de la LRSAL, las funciones de secretaría e intervención de tales entidades ya no deberían estar reservadas necesariamente a funcionarios con habilitación de carácter nacional, pues los Consorcios –ya claramente- no son entidades locales y se adscriben como “entidad instrumental” a una Administración matriz. Por tanto, su régimen jurídico en este punto debería ser similar al resto de entidades instrumentales del sector público local”⁵². De nuevo discreparemos de dicha opinión.

Desde mi punto de vista, y partiendo de que los Estatutos juegan un papel esencial – forman parte de las peculiaridades que éstos pueden establecer-, es preciso distinguir los consorcios adscritos al sector estatal o autonómico en que nada hay que oponer a la argumentación efectuada por el citado autor bien que es cierto que, desde mi punto de vista, serían los Estatutos los que establecieran el procedimiento de provisión sin necesidad de acudir necesariamente a la reasignación de efectivos, de los que en aplicación de los criterios establecidos en la LRSAL pero también en otras normas (por ejemplo las autonómicas de régimen local), quedasen adscritos a una entidad local.

En estos últimos la situación no ha cambiado en nada por la promulgación de la LRSAL. La fijación de una naturaleza instrumental por dicha norma, que como se ha dicho, a mi juicio preexistía a esta norma no es determinante cuando lo que si parece cierto es que a esos consorcios les será de aplicación la normativa de la Administración a la que quedan adscritos y, en el caso local, la prestación de esas funciones no cabe duda que corresponde a esos funcionarios que son, además, funciones reservadas. Los Estatutos podrán establecer singularidades, en efecto, pero el régimen esencial de nuevo habrá que subrayarlo habrá de respetarse.

V. CONCLUSIÓN: LAS DESVENTURAS DE LEGISLAR A LA DEFENSIVA.

Ciertamente, y eso en cierta medida podría explicar la actitud del legislador, los excesos cometidos en los últimas décadas no han sido menores en lo que se refiere a la creación y multiplicación incesante de entes instrumentales –incluidos los Consorcios- por las distintas Administraciones públicas. Fundaciones, sociedades, organismos y entidades de distinto tipo han proliferado por doquier incrementado, en muchas ocasiones de forma innecesaria, el gasto público y con dudosas justificaciones en cuanto a la consecución de objetivos se refiere. Prácticamente toda la denominada administración instrumental ha servido para un “roto” y para un “descosido” sin criterio alguno sobre la finalidad y la razón de ser de cada figura.

Esa realidad, sin duda, requería medidas de contención y de racionalización de estructuras administrativas que, y eso es lo que ha de ser objeto de discusión, se han afrontado con mayor o menor criterio, con mayor o menor debate y con mayor o menor éxito. La mayoría de las veces, como ha acontecido con la Ley de Racionalización –bendita palabra- de la Administración Local, con más ruido que nueces, con marchas adelante y atrás, que han dejado, finalmente, un balance, desde el punto de vista de la técnica normativa aunque no solo, realmente pobre.

⁵² JIMÉNEZ ASENSIO, R., op. cit.

Y algo de ello es lo que acontece con los Consorcios públicos que hubieran merecido mejor suerte que la finalmente acontecida tras dos sucesivas incursiones normativas, en 2013 y recientemente en septiembre de 2014, de las que hemos dado cuenta y cuyo balance, realmente, presenta numerosas sombras.

Es un hecho la carencia normativa en que se ha desenvuelto la figura consorcial que, si salvamos el mundo local, prácticamente ha sido, en cuanto a su regulación se refiere, inédita en el ámbito estatal y autonómico hasta la LRJPAC lo que ha provocado largos debates doctrinales en cuanto a su naturaleza y su régimen jurídico. Como hemos dado cuenta fueron las disposiciones referidas al ámbito presupuestario y económico las que, en razón del control de los mismos, empezaron a determinar su régimen de adscripción a estos efectos.

Pero, no me cabe la menor duda, que una figura como los Consorcios, derivada del principio de cooperación connatural al esquema de distribución competencial que subyace en la Constitución y en todo el bloque de constitucionalidad, hubiese merecido mayor atención. Una atención singular, una regulación coherente e integral que diera encaje a la figura en aquello que es su razón de ser –que no es precisamente las competencias de carácter obligatorio de los municipios-, a saber: permitir la acción conjunta de las Administraciones públicas, de distinto nivel territorial, en materias concurrentes competencialmente. Algo se va avanzado, pero aún hoy la normativa sigue encontrándose dispersa y, más grave que ello, sin una misma concepción de la misma en la legislación estatal, autonómica y local.

De todo ello, como no puede ser de otra forma, es tributaria la regulación referida al régimen jurídico del personal al servicio de los consorcios públicos que, en vez de recibir un tratamiento coherente acorde a la funciones y fines de estos entes públicos, recibe ahora en una legislación dictada a trompicones un tratamiento que hemos calificado de coyuntural, pero que, además, y como creo que se ha puesto de manifiesto en estas líneas, presenta numerosos problemas en su aplicación.

La regulación efectuada parece, sobre todo en el mundo local, dictada con una excesiva desconfianza si atendemos, además, a la evolución del déficit público en cada nivel territorial, y con una cierta ausencia de criterios, con los límites que hayan de establecerse después de nuestra experiencia reciente, que no sean otros que los de evitar incrementos injustificados de efectivos. Creo, sinceramente, que no es la mejor opción y que la misma, más tarde o más temprano, deberá ser objeto de rectificación, sin perjuicio, que creo que eso sí que puede ser pacíficamente compartido, de obviar los negativos efectos de una política incremental de los efectivos.

Personal eventual y directivo en el mundo local después de la aprobación de la Ley de Racionalización y sostenibilidad de la Administración Local”.¹

Alberto Palomar Olmeda

Profesor Titular (acred) de Derecho Administrativo
Universidad Carlos III de Madrid

Sumario

1.- Consideración previa	1
2.- La Ley de Racionalización y sostenibilidad de la Administración Local	9
A) Limitación del número o el coste de los eventuales en Ayuntamientos y Entidades Locales	9
B) Limitaciones en el ámbito de las Diputaciones Provinciales, Cabildos y demás entidades locales diferenciadas.....	10
C) Asignación funcional.....	10
D) Régimen de transparencia.....	11
E) Régimen de aplicación	11
3.- Función Directiva	12
3.1. Modelo general	12
3.2.- Titular de la potestad de establecimiento	13
3.3.- Principios legales en la determinación	16
a) Obligación de definición previa de la función directiva profesional.....	16
b) Criterios determinantes del reclutamiento y alguna referencia a los elementos centrales de la relación jurídica de los directivos públicos.....	16
c) Criterios directamente relacionados con el ejercicio de la función directiva.....	19
d) Exclusión de la negociación colectiva.....	23
e) El régimen de dedicación de los directivos públicos.....	24
3.4.- El directivo en el ámbito local.....	25
3.5.- El personal directivo en el esquema indicado.....	28
3.6.- Grandes ciudades específicas.....	31
A.- Madrid.....	31
B) Barcelona.....	31
4.- A modo de conclusión.....	32

1.- Consideración previa

El problema del personal eventual es, ciertamente, más complejo de lo que puede pensarse como consecuencia de la lectura de su régimen legal. De hecho podemos anticipar que la consideración del personal eventual como personal de apoyo y sin funciones administrativas – que constituye la estructura conceptual más asentada- está muy lejos de explicar la regulación y la operatividad real de la figura en nuestra organización administrativa actual.

En este sentido comencemos por recordar que el artículo 89 de la LBRL establece que <<... El personal al servicio de las Entidades locales estará integrado por funcionarios de carrera,

¹ Nos referimos a la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local. En adelante LRSL

contratados en régimen de derecho laboral y personal eventual que desempeña puestos de confianza o asesoramiento especial...>>. Por tanto, el punto de partida pasa, únicamente, por reconocer que existe una categoría de personal que tiene la condición de personal eventual lo que, claro está, entronca, de alguna manera con lo que, con la categoría de norma básica, establece el propio artículo 8 del EBEP.

Si, profundizamos un poco más en régimen jurídico establecido en la propia norma local podemos señalar que el artículo 104 de la LBRL se limitaba a indicar que el número, características y retribuciones del personal eventual serán determinados por el Pleno de la Corporación. Esta es, esencialmente, la determinación que ha resultado afectada como consecuencia de la LRSL pero que no altera la referencia a los elementos centrales de su régimen jurídico.

En esencia, este régimen viene completado con la indicación que se establece en el apartado 2 cuando señala que **“ el nombramiento y cese es libre y corresponde al alcalde o al Presidente de la entidad local correspondiente”**. Esta carácter de libre nombramiento y cese - sin referencia al principio de mérito y capacidad que intenta cubrir el conjunto del empleo público ex artículo 103.3 de la CE- es consecuencia de la determinación que viene haciendo la normativa de función pública y que consiste en ubicar su contenido funcional en la confianza política o el asesoramiento lejos, por tanto, de la función administrativa- estrictamente considerada- que se reserva a los funcionarios o, incluso, al personal laboral siempre que la función administrativa no conlleve el ejercicio de funciones de autoridad o de potestades.

El propio artículo 104 de la LBRL completa este régimen jurídico con la indicación de que los funcionarios eventuales cesan de forma automática en todo caso cuando se produzca el cese o expire el mandato de la autoridad a la que preste su función de confianza o asesoramiento². Esta referencia al cese obligado cumple la doble habilitación de servir para indicar una causa obligada de terminación de la confianza y, de otro, a la indicación de que lo que ejercen es una función de confianza o de asesoramiento.³

² STS de 3 de abril de 1992. Analiza la cuestión relativa al libre cese y señala que <<...En el caso que nos ocupa no cabe apreciar desviación de poder al no existir pruebas sobre la disparidad de los fines perseguidos por el acto recurrido y el fin fijado por el ordenamiento jurídico, tanto más cuanto que la resolución de cese impugnada, del Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Valencia, ni tan siquiera fue adoptada a iniciativa suya, sino, antes al contrario, a instancia de la mayoría de los Concejales del Grupo Popular, a propuesta de cuyo Grupo fue en su día nombrado el recurrente, para quedar adscrito como funcionario de empleo al referido Grupo, desprendiéndose del conjunto de las actuaciones, que la petición de cese formulada por aquellos Concejales al Alcalde-Presidente, tiene su causa en haber trascendido a la prensa determinadas disidencias existentes dentro del Grupo, sobre cuyas «filtraciones» hizo manifestaciones públicas posteriores el recurrente, determinando ello la pérdida de confianza del Grupo en el referido funcionario, como expresamente lo reconoció el portavoz del Grupo Popular, en el Acto de Conciliación celebrado el 20-6-1985 ante el Juzgado de Distrito núm. 6 de Valencia, promovido por el funcionario aquí recurrente frente a dicho Portavoz, pérdida de confianza esta que era suficiente para justificar la petición de cese, y que justifica a su vez la resolución de cese adoptada por el Alcalde-Presidente, en uso de la facultad discrecional que le confería el art. 104.2, de la Ley 7/1985, de 2 de abril, en cuya resolución obviamente no es posible apreciar arbitrariedad alguna...>>.

³ La STJ juzgado de Orense 14 de febrero de 2014 contiene un amplio desarrollo sobre la función de los eventuales y el régimen jurídico aplicable a la misma cuando señala que <<...Entrando ya en el análisis del fondo del asunto, se concluye que la Demanda debe ser estimada, con la consiguiente anulación de la resolución impugnada, por las siguientes razones:

Conforme a lo dispuesto en el artículo 12 del Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril (EBEP); artículo 104 de la Ley 7/1985, de 2 de abril (LBRL); y artículo 7 del Decreto Legislativo 1/2008, de 13 de marzo (LG 2008, 255) , aprobatorio del Texto Refundido de la Función Pública de Galicia, en la Administración local el **" personal eventual "** se caracteriza por dos principios básicos:

- Su acceso al empleo público se produce por designación directa, sin previa convocatoria con publicidad, ni procedimiento de concurrencia competitiva. Su << nombramiento y cese serán libres >> (artículo 12.3 EBEP). Carece de "inamovilidad". El acto

del nombramiento vincula a esta clase de empleados públicos, por razones de confianza o de especial asesoramiento, al titular del cargo que ostenta legalmente potestad para designarlo. Cesan en consecuencia automáticamente con el cese de la autoridad que los nombró. No pueden invocar, para evitar el cese, la existencia de una relación laboral indefinida "encubierta", como consideró en estos casos el Tribunal Supremo -S^a 3^a- entre otras muchas en su [sentencia de 19 de octubre de 2012 \(RJ 2012, 10234 \)](#) -rec. 359/2011.

- Tiene carácter excepcional. No puede desempeñar funciones que conlleven ejercicio de autoridad. Tampoco las de fe pública y asesoramiento preceptivo reservadas a funcionarios de carrera (Sentencia del Tribunal Supremo -S^a 3^a-, de 17 de marzo de 2005, RC 4245/1999).

No obstante, tal y como dispone expresamente el artículo 12.5 Ley 7/2007 (EBEP), en todo lo demás el personal eventual se rige por << el **régimen general de los funcionarios de carrera** >>.

Y así, por ejemplo, le resulta de aplicación la regulación de incompatibilidades de los funcionarios de carrera. Ostenta los derechos a la negociación colectiva y a la huelga de los funcionarios (S TS 18/03/2010 -RC 160/2007-). E incluso el de consolidar trienios (S TS 13/11/2012, RC 364/2011).

Entre dichos derechos, comunes a los del resto de los funcionarios, sobresale sin duda el de percibir el correspondiente salario (artículo 14.d/ Ley 7/2007 -EBEP-, referido, sin excepción, a todos los empleados públicos) . Y el de cotizar a la Seguridad Social , incluyendo contingencia por desempleo (artículos 7.1 .e/ y 205 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (RCL 1994, 1825) -TRLGSS-).

Consecuentemente, las normas rectoras de los presupuestos de las Administraciones públicas prevén la remuneración de este personal eventual equiparándolo a un grupo o subgrupo determinado de funcionarios de carrera (ad. ex. art. 26 Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales para el 2012).

Por otra parte, el artículo 3 TRLGSS prohíbe la renuncia al derecho a cotizar a la Seguridad Social, atribuyéndole la plena nulidad a todo acto en el que se establezca o acepte dicha renuncia.

El derecho a percibir un salario mínimo por la relación de trabajo de un empleado público con su Administración es también, evidentemente, irrenunciable.

En el concreto caso examinado, en la resolución de nombramiento de D. Oscar como personal eventual del Concello de Xinzo de Limia no se le atribuye un horario de trabajo reducido, ni especial, por lo que se entiende que su contratación resultó a tiempo completo, hallándose sometido al régimen ordinario de los funcionarios locales, con jornada laboral de unas 37 horas semanales.

De esa contratación se derivó el derecho irrenunciable del Sr. Oscar (con la recíproca obligación de la Administración municipal) a percibir un salario o remuneración por su trabajo como empleado público. Y sobre todo, a cotizar como tal a la Seguridad Social. Ello con independencia y al margen de que en el proyecto de RPT que se tramitaba en paralelo se contemplase como "puesto sin retribución".

Como lo cierto es que no existía crédito adecuado y suficiente en el Concello de Xinzo de Limia para sufragar esos gastos (como corroboran los informes de Secretario e Interventor obrantes en el expediente administrativo), la contratación del trabajador devino nula de pleno derecho por aplicación de lo dispuesto en el artículo 173.5 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales (RCL 1988, 2607 y RCL 1989, 1851) aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (RCL 2004, 602 y 670) . Precepto en el que se establece que:

<< No podrán adquirirse compromisos de gastos por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gastos, siendo nulos de pleno derecho los acuerdos, resoluciones y actos administrativos que infrinjan la expresada norma, sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar >>

V.- Resulta en especial rechazable que en el nombramiento aquí impugnado, y en la relación funcional que a partir de él vinculó al Sr. Oscar con la Administración local demandada, se descartase su alta en la Seguridad Social como trabajador del Ayuntamiento.

El "empleador" ha de asumir, necesariamente, los costes sociales de sus trabajadores en los términos exigidos en la legislación de la Seguridad Social antes referida. Sobre todo considerando la posibilidad (nada improbable dada la avanzada edad de la persona contratada) de que sufra un accidente, enfermedad o percance en el ejercicio de sus funciones como empleado público municipal.

VI.- Con independencia y sin perjuicio de lo antedicho, concurren otras causas adicionales determinativas de la anulación de la resolución impugnada.

El Sr. Oscar tenía ya **78 años de edad** cuando accedió, por la resolución impugnada, a la condición funcional de personal eventual. Es decir, superaba en ocho años la edad máxima e improrrogable de 70 años establecida en el artículo 67.3 Ley 7/2007 (EBEP) para todos los empleados públicos, como límite de permanencia en el servicio activo.

Y además se trata de un **jubilado** , que siguió figurando como tal en la Tesorería General de la Seguridad Social tras su contratación por el Concello, vulnerando así lo dispuesto al efecto en el artículo 165 TRLGSS.

VII.- Por todo ello, y sin necesidad de examinar los demás argumentos impugnatorios esgrimidos en la Demanda, debe estimarse el recurso, con la consiguiente anulación de la resolución recurrida.

Finalmente, el apartado 3 del propio artículo 104 indica que << **los nombramientos de funcionarios de empleo, el régimen de sus retribuciones y su dedicación se publicarán en el Boletín Oficial de la Provincia y, en su caso, en el propio de la Corporación....>>.**

Esta referencia a la estructura del personal eventual es clara y, en su interpretación no deberían haberse planteado problemas si no fuera porque la **expresión confianza se ha mezclado – en el tiempo- con la confianza que es inherente a la función del personal eventual se ha acabado confundiendo con la confianza que se presta a la función directiva.**

Es evidente que el tiempo ha confundido conceptos ya que la confianza directiva no necesariamente es una función de asesoramiento o confianza política sino que realmente conlleva el ejercicio de funciones administrativas que, en esencia, deberían haber quedado fuera del ámbito de aplicación de la figura del personal eventual.⁴

Podemos preguntarnos por las causas de esta confusión conceptual. Realmente es evidente que en el fondo están las continuas y nunca resueltas indefiniciones que nuestra normativa de función pública mantiene en relación con la función directiva. El artículo 13 del EBEP establece – conviene recordarlo- que <<... El Gobierno y los Órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas podrán establecer, en desarrollo de este Estatuto, el régimen jurídico específico del personal directivo así como los criterios para determinar su condición, de acuerdo, entre otros, con los siguientes principios:

1. Es personal directivo el que desarrolla funciones directivas profesionales en las Administraciones Públicas, definidas como tales en las normas específicas de cada Administración.
2. Su designación atenderá a principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad, y se llevará a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia.
3. El personal directivo estará sujeto a evaluación con arreglo a los criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con los objetivos que les hayan sido fijados.

Cabe finalmente añadir, que si lo que en realidad se pretendía con el nombramiento en cuestión es que el Sr. Oscar prestase un servicio voluntario a la Administración municipal, de manera altruista y desinteresada, sin percibir remuneración a cambio, no debió -como se hizo incorrectamente- atribuírsele la condición de personal municipal de carácter eventual.

Simplemente debió integrársele **voluntariado** del ayuntamiento. Se en le algún programa de aplicaría así el "**Estatuto de las Personas Voluntarias**" regulado en los artículos 6 y ss. de la Ley 10/2011, de 28 de noviembre (LG 2011, 465) , de Acción Voluntaria de Galicia ; y en los artículos 5 y ss. de la Ley 6/1996, de 15 de enero (RCL 1996, 147) , de Voluntariado , con su consiguiente régimen de derechos y obligaciones, ajustado a ese tipo de trabajos sin remuneración. Pero desde luego no el "**Estatuto del Empleado Público**" que ineludiblemente se aplica a todo el personal de la Administración, incluido el eventual, y que resulta incompatible con la omisión de salario y de cotización a la Seguridad Social contenida en la resolución impugnada.

⁴ STSJ de Canarias de 2 de diciembre de 1997 que se refiere a la competencia en orden a la designación señala que <<... De la demanda se evidencia que la pretensión deducida, objeto del litigio, cualesquiera que sea la forma en que se haya planteado, es, en realidad, una pretensión propia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, pues lo que subyace a la petición explícitamente deducida es la impugnación de una decisión de la Administración: el nombramiento como funcionario eventual. Es ésta la verdadera pretensión ejercitada, y tal pretensión, en cuanto impugnatorio de un acto de la Administración, no puede ser conocida por la jurisdicción social, pues «cuando se deduce la pretensión que da origen a la litis, la relación existente "inter partes", es la que media entre la Administración y sus funcionarios, bien que éstos sean eventuales, y toda relación funcional en la que la Administración actúa como sujeto de derechos públicos se inserta típica y exclusivamente en el ámbito jurídico-administrativo, que es el marco propio y único en que la misma ha de desarrollarse, por lo que "toda problemática que pueda surgir en torno a tal principio de relación sólo puede ser conocida y resuelta por los órganos judiciales pertenecientes al orden jurisdiccional contencioso-administrativo"».

4. La determinación de las condiciones de empleo del personal directivo no tendrá la consideración de materia objeto de negociación colectiva a los efectos de esta Ley. Cuando el personal directivo reúna la condición de personal laboral estará sometido a la relación laboral de carácter especial de alta dirección...>>.

Es cierto, sin embargo, que la existencia y la necesidad de la función directiva no debe permitirnos obviar un planteamiento central: la confianza que subyace – y debe subyacer en el ámbito de la función directiva- no es de carácter político sino de carácter profesional y, por tanto, las reglas esenciales del nombramiento y de la función y del cese en la misma no tienen nada que ver con la función que se atribuye a los <<eventuales puros>>.⁵ Esta confusión se ha proyectado sobre el conjunto de las relaciones jurídicas y es al que, realmente, ha acabado confundiendo los planos de análisis y de debate.

Por decirlo en términos constitucionales, el personal directivo está plenamente encuadrado en el marco del 103.3. de la CE y, por tanto, sometida al cumplimiento de mérito y capacidad aunque su formulación – como señala el EBEP en el artículo 13 anteriormente transcrito- puede tener las peculiaridades y determinaciones específicas que señale la norma que establezca la ordenación de la función directiva en la respectiva Administrativa..

Sin embargo, la falta de desarrollo de la función directiva ha justificado que esa zona gris entre la relación puramente política y la relación de empleado público se haya rodeado de confusión y, claro está, se haya acabado de situar en el marco del régimen jurídico más sencillo que, sin duda, es el de eventual porque como se acaba de ver no tiene más requisito ni fundamento que la confianza política y sin que resulten de aplicación los elementos centrales del empleo público (mérito y capacidad) y los de carácter instrumental (publicidad, concurrencia, etc....).

Este decantamiento por la relación de eventual tampoco puede considerarse clara ni siquiera en su formalización que, claro está, se ha llevado a contratos de cualquier orden lo que ha justificado una amplia jurisprudencia social cuando trata de delimitar las relaciones jurídicas de este personal directivo.⁶

⁵ STS de 20 de julio de 2011. Analiza, precisamente, la designación de un alto cargo de una entidad dependiente del Ayuntamiento en el marco de la confianza profesional y señala que <<...El contenido del puesto de gerente, según señala la sentencia, incluye funciones de carácter permanente y continuado que inciden directa y habitualmente en la prestación del servicio e impiden asignarlo a personal eventual, pues el cometido de éste, según el artículo 104.2 de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local, es prestar una función de confianza o asesoramiento a la autoridad y no desempeñar las que están reservadas a funcionarios. El hecho de que algunos de los cometidos previstos en el artículo 21.2 de los Estatutos del Consorcio – desarrollar la gestión económica, proponer las reformas, elaborar proyectos o planes de actuación, elaborar la memoria-- le parezcan al escrito de interposición de carácter no técnico no es determinante, ya que, sin perjuicio de la calificación que merecen esas concretas tareas, lo decisivo es el conjunto de las que se le encomiendan. Su consideración nos lleva a coincidir con el parecer de la Sala de Valencia y con el escrito de oposición. Incluso las que el recurrente menciona a título de ejemplo y acabamos de indicar exceden claramente de las funciones de asesoramiento o confianza propias del personal eventual.

El carácter eminentemente técnico de esos cometidos impide entender amparada en este punto la Relación de Puestos de Trabajo por el artículo 176.3 del Real Decreto 781/1986 según el cual este personal eventual puede desempeñar puestos de carácter directivo. Hay que tener en cuenta que ese artículo comienza diciendo que el personal eventual se rige por el artículo 104 de la Ley reguladora de las bases del régimen local. Por tanto, sigue distinguiéndose por esas notas de confianza y asesoramiento que impiden confiarles puestos esencialmente gestores como éste.

A la misma conclusión hay que llegar a propósito del segundo motivo de casación y de los puestos de secretario y de jefe de la oficina presupuestaria a la vista de las funciones que les corresponden y las propias de los funcionarios con habilitación de carácter nacional según el Real Decreto 1174/1987 y las otras normas alegadas en el escrito de oposición...>>.

⁶ Un ejemplo de lo anterior puede encontrarse en la STSJ de Extremadura de 23 de julio de 2012 (Social) en la que se señala que <<.... En primer lugar, se invoca la incompetencia de la jurisdicción social para conocer de las pretensiones ejercitadas de

contrario: acción de despido ejercitada por un empleado público ligado a la Mancomunidad que representa a la fecha de ejercicio de la acción por una relación funcional de personal eventual de confianza. La Mancomunidad es una Administración Pública, conforme a lo establecido en el art. 2 de la Ley 30/1992 (RCL 1992, 2512 , 2775 y RCL 1993, 246) , de RJAP y PAC (citando el art. 4 de la Ley de Mancomunidades y entidades locales menores de Extremadura Ley 17/2010, de 22 de diciembre (LEXT 2010, 453)). El demandante, según reconoce en los hechos primero y segundo de la demanda, ha venido prestando servicios para la demandada en virtud de un contrato de fecha 1 de enero de 2009 realizado como empleado público en calidad de personal eventual de confianza. Esta contratación se lleva a cabo por decisión del anterior Presidente de la Mancomunidad, D. Juan Luis , quien en la Asamblea General de la Mancomunidad celebrada el 11 de diciembre de 2008, esto es, varios días antes de finalizar el contrato de trabajo temporal del actor, propuso a la Asamblea el nombramiento de Gerente a favor de D. Eulalio , como personal eventual de su estricta confianza. Y así por Decreto del Presidente de fecha 31 de diciembre de 2008 (folio 204) se nombró como personal eventual para el puesto de Gerente de la Mancomunidad al actor, en régimen de dedicación exclusiva y con carácter de personal eventual. En cumplimiento de lo dispuesto en el art. 104.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril (RCL 1985, 799 y 1372) , Reguladora de las Bases de Régimen Local , dicho Decreto fue publicado en el BOP nº 14 de 22 de enero de 2009 (folio 205). En el contrato de trabajo suscrito con el actor el 1 de enero de 2009, se hace expresa mención en el apartado "cláusulas adicionales" a que dicha contratación se efectúa "según resolución de la Presidencia de fecha 31 de diciembre de 2008", esto es, con carácter de personal eventual de confianza (folio 206). El marco de esa contratación, lo encontramos en el art. 8 del Estatuto Básico Público Ley 7/2007, de 12 de abril (RCL 2007, 768) y el art. 12. El cargo de Gerente del actor encaja perfectamente en la definición de empleado público, puesto que el actor ha venido desempeñando funciones retribuidas en la Administración Pública y al servicio de intereses generales. Por ello, considera evidente que concurre la excepción de incompetencia de jurisdicción denunciada, siendo la jurisdicción competente para conocer de las pretensiones del actor la jurisdicción contencioso-administrativa. Cita la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2011 (RJ 2012, 532) , y del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 15 de marzo de 1996 (AS 1996, 1184) . Denuncia la infracción en la sentencia de instancia de dicha doctrina jurisprudencial que ha rechazado la competencia del orden jurisdiccional social cuando la relación vigente en el momento de ejercitar la acción, en este caso de despido, deriva de un nombramiento como funcionario, puesto que la respuesta que se dé a la pretensión ejercitada hace ineludible resolver sobre la validez de la relación funcional, para lo cual no es competente este orden jurisdiccional social y sí el contencioso-administrativo, como resulta del art. 9 de la LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) y las SSTs de 20-4-92 (RJ 1992, 7657) , 27-2-96 , 12-6-96 (RJ 1996, 5063) , 16-7-96 , 22-11-96 , 27-1-97 (RJ 1997, 634) y 15-12-97 (que tratan de funcionarios interinos, pero trasladable a los eventuales como se desprende del STSJ de Madrid rec. 1153/2006 y 6158/2005 , de Cataluña rec. 1873/2001, Galicia rec. 410/2000 (AS 2000, 507) y País Vasco de 4 de marzo de 2008. También cita las sentencias de esta Sala nº 757/1993 y 548/1996 (AS 1996, 2740) , que declaran la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo en dos asuntos idénticos al aquí planteado.

Pues bien, primeramente hemos de dejar sentado que la doctrina de las Salas de lo Social de las Comunidades Autónomas no constituyen jurisprudencia, pues esta, como fuente complementaria del ordenamiento jurídico, está reservada por el artículo 1.6 del Código Civil (LEG 1889, 27) a la doctrina que, de modo reiterado, establece el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho, y por el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635) a la interpretación que de los preceptos constitucionales resulta de las resoluciones del Tribunal Constitucional, por lo que esta Sala no está vinculada por las sentencias de las Salas mencionadas.

En cuanto a la cuestión planteada, la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de octubre de 2011 (RJ 2012, 532) , citada por la recurrente viene a sostener que "Esta Sala IV del Tribunal Supremo ha mantenido con reiteración que la delimitación del ámbito laboral y el administrativo se mueve en zonas muy imprecisas, debido a la idéntica alineación de las facultades para el trabajo, y, ante ello, el art. 3 a) del ET (RCL 1995, 997) ha permitido interpretar que el criterio diferenciador ese halla en la normativa reguladora de la relación, y no en la naturaleza del servicio prestado. Pero, para ello, se hace preciso que el bloque normativo que rige la relación entre las partes, con destrucción de la presunción de laboralidad establecida en el art. 8.1 ET , implique una evidente exclusión del orden social.

De ahí que haya de admitirse la competencia cuando se aprecia la irregularidad de la contratación, pues las Administraciones públicas no están exentas de la posibilidad de actuar como empleadores sometidas a la legislación laboral y no pueden, por la vía de tales irregularidades, eludir las disposiciones de ese marco normativo.

En este sentido, en las STS de 22 de enero de 2008 (RJ 2008, 2774) (rcud. 4282/2006) y 14 de octubre de 2008 (RJ 2008, 7382) (rcud. 614/2007) , si bien para un caso en que se trataba de analizar la legalidad de la contratación administrativa para servicios específicos, se entendió que, pese a la contratación efectuada bajo la formalidad administrativa, el contenido de la relación era propio de una contratación laboral y no de una contratación administrativa de conformidad con la definición de contrato de trabajo que se contiene en el art. 1.1 del ET ."

En el presente caso, la sentencia de instancia viene a considerar que la relación entre las partes es mucho más antigua que la relativa al último contrato de fecha 1-01-2009 en el que fue nombrado personal eventual de confianza, y que comienza el 1-09-2004, fecha en que las partes celebran un primer contrato por obra o servicio determinado en el que el actor desempeña las mismas funciones de Gerente que en la actualidad, para la Mancomunidad (si bien con otra denominación), sin que se hubiera cuestionado el carácter laboral del primer contrato. Viene a considerar que ese primer contrato fue celebrado en fraude de ley y que por ello la relación laboral del actor es indefinida. A ello añade que, el segundo contrato celebrado debe analizarse valorando las circunstancias que motivaron su celebración, considerando que se celebró tras un debate en que la Asamblea

Estas consideraciones están claramente expuestas en la STSJ de Andalucía de 30 de enero de 2013 que realmente realiza un desarrollo en clave histórica y jurisprudencial que refuerza los planteamientos expuestos. En concreto, la Sentencia señala que <<...Pero partiendo del inalterado retrato histórico de la sentencia combatida, desde las elecciones municipales de 27-5-2007, pasó el 4-7-2007 al Instituto Municipal de Dinamización Ciudadana, como personal laboral y como eventual de confianza, y como razona la sentencia de Instancia, El artículo 89 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local dispone que: "El personal al servicio de las entidades locales estará integrado por funcionarios de carrera, contratados en régimen de derecho laboral y personal eventual que desempeña puestos de confianza o asesoramiento especial." y el artículo 104. 2 respecto a

General de la Mancomunidad Integral de Servicios Lacara Sur del día 11 de diciembre de 2008, en el que se trata la renovación en su puesto de trabajo del actor y tras las diferentes opiniones que en el mismo se plantearon y ante la posibilidad de que se pudieran consolidar derechos laborales y con el fin de evitarlo se optó por la fórmula del personal eventual de confianza. La recurrente no viene a combatir en este recurso ninguna de tales consideraciones, ni la de que el primer contrato fue en fraude de ley, ni la de que el segundo contrato se celebró también de forma fraudulenta para eludir la aplicación de la normativa que sería de aplicación, con objeto de que el actor no pudiera consolidar derechos laborales. En tales consideraciones, debemos estar a lo dispuesto en el art. 6.4 del Código Civil en cuanto dispone que "4. Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de Ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.", esto es, considerar que estamos ante una relación laboral común u ordinaria, y teniendo en cuenta el fraude de ley, considerar que el actor tiene una relación laboral indefinida. Y es que esta Sala también ha venido declarando en [sentencia de fecha 8 de abril de 2008 \(JUR 2008, 180344\)](#) que "Con ello, nos podemos quedar con lo que ya expusimos en la [sentencia de esta Sala de 17 de diciembre de 1993 \(AS 1993, 5144\)](#) , Recurso de Suplicación 737/1993 , resaltando su ratio decidendi, que era la siguiente: "Ante la dificultad práctica de distinguir la relación administrativa de la laboral cuando no se trata de los denominados funcionarios de carrera, más cuando existe una relación de servicios personales que pueden prestarse con una u otra vinculación y sin que, como sucede aquí, exista una cláusula contractual que expresamente estipule la naturaleza administrativa o laboral, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por ejemplo en S. 17-3-1989 , ha atendido como elemento diferenciador a la ley o norma que ampare la contratación, habiendo declarado también con reiteración que lo que fundamentalmente determina la adscripción al área de contratación administrativa, con exclusión de la laboral, no es la naturaleza del servicio prestado, sino la existencia de una normativa con rango de ley que la autorice y su sometimiento a la misma". Tomando en consideración dichos razonamientos y citando en el mismo sentido que ahora se resuelve la sentencia de esta misma Sala de 24 de septiembre de 1992 (AS 1992, 4244) (Recurso de Suplicación 433/1992) , en el supuesto examinado, pese a lo que el Pleno del Ayuntamiento acordara, lo cierto es que las partes, posteriormente, lo que formalizaron fue un contrato laboral, sin que ni tan siquiera conste que el inicial nombramiento adoptado en Sesión Plenaria del día 14 de julio de 2003 le fuera notificado al demandante, ni que este tomara posesión de su cargo, sino que simplemente el día 18 de julio de 2003 las partes suscriben contrato de trabajo de la naturaleza indicada, lo cual desde luego no lo convierte en un contrato administrativo. La naturaleza laboral de la relación queda confirmada por los actos posteriores, por si no era suficiente con el tenor del negocio jurídico indicado (artículo 1.281 y 1.282 del Código Civil), en la ejecución o devenir del mismo, en el que se confeccionan los correspondientes recibos de salario, como Encargado de Obra, todo ello sin perjuicio de los errores sufridos por tal Corporación, tal y como se extrae de los informes que obran en su ramo de prueba. Con dichos hechos no podemos considerar que lo que existe es un nombramiento administrativo para cargo de confianza, por mucho que sus retribuciones se hayan satisfecho con cargo a la dotación presupuestaria para ello prevista, pues el consentimiento que las partes finalmente otorgaron lo fue para un contrato de trabajo de naturaleza temporal para obra o servicio determinado, lo que se contrapone al tenor de los artículos 89 y 104 de la Ley de Bases de Régimen Local , Ley 7/1985, de 2 de abril (RCL 1985, 799, 1372) . En todo caso, tal y como se ha pronunciado el Tribunal Supremo, Sala de lo Social, en sentencia de 26 de julio de 1.999 (RJ 1999, 7222) , aún para los supuestos de contratos administrativos formalmente amparados en el Real Decreto 1465/1985 (RCL 1985, 2096) , citando sentencias anteriores: «1) El art. 1.3.a) del ET (RCL 1995, 997) excluye del régimen laboral las relaciones del personal de las Administraciones Públicas que se regulen por normas de Derecho administrativo al amparo de una Ley; 2) esta exclusión permite en principio romper la presunción de laboralidad de las relaciones de servicios establecida en el art. 8.1 del ET , y con ella la atribución de competencia al orden social de la jurisdicción; 3) ahora bien - excepción de la excepción- el art. 8.1 del ET recupera su virtualidad cuando la contratación administrativa se ha efectuado al amparo de una Ley, pero con flagrante desviación del cauce legal previsto; 4) es esto lo que sucede en supuestos en que la contratación administrativa se acoge formalmente al RD 1465/1985 (RCL 1985, 2096) sobre trabajos específicos, pero el trabajo efectivamente prestado consiste en servicios genéricos sin sustantividad propia; y 5) el conocimiento de los litigios surgidos en estas relaciones de servicios, en las que se aprecia a simple vista un desajuste entre la realidad de los hechos y la norma legal de amparo, corresponde a la jurisdicción social». No debemos olvidar que tras el nombramiento analizado, lo que formalizan las partes es un contrato laboral de naturaleza temporal, en la modalidad de obra o servicio determinado."

los mismos señala que " El nombramiento y cese de estos funcionarios es libre y corresponde al Alcalde o al Presidente de la entidad local corresponde. Cesan automáticamente en todo caso cuando se produzcan el cese o expire el mandato de la autoridad a la que presten su función de confianza o asesoramiento."

Finalmente el [Artículo 8.2](#) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público , prevé respecto al personal que presta servicio para las administraciones públicas que "Los empleados públicos se clasifican en:

- a) Funcionarios de carrera.
- b) Funcionarios interinos.
- c) Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal.
- d) Personal eventual ", y en el artículo 12 define a este último diciendo que: "Es personal eventual el que, en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, sólo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial, siendo retribuido con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este fin .".

Sentado lo anterior debe señalarse que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en [sentencia de 23 de Mayo del 2008 \(RJ 2008, 5319\)](#) ha señalado: "(..) conviene hacer una referencia al concepto y naturaleza del llamado personal eventual, que venía definido en el art. 20.1 de la [Ley 30/84 \(RCL 1984, 2000 , 2317 y 2427\)](#) y que ha sido derogado por la Ley 7/2007, de 12 de abril por la que se aprueba el Estatuto básico del empleado público, no aplicable a la fecha de los hechos pero que lo define de manera similar como "el que, en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, **sólo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial, siendo retribuido con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este fin**".

A ese respecto, en la [sentencia de 4 de julio de 2007 \(cas. nº 3492/2002 \(RJ 2007, 6621\) \)](#), recoge que: «El artículo 20.2 de la LMRFP , que tiene carácter básico según dispone el artículo 1.3 de dicha Ley , asigna al personal eventual las funciones "expresamente calificadas de confianza y asesoramiento especial " y la LBRL hace esa misma asignación en su artículo 89 .

Esos preceptos deben aplicarse e interpretarse simultáneamente con el artículo 15.1.f) de la Ley 30/1984 y esto produce como resultado **que no puedan ser identificadas con aquellas funciones de confianza y asesoramiento** los cometidos que, como ocurre en el puesto litigioso, encarnan tareas de carácter permanente **dentro de la organización administrativa del Ayuntamiento. Y** la sentencia de esa misma Sala de [17 de Marzo del 2005 \(RJ 2005, 3420\)](#) señala respecto a las funciones que le corresponden al personal eventual lo siguiente: "...Todo lo cual pone de manifiesto que se trata de tareas de colaboración inmediata con quienes ostentan el poder de superior decisión política, en las que predominan las notas de afinidad y proximidad política que es inherente a la "confianza " (sic); y al no realizar la actora desde esa fecha tareas de "confianza y asesoramiento especial", no estamos ante personal eventual de confianza, sino de un contrato laboral, estableciendo la LJRS, art. 1, que los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho, tanto en su vertiente individual como colectiva, incluyendo aquéllas que versen sobre materias laborales y de Seguridad Social, así como de las impugnaciones de las actuaciones de las Administraciones Públicas realizadas en el ejercicio de sus potestades y funciones sobre las anteriores materias y en su art. 2.a que

los órganos jurisdiccionales del orden social, por aplicación de lo establecido en el artículo anterior, conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo y del contrato de puesta a disposición, con la salvedad de lo dispuesto en la Ley 22/2003, de 9 de julio (RCL 2003, 1748) , Concursal ; y en el ejercicio de los demás derechos y obligaciones en el ámbito de la relación de trabajo, procediendo por tanto la desestimación del motivo examinado, y del Recurso, dando a lo consignado el destino legal, una vez firme esta resolución...>>.

2.- La Ley de Racionalización y sostenibilidad de la Administración Local

En el contexto al que nos acabamos de referir se produce la publicación de la LRSL que incide en el régimen jurídico de las entidades locales y del personal al servicio de las mismas.

La incidencia no está demasiado explícita en la Exposición de Motivos de la Ley que únicamente se refiere a las líneas estratégicas de la reforma y señala que <<...Con este propósito se plantea esta reforma que persigue varios objetivos básicos: clarificar las competencias municipales para evitar duplicidades con las competencias de otras Administraciones de forma que se haga efectivo el principio «una Administración una competencia», racionalizar la estructura organizativa de la Administración local de acuerdo con los principios de eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera, garantizar un control financiero y presupuestario más riguroso y favorecer la iniciativa económica privada evitando intervenciones administrativas desproporcionadas....>>

Con estas referencias podríamos decir que realmente lo que establece la LRSL es la vinculación con el objetivo central de la estabilidad económica que realmente es el que está en la matriz del sistema y del que la racionalización de estructuras es, claro está, un elemento instrumental.

Pero más allá de la conexión con el objetivo central podemos intentar analizar la sistemática de la reforma sobre la base de los siguientes elementos:

A) Limitación del número o el coste de los eventuales en Ayuntamientos y Entidades Locales

A esta cuestión se refiere el artículo 104.bis sobre la base de los siguientes desarrollos:

- Los Municipios de población entre 2.000 a 5.000 habitantes podrán excepcionalmente contar con un puesto de trabajo cuya cobertura corresponda a personal eventual cuando no haya miembros de la corporación local con dedicación exclusiva.
- Los Ayuntamientos de Municipios con población superior a 5.000 y no superior a 10.000 habitantes podrán incluir en sus plantillas puestos de trabajo de personal eventual por un número que no podrá exceder de uno.
- Los Ayuntamientos de Municipios con población superior a 10.000 y no superior a 20.000 habitantes podrán incluir en sus plantillas puestos de trabajo de personal eventual por un número que no podrá exceder de dos.
- Los Ayuntamientos de Municipios con población superior a 20.000 y no superior a 50.000 habitantes podrán incluir en sus plantillas puestos de trabajo de personal eventual por un número que no podrá exceder de siete.

- Los Ayuntamientos de Municipios con población superior a 50.000 y no superior a 75.000 habitantes podrán incluir en sus plantillas puestos de trabajo de personal eventual por un número que no podrá exceder de la mitad de concejales de la Corporación local.
- Los Ayuntamientos de Municipios con población superior a 75.000 y no superior a 500.000 habitantes podrán incluir en sus plantillas puestos de trabajo de personal eventual por un número que no podrá exceder del número de concejales de la Corporación local.
- Los Ayuntamientos de Municipios con población superior a 500.000 habitantes podrán incluir en sus plantillas puestos de trabajo de personal eventual por un número que no podrá exceder al 0,7 por ciento del número total de puestos de trabajo de la plantilla de las respectivas Entidades Locales, considerando, a estos efectos, los entes que tengan la consideración de Administración pública en el marco del Sistema Europeo de Cuentas.

La simple constatación **de los criterios utilizados** en los apartados anteriores nos permite indicar que realmente el criterio del legislador no es uniforme y que, siendo predominante la referencia al número de habitantes, dicho criterio se vincula en unos casos al número de personas que componen la organización o al número de personas que tienen dedicación exclusiva en la misma.

Finalmente y para los ayuntamientos de más de 500.000 habitante se rompe el criterio puramente numérico para centrarse en el de gasto – referido a la propia plantilla- de forma que el gasto total de aquellos no pueda exceder del 0,7 del número total de puestos de la plantilla.

B) Limitaciones en el ámbito de las Diputaciones Provinciales, Cabildos y demás entidades locales diferenciadas.

Se refiere a esta cuestión el apartado **2 del propio artículo 104 bis** cuando señala que <<...2. El número de puestos de trabajo cuya cobertura corresponda a personal eventual en las Diputaciones provinciales será el mismo que el del tramo correspondiente a la Corporación del Municipio más poblado de su Provincia. ..>>. Se fija aquí un criterio único: número de habitantes del municipio de mayor población de los que componen la respectiva provincia. Es cierto que aunque el criterio es único el resultado no lo es porque se remite a la escala general que determina el número en función, precisamente, del criterio poblacional.

Por lo que se refiere a los Consejos y Cabildos insulares se fija un criterio que diferencia según que **la isla tenga más o menos de 800.000 habitantes**. Si la Isla tiene más de 800.000 habitantes se reduce en 2 respecto del número actual de miembros del cabildo y en las de menos de 800.000 habitantes, el 60 % de los cargos electos en cada Cabildo o Consejo Insular

Por último, **el resto de Entidades Locales o de sus organismos dependientes** no podrán incluir en sus respectivas plantillas, puestos de trabajo cuya cobertura corresponda a personal eventual.

En relación con la aplicación de este precepto debe tenerse en consideración que

C) Asignación funcional

La nueva regulación no solo afecta al régimen numérico del personal eventual del que pueden disponer las entidades locales sino también de su contenido funcional.

De esta forma y como regla, el personal eventual tendrá que **asignarse a los servicios generales de las Entidades Locales en cuya plantilla aparezca consignado.**

Esta regla se completa con una referencia excepcional a que podrán asignarse, con carácter funcional, a otros de los servicios o departamentos de la estructura propia de la Entidad Local, **si así lo reflejare expresamente su reglamento orgánico.**

La delimitación funcional que se propone no aparece, desde luego, que responda simétricamente a lo que hemos postulado ya que si se trata de confianza o asesoramiento especial la conexión con los servicios generales resulta, cuando menos, superflua ya que la conexión funcional lo es por razón de la materia y no del tipo de servicios.

Es probable, eso sí, que el legislador sea consciente de la realidad a la que nos venimos refiriendo y como consecuencia la fórmula no puede considerarse ni mínimamente cerrada.

D) Régimen de transparencia

Las Corporaciones locales publicarán semestralmente en su sede electrónica y en el Boletín Oficial de la Provincia o, en su caso, de la Comunidad Autónoma uniprovincial el número de los puestos de trabajo reservados a personal eventual.

El Presidente de la Entidad Local informará al Pleno con carácter trimestral del cumplimiento de lo previsto en este artículo.

E) Régimen de aplicación

El régimen general de carácter aplicativo se encuentra en la Disposición Transitoria décima conforme al siguiente esquema:

Según este régimen:

- Entidades Locales que cumplan con los requisitos de estabilidad y deuda pública y que, además, no superen en más de 30 días el plazo máximo previsto para la morosidad.

No se les aplicara el régimen previsto en los artículos 75 bis (Régimen retributivo) y ter (Limitación del número de eventuales) y 104 bis de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local hasta el 30 de junio de 2015.

El cumplimiento de los requisitos previstos en el apartado anterior, será verificado por la Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, que, en virtud de la información comunicada por las Entidades Locales al mencionado Ministerio, publicará una lista de las Entidades Locales que cumplen los requisitos previstos en el apartado anterior.

La excepción prevista en esta disposición podrá aplicarse a las Entidades Locales que cumplan con los requisitos mencionados en el apartado primero en el momento de la entrada en vigor de esta Ley y se mantendrá su aplicación hasta el 30 de junio de 2015 en tanto sigan cumpliendo los requisitos mencionados.

En ningún caso, las Entidades Locales en las que concurran los requisitos a los que se refiere esta disposición, podrán incrementar el número total de puestos de trabajo de personal **eventual** o cargos públicos con dedicación exclusiva respecto al que disponían a 31 de diciembre de 2012.

- Resto de entidades locales

Se establece la aplicación directa de la LRSL, esto es, el 31 de diciembre de 2013 conforme determina la Disposición final Sexta de la misma.

La conclusión de la regulación que acabamos de examinar nos permite entender verificado el planteamiento inicialmente expuesto, esto es, que se trata de una racionalización de las estructuras cuyo sentido no es orgánico sino únicamente centrada en la perspectiva del gasto estructural. Desde la perspectiva de lo que aquí se analiza deja en el aire la utilización del personal eventual para los denominados puestos de confianza de carácter no político sino profesional a la que hemos aludido en el apartado anterior.

La única referencia que podemos encontrar en relación con ese régimen jurídico es la relativa a la ubicación funcional en el ámbito de los servicios generales y solo de forma excepcional y con autorización o constatación en el correspondiente reglamento orgánico en el ámbito del resto de áreas funcionales.

3.- Función Directiva

En los apartados anteriores ha quedado claro que la figura del eventual cubre un hueco que en la legislación general queda en evanescente núcleo de la relación de alto cargo que, ciertamente, salvo su determinación de que se trata de una relación de derecho público apenas tiene referencias generales que expliquen o conformen la relación jurídica en cuestión.

El problema es, claro está, la indefinición y la falta de modelo en lo que es la función directiva en el ámbito de las Administraciones Públicas.

3.1. Modelo general

Una de las características centrales del EBEP es que no impone un modelo de directivos. Se limita a indicar en el artículo 13 – al que ya nos hemos referido – que determinados órganos ejecutivos pueden establecer un sistema de directivos sin precisar que se trate de una determinación obligatoria.

En consecuencia podemos decir que la introducción de un modelo de directivos, desde una perspectiva legal, no es obligatoria si no que es fruto de la decisión de política pública basada en la necesidad de la racionalización de los propios modelos de gestión. La decisión sobre el establecimiento de este sistema es pues una decisión libre de aquellas organizaciones que consideran que pueden servir mejor al objetivo público con esta forma de organización.

Sin lugar a dudas es este el marco más deseable para conseguir la implementación de un sistema de directivos con carácter general ya que nuestra tradición histórica-organizativa ha ofrecido una clara resistencia a este tipo de configuración por lo que sin el establecimiento de una obligación legal expresa es muy probable que las inercias y los medios a un sistema de dirección pública predominen sobre cual otra consideración.

Es cierto, sin embargo, que esta es una consideración personal sin más fundamento que la inercia histórica por lo que sería injusto no dejar, en este momento, un cierto margen de duda para comprobar si era una previsión injustificada o un medio premonitorio sin fundamento. El tiempo determinará, por tanto, si era suficiente con un modelo potestativo o

si el verdadero impulso de la gestión pública en este ámbito justificaba una determinación de mayor fuste.

Lo que si es cierto, desde una perspectiva general del modelo, es que la no introducción de un sistema de dirección pública dentro del EBEP no tiene esquema alternativo de forma que, por tanto, solo cabrá la proyección organizativa que deriva directamente del artículo 98 y 103 de la CE de forma que la función directiva alcanzará de hecho a quienes ostentan la condición de gobierno y quienes desarrollan o se encuentran en la Administración en su condición de funcionarios públicos. Ente los dos estratos (políticos y funcionarios) se plasmará la función directiva con la tendencia evidente a que exista un predominio claro de los primeros sobre los segundos.⁷

Podemos, por tanto, indicar que del EBEP se proyectan, por tanto, un conjunto de Administraciones configuradas en dos o tres tramos. En dos tramos (políticos- funcionarios) si por la respectiva Administración no se introduce un sistema de dirección pública y en tres tramos (políticos- directivos-funcionarios) cuando en el ejercicio de la potestad que conforma el artículo 13 del EBEP se haya decidido – en los términos a los que inmediatamente aludiremos- el establecimiento de un sistema de directivos públicos.

En todo caso hay que insistir en que los términos de esta disociación, desde la perspectiva del EBEP, no aparecen prejuzgados dejando, por tanto, a las respectivas Administraciones en el ejercicio de su potestad de organización la determinación de su propia estructura y, como inmediatamente veremos, su propia extensión.

A partir de esta determinación podemos indicar que el establecimiento o no de un sistema de directivos públicos es una decisión que el EBEP deja en manos de la propia Administración y de su forma de organización. Será la mayor o menor concienciación de la respectiva Administración en la gestión pública, en la necesidad de dirección de la misma la que establezca cuando y qué modelo de función directiva se debe plantear y cuando es preciso instaurarlo.

En síntesis podemos insistir en que la decisión de creación de un sistema de directivos públicos es una decisión organizativa y de decisión política. El ejercicio de esta facultada puede ser completamente libre o, por el contrario, puede ser limitada o “acotada” por las normas de desarrollo aunque para analizar esta determinación es necesario analizar la potestad de establecimiento.

3.2.- Titular de la potestad de establecimiento

Aunque el modelo constitucional, en el plano territorial, se conforma sobre la base de tres instancias territoriales, el EBEP no ha tratado a todas ellas por igual en lo que se refiere a su madurez y capacidad de organización y ha centrado en dos las instancias a que se refiere.

Así lo demuestra el artículo 13 del EBEP cuando señala que <<...El Gobierno y los Órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas podrán establecer, en desarrollo de este Estatuto, el régimen jurídico específico del personal directivo así como los criterios para determinar su condición...>>.

⁷ Cordero Saavedra. L. Altos cargos de la Administración universitaria: su delimitación y peculiaridades. Actualidad Administrativa. Núm. 44. Noviembre-diciembre- 1996.

Es claro, por tanto, que solo el Gobierno – en el ámbito de la AGE- y las Comunidades Autónomas (en su ámbito y en el de las Administraciones Locales) son los llamados legalmente a establecer la existencia de un sistema de directivos públicos. Este Estatuto podrá, a su vez, configurar el sistema de directivos como de conformación obligatoria o potestativa estableciendo así una segunda decisión de organización que condicione la aplicación del sistema. Realmente es bastante probable que esta segunda condición se cumpla ya que es bastante posible que la regulación determine algunas pautas de aplicación que realmente condicionen el modelo.

Por lo que al Gobierno se refiere podemos indicar que realmente lo que hace el artículo 13 del EBEP es una auténtica deslegalización para que sea el Real Decreto el que pueda fijar la función directiva. Los términos de esta deslegalización son más que complejos ya que realmente el alcance de la reserva de ley en materia de función pública y de determinación tiene un alcance nada menor y, por tanto, sobrevolara sobre el Estatuto del Personal Directivo siempre que afecte o pretiera algunas de las cuestiones que el propio Tribunal Constitucional había indicado como estrictamente reservadas a ley. Incluimos en este grupo y de una forma significativa, el sistema de reclutamiento y la capacidad de fijar libremente sistemas de tal.⁸ No obstante, se trata de una cuestión que podemos solventar sobre la base del cumplimiento o no de los principios legales que determinan la existencia de esta figura. Si conviene recordar el alcance de la reserva de ley cuando señala que <<...Sentencia Tribunal Constitucional núm. 99/1987 (Pleno), de 11 junio Recurso de Inconstitucionalidad núm. 763/1984.

RTC 1987\99 en la que señala que <<...**Es éste, desde luego, un ámbito cuyos contornos no pueden definirse en abstracto y a priori, pero en el que ha de entenderse comprendida, en principio, la normación relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones de promoción en la carrera administrativa y a las situaciones que en ésta puedan darse, a los derechos y deberes y responsabilidad de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración, en su caso, de Cuerpos y Escalas funcionariales y al modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones Públicas, pues habiendo optado la Constitución por un régimen**

⁸ En este sentido señala la Sentencia que <<... a) El primer argumento o alegato de los recurrentes se refiere a la inobservancia de la reserva de Ley y por la disposición impugnada. Al respecto, se debe comenzar por observar que en el Art. 103.3 de la Constitución se establece, efectivamente, una reserva para la regulación por Ley de diversos ámbitos de la Función Pública, entre los que se cuenta el «Estatuto de los funcionarios públicos». Esta materia queda, así, sustraída a la normación reglamentaria, mas no en el sentido de que las disposiciones del Gobierno no puedan, cuando así lo requiera la Ley, colaborar con ésta para complementar o particularizar, en aspectos instrumentales y con la debida sujeción, la ordenación legal de la materia reservada, pues esta colaboración que, en términos de política legislativa, habrá de resultar pertinente en muchos casos, no será contradictoria con el dictado de la Constitución cuando la remisión al reglamento lo sea, estrictamente, para desarrollar y complementar una previa determinación legislativa. En este ámbito, por lo tanto, habrá de ser sólo la Ley la fuente introductora de las normas reclamadas por la Constitución, con la consecuencia de que la potestad reglamentaria no podrá desplegarse aquí innovando o sustituyendo a la disciplina legislativa, no siéndole tampoco posible al legislador disponer de la reserva misma a través de remisiones incondicionadas o carentes de límites ciertos y estrictos, pues ello entrañaría un desapoderamiento del Parlamento en favor de la potestad reglamentaria que sería contrario a la norma constitucional creadora de la reserva. Incluso con relación a los ámbitos reservados por la Constitución a la regulación por Ley no es, pues, imposible una intervención auxiliar o complementaria del reglamento, pero siempre -como se dijo en el fundamento jurídico 4.º de la STC 83/1984, de 24 de julio (RTC 1984\83)- que estas remisiones «sean tales que restrinjan, efectivamente, el ejercicio de esa potestad (reglamentaria) a un complemento de la regulación legal, que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley», de tal modo que no se llegue a «una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir».

estatutario, con carácter general, para los servidores públicos (arts. 103.3 y 149.1.18), habrá de ser también la Ley la que determine en qué casos y con qué condiciones puedan reconocerse otras posibles vías para el acceso al servicio de la Administración Pública. Las normas que disciplinen estos ámbitos serán, en el concepto constitucional, ordenadoras del Estatuto de los funcionarios públicos, pues todas ellas interesarán directamente a las relaciones entre éstos y las Administraciones a las que sirven, configurando así el régimen jurídico en el que pueda nacer y desenvolverse la condición de funcionario y ordenando su posición propia en el seno de la Administración. Esta normación, en virtud de la reserva constitucional a la que se viene haciendo referencia, habrá de ser dispuesta por el legislador en términos tales que, de conformidad con lo antes observado, sea reconocible en la Ley misma una determinación material suficiente de los ámbitos así incluidos en el Estatuto funcional, descartándose, de este modo, todo apoderamiento explícito o implícito a la potestad reglamentaria para sustituir a la norma de Ley en la labor que la Constitución le encomienda. Si estos límites se respetan no podrá decirse inconstitucional la remisión legal al Reglamento, según ya se apuntó por este Tribunal en el fundamento jurídico 6.º de su Sentencia 57/1982 (RTC 1982\57). Se trata, pues, de apreciar si en los concretos preceptos de Ley que se impugnan se ha incurrido o no, por referencia a esta reserva constitucional, en la «deslegalización encubierta» que denuncian los recurrentes...>>.

Desde esta posición podemos, por tanto, indicar que la opción del legislador del EBEP ha sido la de considerar que únicamente existen dos titulares de la potestad de regulación: el Gobierno del Estado y los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas. No obstante esto y teniendo en cuenta el principio de autonomía de organización y funcionamiento que trata de establecer el artículo 3 del EBEP como límite a la regulación local podría articularse el triple nivel de decisión en el establecimiento siempre que la normativa autonómica así lo establezca.

Esto nos permite una primera aproximación a la titularidad indicando que:

- El Gobierno de la Nación puede establecer una regulación que afecte a la Administración General del Estado y a las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla.

Esta regulación puede y debe afectar no solo a la Administración General sino a los organismos públicos vinculados y dependientes. A esta conclusión llegamos por una de las referencias a las que posteriormente nos referiremos pero que no hay inconveniente en anticipar en este momento y que no es otra que la indeterminación de la naturaleza jurídica de la relación sobre la que recae lo que realmente permite entender que afecta a quienes ostentan una relación de Derecho público o de Derecho privado.

- Los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas.

La atribución a los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas de la facultad de fijar un estatuto de la función directiva supone, de antemano, la opción por un modelo heterogéneo y propio de cada Comunidad Autónoma lo que realmente supone, por un lado, 17 modelos potenciales correspondientes a las Comunidades Autónomas.

Todos ellos se someten, como única referencia de homogeneización, a los principios que se proyectan desde el artículo 13 del EBEP y que analizamos seguidamente.

Esta regulación tiene, con los matices diferenciales que quiera establecer la respectiva normativa, un ámbito de aplicación coextenso: la propia organización de la Comunidad

Autónoma y la del ámbito local. Los términos en los que se contemple esta referencia no están establecidos pero es evidente que la normativa autonómica puede establecer (o no) una regulación homogénea para la Comunidad Autónoma y las Entidades Locales o, por el contrario, puede establecer una regulación diferenciada entre ambas realidades organizativas. Nada impide en la regulación actual que se proyecta desde el artículo 13 del EBEP que la regulación autonómica sea única o diferente.

3.3.- Principios legales en la determinación

Como indicábamos anteriormente y con la finalidad de que la deslegalización no sea completa y que resulte anulada por el Tribunal Constitucional y, sobre todo, para que el modelo de directivos públicos tenga una cierta coherencia el artículo 13 establece una serie de principios que obligatoriamente deben conformar la regulación que establezcan los titulares de la potestad de organización a los que nos acabamos de referir.⁹

El examen de los citados principios podemos realizarlo en la forma siguiente:

a) Obligación de definición previa de la función directiva profesional

Se refiere a esta obligación de una forma explícita el apartado 1 del artículo 13 del EBP cuando señala que <<...Es personal directivo el que desarrolla funciones directivas profesionales en las Administraciones Públicas, definidas como tales en las normas específicas de cada Administración...>>.

La característica previa es, por tanto, que las normas de organización de la respectiva Administración Pública deben efectuar la calificación previa del estrato directivo profesional de la misma. La no definición no implica que la función deje de existir sino únicamente que quedan en manos de los funcionarios públicos o de los empleados públicos y su cobertura tendrá que realizarse por alguno de los sistemas comunes de provisión de puestos de trabajo y entre empleados públicos únicamente.

De esta forma podemos indicar que la función directiva se conforma como un acto formal de reconocimiento de una determinada función que puede existir como tal al margen del reconocimiento pero que si no es reconocida como tal no forma parte de la estructura de directivos públicos.

b) Criterios determinantes del reclutamiento y alguna referencia a los elementos centrales de la relación jurídica de los directivos públicos.¹⁰

Se contiene en el apartado 2 cuando señala que <<...2. Su designación atenderá a principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad, y se llevará a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia...>>¹¹.

⁹ Villoria Mendieta. M. La capacitación de los directivos públicos en las Administraciones españolas y latinoamericanas. Revista del CLAD. Reforma y Democracia. Núm. 21-octubre 2001.

¹⁰ Longo F. El desarrollo de competencias directiva en los sistemas públicos: una prioridad de fortalecimiento institucional. VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y la Administración Pública. Lisboa. 2002; Losada Marrodan C. Las especificidades de la gestión pública: implicaciones en la función directiva pública. Documentación Administrativa. Núm. 241-242. Enero-Agosto 1997

¹¹ Ferez Fernández M. El sistema de mérito en el empleo público: principales singularidades y analogías respecto del empleo en el sector privado". En Documentación Administrativa Núm. 241-242. enero-agosto. 1995.

El EBEP utiliza una expresión ciertamente ambigua: designación. No alude como es tradicional en la función pública a selección si no que se refiere a designación. La expresión no es, sin duda, inocua y, probablemente, no es, tampoco, algo no querido ya que, como hemos visto, el reclutamiento de los empleados públicos de toda clase y condición se sitúa al borde de la deslegalización inadmisibles en términos de la jurisprudencia constitucional.

Se trata, en todo caso, de una autorización que queda condicionada a que se cumplan los principios constitucionales de mérito y capacidad (ex artículo 103.3. de la CE) y los criterios de idoneidad mediante la utilización de procedimientos que garanticen la publicidad y la concurrencia.

La aplicación de estos principios responde, de un lado, a la propia dinámica constitucional que deriva del artículo 103.3 de la CE y que consagra estos principios, y de otro, a la necesidad de salir al paso de una situación previa configurada, esencialmente, por la falta de transparencia y de concurrencia en la selección del estrato directivo.

Esto nos permite afirmar que la nueva regulación se sitúa en un entorno mucho más sensato y objetivo que la situación previa que, como había analizado detenidamente, Jiménez Asensio, se caracterizaba, precisamente y como queda dicho, por la elusión del principio de publicidad y, eventualmente y por lógica, del de concurrencia.¹²

A partir, por tanto, de los principios y de los criterios podemos indicar que le corresponde a las normas que definen el estatuto de los directivos públicos de cada Administración señalar las pruebas concretas con las que se produce la selección y la consecuencia: la designación. La designación debe completarse con el nombramiento y la toma de posesión que son los títulos jurídicos que habilitan para el ejercicio de la función pública correspondiente. El nombramiento y la designación serán actos independientes o actos, por el contrario, pueden arrancar de la propia norma que regule el cargo en cuestión. Esto ocurrirá, especialmente, cuando el puesto en cuestión esté regulado en normas generales como, por ejemplo, las del gobierno. En síntesis lo que se quiere decir es que, por ejemplo, la designación de un Director General será el propio acto de nombramiento que realice el Consejo de Ministros con independencia de las vicisitudes y del procedimiento que para realizar dicho nombramiento se prevea en la normativa de directivos públicos.

En todo caso nombramiento y toma de posesión son datos esenciales desde una perspectiva jurídica porque marcan el apoderamiento para el ejercicio de las funciones públicas y, además, someten al afectado al régimen especial de responsabilidad penal por los eventuales delitos que afectan exclusivamente a los funcionarios públicos que serán de indudable aplicación.

Desde la perspectiva de las pruebas para obtener el nombramiento podemos indicar que estas pruebas pueden contener, claramente, requisitos y actitudes diferentes en razón a los requisitos de idoneidad que se exijan para cada puesto directivo o para los grupos de puestos. No hay una referencia explícita como suele ser común en las normas de empleo público al tipo de pruebas lo que implica una habilitación para que la respectiva norma determine las mismas o, incluso, que apodere al órgano de selección para concretarlas. Esta habilitación, aunque nada se dice, debe tener como referencia final su carácter objetivo que

¹² Jiménez Asensio. R. Altos cargos y directivos públicos. Un estudio sobre las relaciones entre política y administración en España. 2ª Ed. Oñati. 1998

es uno de los elementos centrales que determinan la posibilidad o la viabilidad de la aplicación de los sistemas de ingreso en la función pública. La línea objetividad-subjetividad es la que determinará lo admisible en este ámbito.

Es cierto, sin embargo, que la idoneidad en relación con el respectivo puesto o grupos de puestos de trabajo se presenta como criterio determinante y es la que permite, a nuestro juicio, la clasificación individual o agrupada de los puestos directivos que determinará las pruebas en concreto y la propia configuración del puesto de trabajo en cuestión.

Es claro que esta determinación permite diseñar un modelo ciertamente abierto y amplio de puestos directivos – si es que se decide su implantación, claro está,- que admite una configuración amplia o estricta o, incluso, la configuración mixta de forma que aunque se considere que existen puestos de dirección no se declaren como tales y, por tanto, se provean por empleados públicos en la forma ordinaria y que éstos convivan con una serie de puestos directivos especialmente delimitados como tales.

Fuera de esta determinación es lo cierto que la duda más clara es la propia condición del directivo y, en concreto, sí se trata de una condición temporal o definitiva. La lógica impone que se trate de una función temporal pero es cierto que la indefinición de la naturaleza jurídica y la exclusión de dicha condición de las clases de empleados públicos a la que se refiere el artículo 8 y dejar al directivo en el limbo del denominado “subtítulo I” del Título II no son, precisamente, las mejores referencias para aclarar la situación.

La deducción de que la lógica temporal se impone debemos asumirla desde una interpretación del artículo 14 del EBEP cuando al referirse a los derechos de los empleados públicos indica que únicamente se reconoce la inamovilidad a los funcionarios de carrera. Por el contrario, habrá que entender que fuera de este supuesto (y, desde luego, los directivos están fuera de aquel supuesto) la inamovilidad no está garantizada por la norma básica sino remita bien a la ley de desarrollo del esquema estructural del EBEP bien a las determinaciones de la relación jurídica concreta que asuma la relación de empleo.

Desde nuestra consideración habría que entender, por tanto, que el artículo 13 del EBEP habilita a una regulación que puede determinar el carácter temporal de la relación o, incluso, y, como inmediatamente se analiza, la posibilidad de que éste carácter aparezca condicionado por la evaluación de su actuación.

Finalmente cabe plantearse cuál es la naturaleza jurídica de la relación de empleo de los directivos. Una vez más, nada dice el EBEP sobre el tema de una forma directa aunque sí contiene alguna determinación indirecta conforme a la cual <<... Cuando el personal directivo reúna la condición de personal laboral estará sometido a la relación laboral de carácter especial de alta dirección...>>

De esta manera lo que se indica es que el personal directivo puede ser laboral y, en ese caso, será personal laboral de alta dirección. Nada más se dice sobre la relación de empleo de los directivos.

A partir de ahí habrá que entender que existen diversas posibilidades:

- Que recaiga en un cargo público que esté en el marco de los altos cargos o de elección o designación política. Su condición será de Derecho público y su régimen jurídico se conformará por la adición de las normas que procedan. De esta forma si se trata puestos que tienen la condición titulares de un órgano directivo le resultarán aplicables las normas que regulen el mismo, las que conformar aspectos puntuales de su régimen jurídico

(incompatibilidades, intereses, etc.) y las que regulen la relación de directivos públicos de la correspondiente Administración.

- Que recaiga en un puesto que no tenga la condición de alto cargo o, simplemente, que no esté regulado en las normas de organización política sino que forme parte de la estructura administrativa. En este supuesto la condición será de derecho público o de derecho privado en razón a la naturaleza del órgano en el que se presten los servicios y de la función desarrollada.

Es claro, por tanto, que la condición de directivo, una vez definida como tal, sigue al órgano en el que se inserta y a la función desarrollada y que estos criterios habrá que obtenerlos de la respectiva norma de organización. Podemos, por tanto, indicar que la condición de directivo podrá ser laboral, funcionarial o de empleo en régimen de Derecho Público (Directores Generales si la respectiva norma de organización no los <<atrapa>> para la función pública convencional). Su ubicación en seno de las normas de representación política, en las de función pública y en las de la función directiva (diferenciando, a su vez, dentro de la misma la administración centralizada y la descentralizada) serán las que determinen, interpretadas en su conjunto, cómo y en qué categoría se produce la incorporación del respectivo directivo.

c) Criterios directamente relacionados con el ejercicio de la función directiva.

En los capítulos anteriores ha quedado claro que el puesto de directivo público tiene unas características funcionales específicas que deben quedar acreditados mediante un acto formal de reconocimiento por parte de la respectiva Administración Pública. Para ello el artículo 13 en su apartado 3 indica que <<...3. El personal directivo estará sujeto a evaluación con arreglo a los criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con los objetivos que les hayan sido fijados...>>¹³

De este apartado nos interesa, en primer término, indicar que se establece como obligatoria la evaluación y que la misma se conecta con su responsabilidad por la gestión y el control de objetivos fijados por cada organización.

Es este, sin duda, un elemento que enlaza, en el plano teórico, con la novedad que supuso para la AGE y, en general, de las Administraciones Públicas la determinación que se hace en la LOFAGE en relación con estas materias.¹⁴ Introducir la evaluación de unidades o de

¹³ Guillen Zanón. A y Ramírez Núñez de Prado. E. "Administración por objetivos". Documentación Administrativa. núm. 223. Julio-septiembre 1990

¹⁴ Téngase en cuenta lo que dispone, en este punto, el artículo 3 Ley 6/1997, de 14 abril (RCL 1997\879) en el que señala que <<...La Administración General del Estado se organiza y actúa, con pleno respeto al principio de legalidad, y de acuerdo con los otros principios que a continuación se mencionan:

1. De organización.
 - a) Jerarquía.
 - b) Descentralización funcional.
 - c) Desconcentración funcional y territorial.
 - d) Economía, suficiencia y adecuación estricta de los medios a los fines institucionales.
 - e) Simplicidad, claridad y proximidad a los ciudadanos.
 - f) Coordinación.
2. De funcionamiento.
 - a) Eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados.

personas ha resultado, sin embargo, una labor francamente compleja de la que apenas pueden analizarse ejemplos concretos y reales pese a que se trata de una determinación básica para cualquier esquema de gestión.¹⁵

Su aplicación práctica se ha presentado, como decimos, como dificultosa y compleja tanto por la propia resistencia <<cultural>> del sistema, como por la necesidad de que se articule correctamente para no convertirse en un elemento disfuncional. Las dificultades no son, sin embargo, propias o exclusivas del modelo y de la Administración Española, como nos recuerda Kellt <<... un elemento ausente en el debate sobre la actuación administrativa radica en el supuesto de que los administradores aceptarían la responsabilidad por los resultados sólo si los objetivos pudieran ser definidos con suficiente claridad. Es demasiado simple sugerir que los administradores son seres cobardes que siempre que tuvieran la oportunidad, esquivarían cualquier responsabilidad. Es propio de la naturaleza humana evitar ser culpado por problemas potenciales siempre que sea posible. Los individuos tienen incluso mayores incentivos para eludir sus responsabilidades si no pueden contar con fuertes incentivos para realizar un buen trabajo estadounidenses se han mostrado durante mucho tiempo reticente a recompensar financieramente a los burócratas por sobresalir en el desempeño de sus funciones. Por otro lado, el sistema político, desde el Congreso y los Inspectores gubernamentales hasta la prensa y los ciudadanos, ha sido rápido a la hora de criticar los errores de los gestores públicos. Ante semejante balance entre incentivos y penalizaciones muchos burócratas responsables deciden agachar la cabeza... >>¹⁶

En este sentido es evidente que con todas las dificultades que se quiera es imprescindible fijar un ámbito diferencial de actuación entre los gestores y los políticos. Su confusión es, sin lugar a dudas uno de los elementos que ha creado mayores dificultades al verdadero (y constitucional) funcionamiento del sistema. La fijación de esta línea de diferenciación debe permitir articular de forma diferente el trabajo el control político del trabajo y el control y la responsabilidad de los directivos públicos (no políticos) y del resto de empleados públicos. Sin el establecimiento de esa línea divisoria cuyos límites acabarán siendo en muchos casos puramente convencionales será difícil articular el sistema ya que al final el político será irresponsable en términos políticos porque se confundirá con el gestor y difícilmente podrá hacerse responsable a éste de aquello que no se concreta. Todos apoyarán y contribuirán, como ocurre ahora, a conseguir un objetivo común pero será difícil fijar auténticas y diferenciadas técnicas de responsabilidad.

-
- b) Eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos.
 - c) Programación y desarrollo de objetivos y control de la gestión y de los resultados.
 - d) Responsabilidad por la gestión pública.
 - e) Racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos y de las actividades materiales de gestión.
 - f) Servicio efectivo a los ciudadanos.
 - g) Objetividad y transparencia de la actuación administrativa.
 - h) Cooperación y coordinación con las otras Administraciones públicas...>>

¹⁵ Ortega Álvarez. El proceso de modernización administrativa contenido en la LOFAGE. Gestión y Análisis de Políticas Públicas. Núm. 7-9. Septiembre. 1996-abril 1997

¹⁶ Kellt.D. Una reflexión sobre las reformas Clinton de la gestión Pública. Gestión y análisis de Políticas Públicas. Septiembre-Diciembre de 1994.Núm. 1. Pág. 103



En esencia la viabilidad de esta prescripción está fuertemente condicionada por la implantación real del esquema previsto en el apartado anterior, de forma que, primero, han de fijarse los objetivos, individualizarlos para cada organización y estratos de la misma, después habrá de controlarse objetivamente el cumplimiento de los mismos y el corolario final será la exigencia de responsabilidades. Sin estos elementos previos la responsabilidad puede ser o una determinación inaplicable o simplemente un arbitrio injustificable. Sólo se debe ser responsable del cumplimiento de aquello que previamente ha sido asignado. El funcionamiento de las Administraciones Públicas de nuestros días está, en la mayor parte de los casos muy lejos de estas pautas y se configura sobre unas pautas sedentarias y tendencialmente rutinarias en la que se hace lo que hay que hacer pero nadie sabe exactamente cuál es el <<volumen de producción>> (por utilizar términos industriales) exigido y exigible.

Este esquema hace que el funcionamiento sea fuertemente dependiente de las tensiones políticas, que tampoco se objetivan ni siquiera en sede parlamentaria, para conocer y poder seguir el programa político convertido en programa de gestión y periodificado en el tiempo. La falta de control político sobre la gestión pública penetra sobre ésta permitiendo la improvisación, el cambio o, en el peor de los casos, la inexistencia de los programas de gestión que acaban realizándose por la técnica de aluvión y que, claro está, condicionan fuertemente la aplicación de técnicas como la que aquí se analiza.

Fuera de este aspecto el condicionante de la verdadera aplicabilidad del sistema, cabría preguntarse por la naturaleza de la responsabilidad a la que se alude en el apartado en cuestión. En principio podríamos indicar que es necesario establecer un mecanismo de responsabilidad por la gestión que vaya más allá del puramente disciplinario. La responsabilidad por la gestión debe ser un mecanismo de carácter profesional que enfrente al directivo o al empleado público con sus obligaciones en el seno de una organización fruto, claro está, de un sistema de medición que consiste en una evaluación con tintes objetivos y con independencia de que además y por añadidura pueda existir responsabilidad disciplinaria por aquello que no ha hecho o que ha dejado de hacer.

Las medidas reales de exigencia de responsabilidad deberán estar establecidas previamente por norma de rango adecuado, pero deben tener una clara incidencia en la continuidad en la organización o en la propia condición de personal directivo de quienes ostentan tal condición.

En razón de lo anterior podemos indicar que una de las numerosas causas que justifican la necesidad del establecimiento de un régimen legal del directivo público, no es otra que la de establecer un marco de responsabilidad profesional y disciplinaria que independice éstas últimas de las que, hipotéticamente, puedan ser consecuencias de la pérdida de confianza política. Podemos y debemos independizar ambas y establecer un marco que permita exigir la responsabilidad profesional sin conectarla con la política.

En segundo lugar el apartado comentado se refiere a las características centrales de la evaluación que, según indica, debe responder a los criterios de eficacia y eficiencia y al control de resultados.

La introducción de este tipo de técnicas, a las que se han dedicado desde la Ciencia Política, las del Management y, en general, de la organización y la gestión, numerosos esfuerzos para construir una estructura compleja y seria que dé respuesta al funcionamiento de las organizaciones es, sin duda, un elemento novedoso e importante. De aquí que su mera enunciación normativa pueda ser potencialmente un avance en el funcionamiento de las

Administraciones y que por ello se alabase claramente que la LOFAGE los incluyera entre los principios de actuación y funcionamiento de la Administración General del Estado y que estaban llamados a convertir esta norma en un elemento de modernización de las Administraciones Públicas con incidencia real en la gestión pública.¹⁷

Recordemos que, hasta el momento, las Administraciones han utilizado la técnica de los objetivos esencialmente para confeccionar sus presupuestos. Sin embargo, como ya hemos indicado en otra ocasión¹⁸, es tradicional en el funcionamiento de nuestra Administración una fuerte desconexión entre la actividad presupuestaria y la gestora de forma que en, muchos momentos, ambas se ignoran mutuamente - salvo en los límites de gasto - y conviven como si se tratase de realidades perfectamente diferenciados. A este objetivo ha contribuido seriamente el cambio en las técnicas de presupuestación que, una vez priorizados los objetivos <<macro>> y de carácter plurianual, se convierten, cada vez más, en algo ajeno a los intereses de las propias organizaciones y, en muchos supuestos, en una decisión de los órganos centralizados que deben cumplir (o velar porque se cumplan) aquellos.

La dirección por objetivos es, según Berruezo, la sustitución del control externo, de base esencialmente jerárquico, por el autocontrol, en la medida en que se conocen a priori los requerimientos que la organización demanda de cada uno de sus empleados.¹⁹ La cuestión esencial es la determinación y la mensurabilidad de los objetivos, cuestión que hoy en día es algo más que una mera cuestión cuantitativa²⁰. Es lo cierto, como señala Mendoza, que la importancia de los indicadores es más grande de lo presumible ya que pueden cumplir diferentes funciones en el seno de la Administraciones Públicas y de la organización en general. Entre ellas el apoyo a la planificación y a la presupuestación, a la mejora de la gestión y la eficacia, y, en último término, a la evaluación de políticas y programas públicos.²¹

Por esto uno de los elementos esenciales sobre los que gira la LOFAGE y, después, el EBEP en general y en el marco de actuación de los directivos, en particular, es por la incorporación de este tipo de técnicas a la gestión pública desde una consideración general y no limitada a lo estrictamente presupuestario, que no deja de ser - organizativamente hablando - instrumental y parcial respecto de la gestión en su conjunto.

De aquí que, en su momento, se valorara con un carácter muy positivo la introducción de un control de eficacia (de valorarse la AGE sobre los organismos públicos, por ejemplo, o la de los Subsecretarios en el seno de la propia AGE), diferenciado del que con el mismo nombre pero con una perspectiva esencialmente financiera y economicista se implantó, precisamente, en el seno de la legislación presupuestaria y a los efectos de los objetivos que cumple la misma en nuestro Ordenamiento Jurídico.

¹⁷ Echebarria.K y Mendoza X. La especificidad de la gestión pública: el concepto de <<Management pública>>. Documento en línea. <http://www.iadb.org>.

¹⁸ Vid. nuestro Libro, en colaboración con Losada González. H. El procedimiento Administrativo, la gestión presupuestaria y su control. Madrid. 1995.

¹⁹ Berruezo Castillo. J. La Dirección por Objetivos: experiencias de aplicación en las Administraciones Públicas. En la obra colectiva "Hacia una nueva gestión pública", Zaragoza, 1995.

²⁰ Mendoza Mayordomo.J. La metodología ESADE para la elaboración e implantación de indicadores de gestión en los servicios públicos. En la obra colectiva "Hacia una nueva gestión pública", Zaragoza, 1995. Págs. 104-144

²¹ Mendoza Mayordomo. J. La metodología ESADE para la elaboración e implantación de indicadores de gestión en los servicios públicos. En la obra colectiva "Hacia una nueva gestión pública". Zaragoza 1995. Págs. 106-112.

En esta misma línea el establecimiento de técnicas como la programación de los objetivos, el control de cumplimiento y los resultados son elementos esenciales para la gestión pública del futuro sí bien no cabe negar que las Administraciones (y sus estudiosos) deberán realizar un notable esfuerzo para adaptar su funcionamiento a aquellas y por introducirlas con la racionalidad y la adaptación que las hagan útiles.

El control de su cumplimiento con la consiguiente evaluación individual, acompañados por técnicas como la contabilidad de costes debería proporcionar una visión del trabajo público diferente al actual, donde unos y otros discuten sobre la utilidad o la inutilidad del mismo y, por ende, de sus empleados sin base alguna. Si no sabemos (y al día de hoy no lo sabemos en muchas organizaciones), cuál y cuánto es el trabajo que debe realizarse, cómo podemos formular juicios sobre la abundancia de empleados o su ocupación y, por ende, de quienes los dirigen. Estos juicios y las medidas reparadoras de las deficiencias que los mismos pueden conllevar sólo pueden fundarse en la validación de los criterios y objetivos de la Organización. Sin esto cualquier juicio puede ser claramente infundado.

El establecimiento de objetivos y su validación será además un elemento esencial en el control de la actuación pública. El control de la actividad y la gestión pública es, sin duda, uno de los elementos que hay que reconcebir en todas sus fases, tanto la puramente parlamentaria y por ende de contenido político como la puramente gestora tanto en sus aspectos puramente económicos que sí que está más avanzada, y en los de eficacia, que deben ser establecidos de futuro

d) Exclusión de la negociación colectiva.²²

El apartado 4 del artículo 13 establece que <<...4. La determinación de las condiciones de empleo del personal directivo no tendrá la consideración de materia objeto de negociación colectiva a los efectos de esta Ley...>>.

Esta determinación tiende a convertirse en un clásico. Ya en la normativa y, sobre todo, en la práctica real anterior las condiciones de trabajo del personal directivo tratan de alejarse de la negociación colectiva. En el presente caso se trata de una determinación clara porque está ligada a la capacidad organizativa ya que, como se ha visto, a una decisión previa de considerar que una determinada Administración incluya el tramo directivo dentro de su organización.

La decisión de organización de crear la función directiva profesional como elemento separado y diferencial de la función pública convencional conlleva esta exclusión que, sin embargo, no debe operar cuando tal consideración no tenga el amparo de este precepto.

En este punto debe tenerse en cuenta que el artículo 36.2 del EBEP excluye, con carácter general, de la negociación colectiva el relativo a <<c) La determinación de condiciones de trabajo del personal directivo...>>.

²² Mauri Majós J. Naturaleza y función de la negociación colectiva en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos. Presupuesto y Gasto Público. Núm. 41. Madrid. 2005 y, en, Problemas de representación sindical y negociación colectiva en la función pública: convergencias y divergencias con el empleo privado. Documentación Administrativa. Núm. 241-242. Madrid. 1995

la duda que se suscita aquí es qué ocurre cuando una Administración decide la no implantación del sistema de directivos a que se refiere el artículo 13 pero, materialmente, realiza la función directiva desde el esquema de la función pública convencional.

A nuestro juicio lo que el EBEP quiere es excluir no es la función sino el personal por lo que habrá que entender que la exclusión de la negociación colectiva se corresponde únicamente con el estrato de directivos profesionales reconocidos como tales mediante el ejercicio de la potestad organizatoria y no, por tanto, a quienes desarrollan una función materialmente directiva sin haber sido declarada como tal por la respectiva organización.

No cabe negar que este planteamiento consolida un problema real que existe en el seno de las Administraciones Públicas actuales y que no es otro que el abandono real de los estratos superiores de la Administración Pública en el ámbito de la negociación colectiva convencional. Se trata una cuestión práctica más que teórica puesto que nada impide que la negociación opere con plenitud sobre toda la estructura orgánica pero en la realidad ha hecho que por intereses de la Administración que algunas ocasiones alude a puestos predirectivos como por los de los propios agentes sociales esta sea un franja que habitualmente resulta huérfana de intereses para la negociación colectiva.²³

Pero, en todo caso, esta última consideración se centra en un supuesto que no es el que aquí queremos analizar ya que la función directiva a la que nos queremos referir es la función directiva que se encuentra expresamente admitida en el artículo 13 del EBEP y, por tanto, la que es reconocida como tal por la respectiva organización y la que se somete al régimen jurídico del personal directivo que pueden definir el Gobierno de la Nación o los de las Comunidades Autónomas.

e) El régimen de dedicación de los directivos públicos.

Como venimos apuntando el régimen jurídico total del personal directivo no resultará sencillo en su conformación sino que finalmente será la adición de una serie de normas que inciden bien por razones materiales – estatuto del personal directivo- bien por razones de organización- leyes de gobierno y organización- bien por razones “horizontales”- leyes de incompatibilidades y de conflicto de intereses.

Pues bien el EBEP en el intento de sistematización del régimen jurídico del personal directivo añade una consideración que proyecta desde la Disposición Final tercera del EBEP que contiene una Modificación de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre (RCL 1985, 14; ApNDL 6601), de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas y, en concreto, el apartado 1 del artículo 16, que queda redactado de la siguiente forma: <<...«No podrá autorizarse o reconocerse compatibilidad al personal funcionario, al personal eventual y al personal laboral cuando las retribuciones complementarias que tengan derecho a percibir del apartado b) del artículo 24 del presente Estatuto incluyan el factor de

²³ Nos remitimos en este punto a nuestro trabajo “El modelo de negociación y participación en las condiciones de trabajo en la función pública. Revista SEPIN de Derecho Administrativo. núm. 2. Madrid 2009. En el trabajo se analiza la STC de 17 de noviembre de 2008 que otorga el amparo a la denominada Federación de Cuerpos Superiores de la Administración Pública en relación con la participación de esta Asociación Profesional en las elecciones sindicales y que traduce, precisamente, el problema que aquí se plantea y que llevó a la citada Federación a la participación en las elecciones sindicales.

incompatibilidad al retribuido por arancel y al personal directivo, incluido el sujeto a la relación laboral de carácter especial de alta dirección».

Desde esta perspectiva podríamos, por tanto, indicar que existe una prescripción directa para el personal directivo: la condición de directivo conlleva ope legis la incompatibilidad para el desarrollo de una función diferente a la de la propia función directiva. Es evidente que por el ámbito de aplicación de la Ley 53/1984 se está pensando en una parte del estrato directivo: el que se identifica con funcionarios públicos o personal laboral inserto en estratos no políticos. A partir de ahí, habrá que señalar que si la respectiva Administración incluye dentro de la función directiva alguno-os de puestos con aquella condición serán otras leyes las llamadas a la regulación de esta circunstancia.²⁴

En consecuencia podemos indicar que el régimen de dedicación y de incompatibilidades vendrá determinado por la norma de cobertura en función del rango del puesto directivo y la inclusión en el concepto de alto cargo o de empleado público.

3.4.- El directivo en el ámbito local

El personal funcionario de las Entidades Locales aparece dentro de la regulación que se contiene en el EBEP con dos referencias. La primera, en el artículo 2.2 cuando establece el ámbito de aplicación territorial del EBEP e incluye dentro de las Administraciones a las se aplica a <<las Administraciones de las Entidades Locales>>. La segunda, se indica en el artículo 3º en el que se indica que <<...1. El personal funcionario de las Entidades Locales se rige por la legislación estatal que resulte de aplicación, de la que forma parte este Estatuto y por la legislación de las Comunidades Autónomas, con respeto a la autonomía local...>>.²⁵

Estas menciones, como puede apreciarse, no hacen referencia alguna al personal laboral de lo que se deduce que la voluntad del legislador del EBEP ha sido que en este ámbito no existan diferencias respecto de la regulación que, con carácter general, se establece para este personal. Siendo esto así resultará de aplicación lo dispuesto en el artículo 7 del EBEP cuando señala que <<...el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se rige por los preceptos de esta Ley que así lo dispongan, por la legislación laboral y por los convenios colectivos aplicables...>>.

²⁴ En este punto, por ejemplo, es la Ley 5/2006, de 10 abril RCL 2006\757 la que regula los <<...los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, y, en concreto, en su artículo 5 establece que <<... Los altos cargos comprendidos en el artículo 3 ejercerán sus funciones con dedicación exclusiva y no podrán compatibilizar su actividad con el desempeño, por sí, o mediante sustitución o apoderamiento, de cualquier otro puesto, cargo, representación, profesión o actividad, sean de carácter público o privado, por cuenta propia o ajena, y, asimismo, tampoco podrán percibir cualquier otra remuneración con cargo a los presupuestos de las Administraciones Públicas o entidades vinculadas o dependientes de ellas, ni cualquier otra percepción que directa o indirectamente provenga de una actividad privada...>>

²⁵ Con carácter general, Castela Rodríguez. J. D' Anjou González. Manual de Personal al servicio de las entidades locales. Barcelona. 1993.

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

En este estado de cosas la cuestión que inmediatamente surge es la intentar aclarar cómo se conforma el estatuto peculiar aplicable al personal funcionario de las Entidades Locales.

Una interpretación literal del artículo 5º del EBEP nos lleva a indicar que la voluntad del legislador es la establecer un conglomerado normativo que, en el citado artículo, no merece para el legislador la necesidad de su priorización. De hecho la simple lectura del precepto transcrito nos indica que la voluntad es la aplicación primaria del EBEP por la sencilla razón de que es esta la norma que se coloca en primer lugar en el esquema de fuentes, pero a continuación remite – sin indicar si lo es con carácter supletorio o concurrente- a la legislación básica del régimen local y a las normas de las Comunidades Autónomas.

A nuestro modo de ver es necesario para formular una exégesis del precepto diferenciar entre las referencias a la legislación básica de régimen local y las leyes de las comunidades Autónomas.

De esta forma mientras el título legislación básica de régimen local deriva del mismo tronco que el del Estatuto de funcionarios y ambos se dictan con el amparo del artículo 149.1.18 de la CE. La posición de las Comunidades Autónomas no se produce en ambos en el plano de la concurrencia normativa sino en el plano del desarrollo secundario tanto en materia de función pública como en materia de régimen local.

En este esquema podemos, por tanto, indicar que la voluntad del legislador es la establecer una coordinación entre las normas que regule el empleo público y la que regule el régimen local. De hecho esto es lo que ocurre (aunque no en el mismo orden aplicativo) en la actualidad cuando el artículo 92 de la Ley de Bases de Régimen Local indica que **<<...los funcionarios al servicio de la Administración Local se rigen, en lo no dispuesto por esta Ley, por la legislación del Estado y de la Comunidades Autónomas, en los términos previstos en el artículo 149.1.18 de la Constitución...>>²⁶.**

De esta forma podemos indicar que la opción del EBEP trastoca el régimen de fuentes haciendo concurrente (cuando no primaria) su aplicación con la del régimen local y habilitando para llenar la regulación con las normas que las Comunidades Autónomas pueden dictar en ejecución de ambos títulos competenciales (función pública y régimen

²⁶ Es cierto que este modelo tiene algunas excepciones. Así, por ejemplo, el artículo 140 del TR indica en referencia a las situaciones administrativas que << dichas situaciones se regularán por la normativa básica estatal y por la legislación de función pública de la respectiva Comunidad Autónoma y, supletoriamente, por la legislación de funcionarios de la Administración del Estado, teniéndose en cuenta las peculiaridades del régimen local...>>. De igual forma, el artículo 144 del TR en relación con las obligaciones de los funcionarios indica que <<...los funcionarios de Administración Local tienen las obligaciones determinadas por la legislación sobre función pública de la correspondiente Comunidad Autónoma y, en todo caso, las previstas en la legislación básica del Estado sobre función pública...>>.

Al lado de estos supuestos de un cierto predominio autonómico en la determinación del contenido regulatorio y obligatorio de los funcionarios públicos se encuentran otros preceptos de predominio de la legislación estatal. Así el artículo 145 del TR indica que << el régimen de incompatibilidades de los funcionarios de la Administración Local es el establecido con carácter general para la función pública en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre y en las normas que dicte el Estado para su aplicación a los funcionarios de la Administración Local...>>. Asimismo el artículo 153 establece que <<...los funcionarios de Administración Local sólo serán remunerados por las Corporaciones respectivas, por los conceptos establecidos en el artículo 23 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto...>>.

local). Esto nos permitiría aludir a una concurrencia normativa en dos planos, el estatal, en el que confluyen la normativa de función pública y la de régimen local entendiéndose que las dudas o los conflictos que puedan surgir se resuelven a favor de la indicada en primer término – frente a lo que ocurre en estos momentos que prima el régimen local sobre el régimen funcional común-; el autonómico, en el que aparecen las normas con el techo de la legislación básica pueden dictar las Comunidades Autónomas en materia de función pública (ex artículos 6 del EBEP) y en materia de régimen local.

La interpretación indicada nos muestra el deseo de dar un giro en la conformación del régimen jurídico del personal funcionario de las entidades Locales **para convertir el EBEP en una norma común de carácter universal que se impone sobre el conjunto** de las Administraciones Territoriales que aparecen en el ámbito de aplicación del mismo. Es cierto que esta opción se hace en una norma básicamente principal y que, por tanto, habilita el establecimiento de un auténtico modelo de función pública local siempre que el mismo se diseñe desde la normativa básica de régimen local. Es decir, algo muy parecido a lo que ocurre en la actualidad donde podemos encontrar un conjunto normativo muy detallado en las normas de régimen local.

De igual manera cabe indicar, eso sí, que el nuevo esquema de fuentes obliga a la reconcepción de ese régimen y a la utilización de los << materiales principiales >> que derivan del EBEP y, claro está, a marginar las referencias aplicativas de primer orden a la normativa de las Comunidades Autónomas que pasan así a un segundo escalón normativo en la configuración de la relación jurídica de los funcionarios locales.

Este esquema se completa en los que se refiere al personal laboral con lo indicado en el artículo 7 del EBEP que implica su aplicación con carácter preeminente sobre cualquier otra norma procedente de las Administraciones Públicas aunque, eso sí, completa su regulación con la integración de la normativa laboral. Podemos, por tanto, indicar que la determinación del régimen público aplicable al personal laboral que preste sus servicios en las Entidades Locales presenta una clara asimetría con el del personal funcionario ya que, en este ámbito, no hay opción a la concurrencia de primer orden (entre la legislación funcional y la legislación de régimen local) ni a la concurrencia de segundo orden (entre los mismos títulos en sede autonómica). La determinación sobre los aspectos de Derecho Público que deben aplicarse al personal laboral en todas las Administraciones Públicas incluidas en el ámbito de aplicación del EBEP corresponde exclusiva y excluyentemente a éste.

Para cerrar este círculo aplicativo es necesario resolver si la atribución al EBEP de este régimen preeminente en lo aplicativo se realiza o no con carácter excluyente de cualquier otra norma dictada por las Administraciones Territoriales. Para resolver esta cuestión será necesario establecer el margen de actuación que el concepto << leyes reguladoras de la función Pública >> – a que se refiere el artículo 6 del EBEP- tiene en relación con la legislación aplicable al personal laboral.

De esta forma si estas leyes reguladoras incluyen preceptos referidos al personal laboral la atribución a la que nos referíamos anteriormente como efectuada por el artículo 7 del EBEP será concurrente en la parte que se refiere a los << actos separables >> del Derecho público aplicables en la respectiva Comunidad Autónoma. Frente a esto las referencias a la legislación laboral substantiva no admiten desarrollo autonómico porque el título competencial de las comunidades Autónomas en este ámbito (el de la legislación laboral) no admite intervención normativa sino únicamente ejecutiva.

Frente a esto podría plantearse como alternativa que al referencia que se hace a las leyes reguladoras solo habilita la actuación legislativa que está permitida por el EBEP y que, como se ha indicado, no lo establece en la conformación del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas.

A nuestro juicio la interpretación correcta es la primera, esto es, las leyes reguladoras de los respectivos modelos locales podrán desarrollar su propio modelo de régimen de personal laboral con un doble límite: el del EBEP y el de la normativa laboral. A partir de aquí y con el respeto de ambos límites la posición de la normativa autonómica es posible en cuanto opera sobre el régimen de Derecho Público del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas y se ubica directamente en el esquema de ordenación de fuentes a que nos venimos refiriendo como derivado del propio artículo 103.3 de la CE.

Desde una perspectiva de gestión no cabe negar que la regulación del personal local se presenta como ciertamente compleja y dispersa en su conjunto. Es cierto que otras partes del EBEP, especialmente los que se refieren a la estructura organizativa de la negociación colectiva, supone, sin embargo, un amplio margen de ventaja que realmente debe configurar un marco legal diferente al preexistente y que aporte una mejora en las capacidades de gestión y ordenación de los recursos humanos en el ámbito local. En todo caso la diversidad de organizaciones, sus peculiaridades y la propia transformación del régimen prestacional de las entidades locales convierten la necesidad de encontrar un régimen holgado de gestión como una exigencia para el mantenimiento y la actualización de su régimen de personal como una exigencia real.

3.5.- El personal directivo en el esquema indicado.

La complejidad del diseño al que nos acabamos de referir se proyecta indudablemente sobre el régimen de directivos ya que es necesario realizar una lectura conjunta entre los artículos 13 y 3 del EBEP. Conforme al primero, corresponde a la respectiva Comunidad Autónoma establecer el régimen jurídico de los directivos públicos que se aplica a la Administración Local pero si afecta – y como venimos afirmando puede afectar, al régimen del personal funcionario o laboral dicha regulación debe tener en consideración el bloque de “legislación local” y la autonomía local como referente de cierre en la conformación del ejercicio de las propias competencias.

Pues bien, llegados a este punto podemos indicar que, en el momento presente, existen algunas determinaciones sobre funciones directivas en el marco de la legislación local. Nos referimos, claro está, a las que proceden de Ley 57/2003, de 16 diciembre 2003.²⁷ Medidas para la modernización del gobierno local que introduce un denominado Título X en la LBRL que regula los municipios de gran población.²⁸

²⁷ Sánchez Morón. M. Observaciones sobre el régimen de organización de los <<municipios de gran población>>. Justicia Administrativa. Núm. 25 octubre- 2004.

²⁸ El artículo 121 establece el ámbito de aplicación de esta nueva categoría jurídica cuando establece que <<...1. Las normas previstas en este título serán de aplicación:

- a) A los municipios cuya población supere los 250.000 habitantes.
- b) A los municipios capitales de provincia cuya población sea superior a los 175.000 habitantes.
- c) A los municipios que sean capitales de provincia, capitales autonómicas o sedes de las instituciones autonómicas.
- d) Asimismo, a los municipios cuya población supere los 75.000 habitantes, que presenten circunstancias económicas, sociales, históricas o culturales especiales.

De este esquema nos importa, a los efectos de lo que aquí se indica la regulación que se contiene en el artículo 130 de la misma cuando señala que

<<... 1. Son órganos superiores y directivos municipales los siguientes:

A) Órganos superiores:

a) El Alcalde.

b) Los miembros de la Junta de Gobierno Local.

B) Órganos directivos:

a) Los coordinadores generales de cada área o concejalía.

b) Los directores generales u órganos similares que culminen la organización administrativa dentro de cada una de las grandes áreas o concejalías.

c) El titular del órgano de apoyo a la Junta de Gobierno Local y al concejal-secretario de la misma.

d) El titular de la asesoría jurídica.

e) El Secretario general del Pleno.

f) El interventor general municipal.

g) En su caso, el titular del órgano de gestión tributaria...>>

Este régimen se completa en el párrafo segundo del mismo artículo cuando señala que <<...2. Tendrán también la consideración de órganos directivos, los titulares de los máximos órganos de dirección de los organismos autónomos y de las entidades públicas empresariales locales, de conformidad con lo establecido en el artículo 85 bis, párrafo b)...>>.

Desde la perspectiva del régimen jurídico el citado artículo se limita a indicar que <<...3. El nombramiento de los coordinadores generales, y de los directores generales deberá efectuarse entre funcionarios de carrera del Estado, de las Comunidades Autónomas, de las entidades locales o funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional, a los que se exija para su ingreso el título de doctor, licenciado, ingeniero, arquitecto o equivalente, salvo que el Pleno, al determinar los niveles esenciales de la organización municipal, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 123.1 c)²⁹, permita que, en

En los supuestos previstos en los párrafos c) y d), se exigirá que así lo decidan las Asambleas Legislativas correspondientes a iniciativa de los respectivos ayuntamientos

²⁹ El citado precepto establece que <<... c) La aprobación y modificación de los reglamentos de naturaleza orgánica. Tendrán en todo caso naturaleza orgánica:

La regulación del Pleno.

La regulación del Consejo Social de la ciudad.

La regulación de la Comisión Especial de Sugerencias y Reclamaciones.

La regulación de los órganos complementarios y de los procedimientos de participación ciudadana.

La división del municipio en distritos, y la determinación y regulación de los órganos de los distritos y de las competencias de sus órganos representativos y participativos, sin perjuicio de las atribuciones del Alcalde para determinar la organización y las competencias de su administración ejecutiva.

La determinación de los niveles esenciales de la organización municipal, entendiendo por tales las grandes áreas de gobierno, los coordinadores generales, dependientes directamente de los miembros de la Junta de Gobierno Local, con funciones de coordinación de las distintas Direcciones Generales u órganos similares integradas en la misma área de gobierno, y de la gestión

atención a las características específicas del puesto directivo, su titular no reúna dicha condición de funcionario. En este caso los nombramientos habrán de efectuarse motivadamente y de acuerdo con criterios de competencia profesional y experiencia en el desempeño de puestos de responsabilidad en la gestión pública o privada.... >>.

Finalmente el apartado 4 indica que <<...4. Los órganos superiores y directivos quedan sometidos al régimen de incompatibilidades establecido en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre (RCL 1985, 14; ApNDL 6601), de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones públicas, y en otras normas estatales o autonómicas que resulten de aplicación...>>. Esta determinación al margen de su papel en el ámbito del régimen jurídico del personal directivo nos sirve para ubicar la opción de la normativa local que, claramente, se sitúa en el ámbito del personal local y no, por tanto, de los cargos de extracción o conformación esencialmente política.

Estas consideraciones que acaban de realizarse nos sitúan en un entorno que podemos definir en la siguiente forma:

- Personal Directivo en las grandes ciudades

La regulación que puede establecerse por las Comunidades Autónomas ex artículo 13 del EBEP debe recoger o admitir que la regulación del personal directivo que proviene de la legislación local.

Este reconocimiento plantea abiertamente el problema de si es posible que la normativa de directivos afecte o derogue – directamente- algunas de las previsiones que provienen de la legislación local y, significadamente, la necesidad o la obligación de que los puestos en cuestión sean cubiertos por funcionarios públicos. A nuestro juicio se trata de una cuestión ciertamente compleja porque el “bloque local” difícilmente puede entenderse afectado por la deslegalización en razón a que, como se ha dicho, el artículo 3 del EBEP no prevé jerarquía entre las fuentes que se sitúan en el mismo dentro de un mismo plano de concurrencia aplicativa.

Esta concurrencia aplicativa determina que la deslegalización efectuada por el EBEP no pueda tener una trascendencia invalidatoria de las prescripciones locales por lo que realmente y si el desarrollo del esquema directivo de cada comunidad Autónoma se hace mediante norma reglamentaria es realmente difícil entender que tenga una virtualidad derogatoria de las determinaciones específicas que contienen las leyes de régimen local.

- Personal directivo en las Administraciones locales que no tengan la condición de grandes ciudades.

Aquí las cuestiones son más sencillas porque el régimen local tiene “abandonado” el terreno y remitido, por tanto, a la legislación de función pública. Esta remisión determina que debiera aplicarse sin cortapisas la legislación del empleo público del que, en este caso, es relevante el artículo 13 del EBEP al que nos venimos refiriendo. Es claro, por tanto, que la norma estatutaria de las Comunidades Autónomas sea la que fije el régimen jurídico de este

de los servicios comunes de éstas u otras funciones análogas y las Direcciones Generales u órganos similares que culminen la organización administrativa, sin perjuicio de las atribuciones del Alcalde para determinar el número de cada uno de tales órganos y establecer niveles complementarios inferiores.

La regulación del órgano para la resolución de las reclamaciones económico-administrativas....>>

personal directivo conforme a los principios y determinaciones que se contienen, por un lado, en el propio artículo 13 y a las que ya nos hemos referido, y, por otro, al respeto a la autonomía local que consagra el artículo 3 del EBEP y que funciona como cláusula de cierre aplicativa para la fijación de las condiciones de aplicación del régimen del empleo público al ámbito local.

3.6.- Grandes ciudades específicas.

Más allá de la reflexión general sobre las grandes ciudades al que nos acabamos de referir cabe indicar que existen, al menos, dos regímenes específicos para las dos grandes ciudades de mayor relevancia en relación con su población, competencias y la propia relevancia social. Nos referimos, claro está, a Madrid y a Barcelona.

A.- Madrid

La regulación se contiene en la Ley 22/2006, de 4 de julio, Ley de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid. En concreto, el artículo 18 de la misma se refiere al Estatuto de los titulares y miembros de los órganos ejecutivos de dirección política y administrativa.

En concreto, el precepto señala que <<...1. Sin perjuicio de los requisitos específicos previstos para cada caso, para ser titular o miembro de un órgano ejecutivo de dirección política y administrativa se requiere en todo caso, ser mayor de edad, disfrutar de los derechos de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales y no estar inhabilitado para ejercer empleo o cargo público por sentencia judicial firme.

2. Los titulares o miembros de órganos ejecutivos de gobierno quedan sometidos al régimen de incompatibilidades establecido para los concejales en la legislación de régimen local y en la presente Ley...>>

Esta determinación se completa en el artículo 21 con la referencia a los órganos directivos en la que se señala que <<...1. La Junta de gobierno, en el marco de lo que se disponga en el correspondiente Reglamento orgánico, podrá crear órganos directivos en el ámbito de la Administración del Ayuntamiento de Madrid.2. Los titulares de los órganos directivos serán nombrados **atendiendo a criterios de competencia profesional y experiencia**, sin perjuicio de lo establecido en la presente Ley y de acuerdo con lo que se determine, en su caso, en el correspondiente Reglamento orgánico....>>³⁰.

B) Barcelona

³⁰ El régimen jurídico se completa con las siguientes indicaciones <<...3. Corresponde a los órganos directivos desarrollar y ejecutar los planes de actuación y decisiones adoptadas por los órganos ejecutivos de dirección política y administrativa competentes. En particular, les corresponde el impulso de la ejecución de las decisiones adoptadas por los órganos políticos, la planificación y coordinación de actividades, evaluación y propuesta de innovación y mejora en relación con los servicios y actividades de su ámbito competencial, sin perjuicio de las funciones específicas que se les deleguen o se les atribuyan como propias

4. Los titulares de los órganos directivos quedan sometidos al régimen de incompatibilidades establecido en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre (RCL 1985, 14; ApNDL 6601), de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, y en otras normas estatales o autonómicas que resulten de aplicación...>>.

Es la Ley 22/1998, de 30 de diciembre, que aprueba la Ley de Carta Municipal de Barcelona la que establece en el artículo 52 la composición del personal del Ayuntamiento en la siguiente forma:

<<...1. Integran el personal del Ayuntamiento:

- a) Los funcionarios de carrera y los funcionarios interinos.
- b) Los contratados laborales.
- c) El personal eventual, nombrado para desarrollar puestos de confianza o asesoramiento especial, así como el personal eventual de alta dirección que reúna las correspondientes aptitudes profesionales...>>

Este régimen jurídico se completa en los apartados 2 y 3 con las siguientes indicaciones:

<<...2. El nombramiento y cese del personal eventual corresponden al alcalde o alcaldesa, el cual debe dar cuenta de los mismos al Consejo Municipal.

3. Los ciudadanos de los estados miembros de la Unión Europea, como consecuencia de la libre circulación de trabajadores, pueden participar en las convocatorias para cubrir las vacantes existentes que no impliquen el ejercicio de potestades públicas o responsabilidad en el cuidado de los intereses locales. El Ayuntamiento debe determinar por reglamento estos supuestos...>>

En línea con lo que anteriormente hemos propuesto como régimen común y con la remisión al Reglamento Interno de la entidad como elemento central de la determinación del número y la propia posibilidad del personal eventual. En esta misma línea, el artículo 53 de la Ley de 1998 señala que <<...1. El Reglamento orgánico debe establecer el número, denominación, funciones y régimen de los puestos de trabajo ocupados por personal de alta dirección.2. Cuando los puestos de trabajo de alta dirección sean ocupados por funcionarios, éstos mantienen la situación administrativa de servicio activo, o pasan a la de servicios especiales, según corresponda en cada caso, de acuerdo con lo que establezca el reglamento que desarrolle la presente Carta...>>.

4.- A modo de conclusión

Realmente las conclusiones en este punto son ciertamente claras y, en gran medida, tributarias de la propia concepción de la LRSL que, como venimos repitiendo, se ubica más en una concepción puramente económica en lo que se refiere a los aspectos organizativos y de personal.

Desde esta perspectiva los elementos más claros pasan, por la reducción del número de personal eventual y de la ubicación del mismo en las áreas de servicios generales salvo que el propio ayuntamiento en su Reglamento de Régimen Interior tenga otras previsiones.

Pero, realmente, la norma no ha resuelto ninguno de los problemas existentes en esta materia y únicamente lo que hace es reducir el problema porque se reduce el número.

La doble funcionalidad del personal eventual, situado, por un lado, en el asesoramiento y la confianza política y no administrativa y, por otro, en una sedicente función directiva ha



resultado “redimensionada” pero no eliminada y, por tanto, nos permite indicar que subsisten los problemas centrales que se han puesto de manifiesto en este trabajo.

En este sentido, sería preciso determinar si la figura y la utilidad del personal laboral deben mantenerse o reconvertirse en un gasto o de las estructuras políticas y de las institucionales.

Y, finalmente, es preciso resolver la estructuración y la funcionalidad de los directivos públicos. El EBEP contenía las líneas generales de un modelo que, ciertamente, podrían haber solventado las dificultades centrales del modelo. Es cierto, sin embargo, que la falta de impulso del EBEP en el ámbito estatal y en el conjunto de operadores llamados al desarrollo han propiciado que algunos de los defectos más perversos de la situación previa se hayan mantenido sin apenas crítica directa de la situación.

Desde nuestra perspectiva las Administraciones tienen que resolver el problema del modelo de la función directiva y, sobre todo, el ajuste de la misma a los principios constitucionales del empleo público como son los de mérito y capacidad. El nombramiento de eventuales sin sujeción al principio de mérito y capacidad para una función que está reservada a la función administrativa – aunque sea la función administrativa directiva- supone una disfuncionalidad que condiciona el modelo en su conjunto.

El personal eventual en el ámbito de la Administración Local

Alberto Palomar Olmeda

Profesor Titular (acred) de Derecho Administrativo

Universidad Carlos III de Madrid

Sumario

1º.- Planteamiento inicial

2º.- Ley de Racionalidad y Sostenibilidad de la Administración Local

3º.- La problemática específica de la función directiva

4º.- Algunas determinaciones específicas

5º.- A modo de conclusión

1.- Planteamiento inicial

Artículo 89.

El personal al servicio de las Entidades locales estará integrado por funcionarios de carrera, contratados en régimen de derecho laboral y personal eventual que desempeña puestos de confianza o asesoramiento especial.

En la regulación concreta

El artículo 104 de la LBRL se limitaba a indicar que el número, características y retribuciones del personal eventual será determinado por el Pleno de la Corporación.

Esta es, esencialmente, la determinación que ha resultado afectada como consecuencia de la LRSL pero que no altera la referencia a los elementos centrales de su régimen jurídico

En punto al régimen jurídico

El apartado 2 cuando señala que “ **el nombramiento y cese es libre y corresponde al alcalde o al Presidente de la entidad local correspondiente**”.

Esta determinación enlaza con la esencia de la figura:

- Su ubicación <<... su contenido funcional en la confianza política o el asesoramiento lejos, por tanto, de la función administrativa- estrictamente considerada- que se reserva a los funcionarios o, incluso, al personal laboral siempre que la función administrativa no conlleve el ejercicio de funciones de autoridad o de potestades....>>

El régimen jurídico se completa

El propio artículo 104 de la LBRL completa este régimen jurídico con la indicación de que los funcionarios eventuales cesan de forma automática en todo caso cuando se produzca el cese o expire el mandato de la autoridad a la que preste su función de confianza o asesoramiento.

Esta referencia al cese obligado cumple la doble habilitación de servir para indicar una causa obligada de terminación de la confianza y, de otro, a la indicación de que lo que ejercen es una función de confianza o de asesoramiento.

La evolución de la confianza

Esta referencia a la estructura del personal eventual es clara y, en su interpretación no deberían haberse planteado problemas sino fuera porque la **expresión confianza se ha mezclado – en el tiempo- con la confianza que es inherente a la función del personal eventual se ha acabado confundiendo con la confianza que se presta a la función directiva.**

Es evidente que el tiempo ha confundido conceptos ya que la confianza directiva no necesariamente es una función de asesoramiento o confianza política sino que realmente conlleva el ejercicio de funciones administrativas que, en esencia, deberían haber quedado fuera del ámbito de aplicación de la figura del personal eventual

El encaje con el 13 del EBEP

<<... El Gobierno y los Órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas podrán establecer, en desarrollo de este Estatuto, el régimen jurídico específico del personal directivo así como los criterios para determinar su condición, de acuerdo, entre otros, con los siguientes principios:

1. Es personal directivo el que desarrolla funciones directivas profesionales en las Administraciones Públicas, definidas como tales en las normas específicas de cada Administración.
2. Su designación atenderá a principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad, y se llevará a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia.
3. El personal directivo estará sujeto a evaluación con arreglo a los criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con los objetivos que les hayan sido fijados.
4. La determinación de las condiciones de empleo del personal directivo no tendrá la consideración de materia objeto de negociación colectiva a los efectos de esta Ley. Cuando el personal directivo reúna la condición de personal laboral estará sometido a la relación laboral de carácter especial de alta dirección....>>.

Pero la naturaleza de la confianza

La confianza que subyace – y debe subyacer en el ámbito de la función directiva- no es de carácter político sino de carácter profesional y, por tanto, las reglas esenciales del nombramiento y de la función y del cese en la misma no tienen nada que ver con la función que se atribuye a los <<eventuales puros>>.

Por decirlo en términos constitucionales, el personal directivo **está plenamente encuadrado en el marco del 103.3. de la CE** y, por tanto, sometida al cumplimiento de mérito y capacidad aunque su formulación – como señala el EBEP en el artículo 13 anteriormente transcrito- puede tener las peculiaridades y determinaciones específicas que señale la norma que establezca la ordenación de la función directiva en la respectiva Administrativa

El problema de fondo

La falta de desarrollo de la función directiva ha justificado que esa zona gris entre la relación puramente política y la relación de empleado público se haya rodeado de confusión y, claro está, se haya acabado de situar en el marco del régimen jurídico más sencillo que, sin duda, es el de eventual.

Y la proyección sobre el régimen jurídico tampoco es clara

Este decantamiento por la relación de eventual tampoco puede considerarse **clara ni siquiera en su formalización que, claro está, se ha llevado a contratos de cualquier orden** lo que ha justificado una amplia jurisprudencia social cuando trata de delimitar la relaciones jurídicas de este personal directivo

De alguna forma...se reconoce

Disposición adicional duodécima. Retribuciones en los contratos mercantiles y de alta dirección del sector público local y número máximo de miembros de los órganos de gobierno.

1. Las retribuciones a fijar en los contratos mercantiles o de alta dirección suscritos por los entes, consorcios, sociedades, organismos y fundaciones que conforman el sector público local se clasifican, exclusivamente, en básicas y complementarias.

Las retribuciones básicas lo serán en función de las características de la entidad e incluyen la retribución mínima obligatoria asignada a cada máximo responsable, directivo o personal contratado.

Las retribuciones complementarias, comprenden un complemento de puesto y un complemento variable. El complemento de puesto retribuiría las características específicas de las funciones o puestos directivos y el complemento variable retribuiría la consecución de unos objetivos previamente establecidos.

2.- La Ley de Racionalización y sostenibilidad

- A) Limitación del número o el coste de los eventuales en Ayuntamiento y Entidades locales
- B) Limitaciones en el ámbito de las Diputaciones Provinciales, Cabildos y demás entidades locales diferenciadas
- C) Asignación funcional

A) Limitación del número

El artículo 104 bis

El criterio del legislador no es uniforme. Siendo predominante la referencia al número de habitantes, dicho criterio se vincula en unos casos al número de personas que componen la organización o al número de personas que tienen dedicación exclusiva en la misma.

Para los ayuntamiento de más de 500.000 habitante se rompe el criterio puramente numérico para centrarse en el de gasto – referido a la propia plantilla- de forma que el gasto total de aquellos no pueda exceder del 0,7 del número total de puestos de la plantilla

B) Limitaciones en el ámbito Diputaciones

El apartado **2 del propio artículo 104 bis** cuando señala que <<...2. El número de puestos de trabajo cuya cobertura corresponda a personal eventual en las Diputaciones provinciales será el mismo que el del tramo correspondiente a la Corporación del Municipio más poblado de su Provincia. ..>>.

Se fija aquí un criterio único: número de habitantes del municipio de mayor población de los que componen la respectiva provincia. Es cierto que aunque el criterio es único el resultado no lo es porque se remite a la escala general que determina el número en función, precisamente, del criterio poblacional

Consejos y Cabildos

Los Consejos y Cabildos insulares se fija un criterio que diferencia según que **la isla tenga más o menos de 800.000 habitantes.**

Si la Isla tiene más de 800.000 habitantes se reduce en 2 respecto del número actual de miembros del cabildo y en las de menos de 800.000 habitantes, el 60 % de los cargos electos en cada Cabildo o Consejo Insular

EL resto de Entidades Locales o de sus organismos dependientes no podrán incluir en sus respectivas plantillas, puestos de trabajo cuya cobertura corresponda a personal eventual

C) Asignación funcional

Como regla, el personal eventual tendrá que **asignarse a los servicios generales de las Entidades Locales en cuya plantilla aparezca consignado.**

Esta regla se completa con una referencia excepcional a que podrán asignarse, con carácter funcional, a otros de los servicios o departamentos de la estructura propia de la Entidad Local, **si así lo reflejare expresamente su reglamento orgánico.**

La delimitación funcional que se propone no aparece, desde luego, que responda simétricamente a lo que hemos postulado ya que si se trata de confianza o asesoramiento especial la conexión con los servicios generales resulta, cuando menos, superflua ya que la conexión funcional lo es por razón de la materia y no del tipo de servicios.

Es probable, eso sí, que el legislador sea consciente de la realidad a la que nos venimos refiriendo y como consecuencia la fórmula no puede considerarse ni mínimamente cerrada.

D) Régimen de transparencia

Las Corporaciones locales publicarán semestralmente en su sede electrónica y en el Boletín Oficial de la Provincia o, en su caso, de la Comunidad Autónoma uni-provincial el número de los puestos de trabajo reservados a personal eventual.

El Presidente de la Entidad Local informará al Pleno con carácter trimestral del cumplimiento de lo previsto en este artículo 104 bis.

En especial: régimen de aplicación

- A) Los de suficiencia económica: Junio de 2015
- B) Los de insuficiencia económica, el 31 de diciembre de 2013.

El concepto de suficiencia: <<...Entidades Locales que cumplan con los requisitos de estabilidad y deuda pública y que, además, no superen en más de 30 días el plazo máximo previsto para la morosidad...>>.

Conclusión

La conclusión de la regulación que acabamos de examinar nos permite entender verificado el planteamiento inicialmente expuesto, esto es, que se trata de una racionalización de las estructuras cuyo sentido no es orgánico sino únicamente centrada en la perspectiva del gasto estructural.

3.- La problemática específica de la función directiva

Una de las características centrales del EBEP es que no impone un modelo de directivos.

Se limita a indicar en el artículo 13 – al que ya nos hemos referido- que determinados órganos ejecutivos pueden establecer un sistema de directivos sin precisar que se trate de una determinación obligatoria.

En consecuencia podemos decir que la introducción de un modelo de directivos, desde una perspectiva legal, **no es obligatoria si no que es fruto de la decisión de política pública basada** en la necesidad de la racionalización de los propios modelos de gestión.

La decisión sobre el establecimiento de este sistema es pues una decisión libre de aquellas organizaciones que consideran que pueden servir mejor al objetivo público con esta forma de organización.

El modelo

Podemos, por tanto, indicar que del EBEP se proyectan, por tanto, un conjunto de Administraciones **configuradas en dos o tres tramos**.

En dos tramos (políticos- funcionarios) si por la respectiva Administración no se introduce un sistema de dirección pública y en tres tramos (políticos- directivos-funcionarios) cuando en el ejercicio de la potestad que conforma el artículo 13 del EBEP se haya decidido – en los términos a los que inmediatamente aludiremos- el establecimiento de un sistema de directivos públicos.

Principios legales en la determinación

- A) Obligación de definición previa de la función directiva profesional
<<...Es personal directivo el que desarrolla funciones directivas profesionales en las Administraciones Públicas, definidas como tales en las normas específicas de cada Administración..>>.
- B) Criterios determinantes del reclutamiento y alguna referencia a los elementos centrales de la relación jurídica de los directivos públicos
- C) Criterios directamente relacionados con el ejercicio de la función directiva
- D) Exclusión de la negociación colectiva
- E) Régimen de dedicación de los directivos públicos

El directivo en el ámbito local

En el artículo 3º en el que se indica que <<...1. El personal funcionario de las Entidades Locales se rige por la legislación estatal que resulte de aplicación, de la que forma parte este Estatuto y por la legislación de las Comunidades Autónomas, con respeto a la autonomía local...>>.

El 6 del EBEP

En desarrollo de este Estatuto, las Cortes Generales y las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas aprobarán, en el ámbito de sus competencias, las Leyes reguladoras de la Función Pública de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas.

El 92 de la LBRL

1. Los funcionarios al servicio de la Administración local se rigen, en lo no dispuesto en esta Ley, por la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, por la restante legislación del Estado en materia de función pública, así como por la legislación de las Comunidades Autónomas, en los términos del artículo 149.1.18.ª de la Constitución.
2. Con carácter general, los puestos de trabajo en la Administración local y sus Organismos Autónomos serán desempeñados por personal funcionario.

La consecuencia

La opción del 92 trastoca el régimen de fuentes haciendo **concurrente** (cuando no primaria) su aplicación con la del régimen local y habilitando para llenar la regulación con las normas que las Comunidades Autónomas pueden dictar en ejecución de ambos títulos competenciales (función pública y régimen local).

Esto nos permitiría aludir a una concurrencia normativa en dos planos, el estatal, en el que confluyen la normativa de función pública y la de régimen local entendiéndose que las dudas o los conflictos que puedan surgir se resuelven a favor de la indicada en primer término – frente a lo que ocurre en estos momentos que prima el régimen local sobre el régimen funcional común-; el autonómico, en el que aparecen las normas con el techo de la legislación básica pueden dictar las Comunidades Autónomas en materia de función pública (ex artículos 6 del EBEP) y en materia de régimen local.

Aunque

Conforme al primero (13), corresponde a la respectiva Comunidad Autónoma establecer el régimen jurídico de los directivos públicos que se aplica a la Administración Local pero si afecta – y como venimos afirmando puede afectar, al régimen del personal funcionario o laboral dicha regulación debe tener en consideración el bloque de “legislación local” y la autonomía local como referente de cierre en la conformación del ejercicio de las propias competencias

4.- Algunas determinaciones específicas

El régimen de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre de medidas de modernización del gobierno local.

Introduce un nuevo título X en la LBRL

El artículo 130

Características

Desde la perspectiva del régimen jurídico el citado artículo se limita a indicar que <<...3. El nombramiento de los coordinadores generales, y de los directores generales **deberá efectuarse entre funcionarios de carrera del Estado**, de las Comunidades Autónomas, de las entidades locales o funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional, a los que se exija para su ingreso el título de doctor, licenciado, ingeniero, arquitecto o equivalente, salvo que el Pleno, al determinar los niveles esenciales de la organización municipal, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 123.1 c), permita que, en atención a las características específicas del puesto directivo, su titular no reúna dicha condición de funcionario. **En este caso los nombramientos habrán de efectuarse motivadamente y de acuerdo con criterios de competencia profesional y experiencia en el desempeño** de puestos de responsabilidad en la gestión pública o privada.... >>.

Madrid. Ley 22/2006 de Capitalidad

1.- Habilitación para la creación de

2. Los titulares de los órganos directivos serán nombrados **atendiendo a criterios de competencia profesional y experiencia**, sin perjuicio de lo establecido en la presente Ley y de acuerdo con lo que se determine, en su caso, en el correspondiente Reglamento orgánico...>>. El régimen jurídico se completa con las siguientes indicaciones <<...3. Corresponde a los órganos directivos desarrollar y ejecutar los planes de actuación y decisiones adoptadas por los órganos ejecutivos de dirección política y administrativa competentes. En particular, les corresponde el impulso de la ejecución de las decisiones adoptadas por los órganos políticos, la planificación y coordinación de actividades, evaluación y propuesta de innovación y mejora en relación con los servicios y actividades de su ámbito competencial, sin perjuicio de las funciones específicas que se les deleguen o se les atribuyan como propias.4. Los titulares de los órganos directivos quedan sometidos al régimen de incompatibilidades establecido en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre (RCL 1985, 14; ApNDL 6601)de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, y en otras normas estatales o autonómicas que resulten de aplicación...>>.

Barcelona

Art. 52 Ley 22/1998, de 30 de diciembre

<<...<<...2. El nombramiento y cese del personal eventual corresponden al alcalde o alcaldesa, el cual debe dar cuenta de los mismos al Consejo Municipal.3. Los ciudadanos de los estados miembros de la Unión Europea, como consecuencia de la libre circulación de trabajadores, pueden participar en las convocatorias para cubrir las vacantes existentes que no impliquen el ejercicio de potestades públicas o responsabilidad en el cuidado de los intereses locales. El Ayuntamiento debe determinar por reglamento estos supuestos...>>

5.- A modo de conclusión

La norma **no ha resuelto ninguno** de los problemas existentes en esta materia y únicamente lo que hace es reducir el problema porque se reduce el número.

La doble funcionalidad del personal eventual, situado, por un lado, en el asesoramiento y la confianza política y no administrativa y, por otro, en una sedicente función directiva ha resultado “redimensionada” pero no eliminada y, por tanto, nos permite indicar que subsisten los problemas centrales que se han puesto de manifiesto en este trabajo.

Por ello

En este sentido, sería preciso determinar si la figura y la **utilidad del personal eventual** debe mantenerse o reconvertirse en un gasto o de las estructuras políticas y de las institucionales.

Y, finalmente, **es preciso resolver la estructuración y la funcionalidad de los directivos públicos**. El EBEP contenía las líneas generales de un modelo que, ciertamente, podrían haber solventado las dificultades centrales del modelo. Es cierto, sin embargo, que la falta de impulso del EBEP en el ámbito estatal y en el conjunto de operadores llamados al desarrollo han propiciado que algunos de los defectos más perversos de la situación previa se hayan mantenido sin apenas crítica directa de la situación.

2a

sessió

21/11/14

La reforma laboral del 2012 i la seva afectació al personal interí i indefinit no fix de les entitats locals. Funcionarització i laboraltització després de la reforma local del 2013.

Xavier Boltaina i Bosch, gerent de la Diputació de Barcelona i professor de Dret Administratiu de la Universitat de Barcelona.

El nou règim de les mútues i el control de la incapacitat temporal. Aspectes individuals i col·lectius.

Carolina Gala Duran, professora de Dret del Treball i de la Seguretat Social de la Universitat Autònoma de Barcelona.

La reforma laboral del 2012 i la seva afectació al personal interí i indefinit no fix de les entitats locals. Funcionarització i laborabilització després de la reforma local del 2013

Xavier Boltaina i Bosch

Professor de Dret Administratiu de la
Universitat de Barcelona

Gerent de la Diputació de Barcelona

Director del Seminari de Relacions Col·lectives

Efectius de personal pre i post reforma laboral del 2010 i 2012

RCP gener 2009.

- la funció pública espanyola suposava un total de 2,63 milions d'empleats públics.
- 1,5 milions funcionaris.
- 0,68 milions laborals.
- 0,36 milions “altre personal”
- la fp espanyola del 2014 suposa 2,55 milions d'empleats públics (-0.96 per cent)

1. Administració Pública Estatal, inclosa EPE: 0,575 milions.
2. CCAA: 1,33 milions.
3. AL: 0,629 milions.

2014:

1. APE: 0,558 milions.
2. CCAA: 1,28 milions.
3. AL: 0,560 milions

Comparativa:

APE 2009 / 2014: 575.000/ 558.802

CCAA 2009 / 2014: 1.330.000/ 1.284.646

Disminució estatal: 2,8 per cent.

Disminució CCAA: 3,45 per cent

Percentatge tècnic anual: 2,5 per cent.

Administració local:

2009: 629.505 efectius.

2014: 560.774 efectius.

Disminució de 68.731 efectius (11%)

Ajuntaments:

2009: 549.442 efectius.

2014: 501.176 efectius.

Disminució: 8,74 %

Diputacions:

2009: 80.063 efectius.

2014: 59.500 efectius.

Disminució: 25,5 %

Disminució per modalitat jurídica:

Administració local

2009:

A) funcionaris: 213.984.

B) laborals: 371.331.

2014:

A) funcionaris: 213.433 (- 0,25 %)

B) laborals: 309.480 (- 16,65 %)

Catalunya:

2009:

31.286 empleats APE
162.213 empleats CCAA
99.682 empleats AL.

2014:

29.267 empleats APE.
163.673 empleats CCAA.
84.933 empleats AL (- 14,8 per cent).

Disposición adicional vigésima. Aplicación del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el Sector Público

El despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción del personal laboral al servicio de los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público de acuerdo con el artículo 3.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, se efectuará conforme a lo dispuesto en los artículos 51 y 52.c) del Estatuto de los Trabajadores y sus normas de desarrollo y en el marco de los mecanismos preventivos y correctivos regulados en la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas.

Tendrá prioridad de permanencia el personal laboral fijo que hubiera adquirido esta condición, de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, a través de un procedimiento selectivo de ingreso convocado al efecto, cuando así lo establezcan los entes, organismos y entidades a que se refiere el párrafo anterior.

A efectos de las causas de estos despidos en las Administraciones Públicas, entendiéndose como tales, a los entes, organismos y entidades a que se refiere el artículo 3.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, se entenderá que concurren causas económicas cuando se produzca en las mismas una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes.

En todo caso, se entenderá que la insuficiencia presupuestaria es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos. Se entenderá que concurren causas técnicas, cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de la prestación del servicio público de que se trate y causas organizativas, cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal adscrito al servicio público.

Tendrá prioridad de permanencia el personal laboral fijo que hubiera adquirido esta condición, de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, a través de un procedimiento selectivo de ingreso convocado al efecto, cuando así lo establezcan los entes, organismos y entidades a que se refiere el párrafo anterior.

Disposición adicional vigésima primera.

Lo previsto en el artículo 47 de esta Ley no será de aplicación a las Administraciones Públicas y a las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de una o varias de ellas y de otros organismos públicos, salvo a aquellas que se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado.

L'extinció del contracte del treballador indefinit no fix /interí en plaça vacant.

1. TINF: Naixement de la figura el 1996 i concreció al 1998, SSTS 20 i 21-1-1998.
2. Distinció entre treballador fix, indefinit no fix i temporal.
3. EBEP: falsa distinció entre fix, “indefinit” i temporal.
4. STSJ 1-9-2014: *“figura que quedó positivizada años después a través del EBEP”*.
5. Treballador interí en plaça vacant: No apareix a l'ET / Si per via reglamentària al 1995, i abans jurisprudencialment.

La problemàtica indemnitzatòria

1. Fins 2010, el debat se centrava sobre tot en l'extinció per cobertura definitiva.
2. Doctrina: també era possible l'extinció per amortització de la plaça ocupada.
3. Problemàtica indemnitzatòria:
 - A) equiparació de les causes extintives dels contractes d'interinitat i dels TINF, fins i tot l'amortització, a través de l'art.49.1.b) de l'ET, i per tant, fora del procediment de l'art.51 i 52.c) de l'ET. (doctrina judicial del TS i dels TSJ, fins 2013 en el cas de Catalunya, 12-7-2011).

B) no equiparació entre l'extinció per cobertura i extinció per amortització.

- supòsit de la UPM.
- extinció de llocs de funcionaris interins.
- extinció de 156 llocs a la RLLT coberts per treballadors interins en plaça vacant.
- un total de 300 llocs de treball.

Eix central del debat:

¿Pot l'Administració extingir un contracte d'interinitat o un contracte de TINF per extinció correcta del lloc de treball en la RLLT?

Primera instància. No indemnització, STSJ de Madrid de 14-6-2013, proc. acom col·lectiu.

SSTS de 24-6-2014 i 17-7-2014. RCUD

- a) ¿Inclou la DA 20 de l'ET als treballadors interins i al TINF?
- b) STS 24-6-2014: Ple de la Sala Social del TS
- c) Autoreflexió del TS: “doctrina tradicional”. Els contractes d'interinitat s'extingien no sols cobertura de plaça sinó també per amortització. Sense anar al procediment de l'ET. SSTS 8-6-2011, 25-11-2013 i 13-1-2014)

D) “doctrina tradicional” que “debe rectificarse”.

E) divisió discursiva entre treballadors interins i TINF.

5. ¿Quin paper té la RLLT?.

Valor probatori per acreditar la concurrència de les causes econòmiques, organitzatives o d'altres que puguin justificar l'extinció.

Eix central del canvi de criteri:

1. modificació de la doctrina tradicional després de la DA 20 de l'ET.
2. STS: “evidencia que la misma se aplica al personal indefinido no fijo y al interino por vacante”.
3. art.35 RD 1483/2012: pels tràmits de l'art.51 de l'ET “se incluirá a la totalidad del personal laboral contratado en el ámbito correspondiente”.
4. “la simple amortización de una plaza vacante, ocupada por un trabajador indefinido no fijo (...) no conlleva la extinción de los contratos sin necesidad de acudir al procedimiento previsto en los artículos 51 y 52.c) del ET. Ello, incluso, cuando se haya aprobado una nueva RPT”.

Qüestions a tenir en compte

1. TINF. No sempre es per frau de llei o incorrecció contractual. P.ex., art.15.5 ET o art.15.1.a) ET.
2. TINF. No té per que ocupar necessàriament un lloc formalment aprovat en la RLLT (potser ni existeix la RLLT o sigui indesxifrable).
3. TINF. No sembla recomanable presentar RS. TSJ Catalunya 2-9-2014, 1000 euros de costes.
4. TINF. Voluntat real del legislador?

Interí: el TS té dificultat interpretatives.

Interí: dubtes sobre l'aplicació de la DA 20 ET

A) considera legítim l'amortització a l'empara de l'art.74 de l'EBEP

B) pero l'EBEP “no puede conllevar la automática extinción del contrato de interinidad”.

C) perquè? Perque no està prevista legalment com a causa d'extinció.

D) el contracte interí s'extingueix abans de que arribi el temps pactat: “un perjuicio para la otra parte que ve truncadas sus expectativas de empleo, incluso de ganar en concurso la plaza”.

Esmena retirada, nr.170, Senat, Llei de racionalització sector públic:

“En casos de puestos de trabajo que no fueren de necesaria cobertura, la extinción de la relación laboral se producirá con la amortización del mismo a través de los procedimientos de supresión de puestos de trabajo propios de la Administración de que se trate (...) sin que resulte de aplicación los procedimientos y efectos previstos para el despido en los artículos 51 y 52 del ET, con independencia del número de trabajadores afectados”.

“la Administración deberá dictar, en todo caso, resolución sobre el carácter innecesario de la provisión del puesto”.

El nou règim de les mútues i el control de la incapacitat temporal. Aspectes individuals i col·lectius.

Carolina Gala Duran,
Professora de Dret del Treball
i de la Seguretat Social
Universitat Autònoma de Barcelona.

- Dos normas implicadas:
 - Proyecto de Ley por el que se modifica el texto refundido de la LGSS en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social (actualmente en el Senado).
 - Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros 365 días de su duración.

Proyecto de Ley

- Incorpora importantes cambios de diverso tipo, principalmente estructurales → funcionamiento y organización interna de las Mutuas.
- Se cambia el nombre → de MATEP a Mutuas Colaboradoras de la Seguridad Social (MCSS).
- Se modifican varios artículos de la LGSS, consolidando aspectos ya aplicados, vinculados con la gestión de la IT por contingencias comunes, completando contenidos y actualizándolos.
- Regulación bastante más completa que la anterior.

Art. 68 LGSS

Se definen las MCSS como → asociaciones privadas de empresarios constituidas mediante autorización del MESS e inscripción en un Registro especial, que tienen por finalidad colaborar en la gestión de la SS, bajo la dirección y tutela del mismo, sin ánimo de lucro y asumiendo sus asociados responsabilidad mancomunada.

Ámbito de actuación → territorial → estatal.

- Gestión de la prestaciones económicas y AS, incluida rehabilitación, en el marco de los AT y EP, así como las actividades de prevención de tales contingencias que dispensa la acción protectora.
- Gestión de la prestación económica por IT derivada de ANL/EC.
- Gestión de las prestaciones por RDE y RDLN.
- Gestión de las prestaciones por cese en la actividad de los TA.

- La gestión de la prestación por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.
- Las demás actividades que les sean atribuidas legalmente.

La protección otorgada debe tener el mismo alcance que la que dispensa la EG, con alguna particularidad:

- **AT/EP** → la MCSS determinará inicialmente el carácter profesional de la contingencia, sin perjuicio de su posible revisión por el INSS.

Los actos de reconocimiento, suspensión o extinción deben ser motivados y por escrito, estando supeditada su eficacia a la notificación al interesado. También notificación al empresario.

¿Qué son las actividades “preventivas”?

Prestaciones asistenciales que no generan derechos subjetivos, dirigidas a asistir en el control y, en su caso, reducción de los AT y EP. También actividades de asesoramiento a las empresas asociadas al objeto de que adapten sus puestos de trabajo y estructuras para la recolocación de los trabajadores accidentados o con patologías de origen profesional, así como actividades de ID+i a realizar directamente por las MCSS, dirigidas a la reducción de las contingencias profesionales.

Es el MESS (o de forma compartida con la CC.AA.) quien planifican periódicamente las actividades preventivas de las MCSS, las tutela y evalúa.

Cualquier reclamación → Jurisdicción social, incluidas indemnizaciones.

Evitar “abusos”:

La colaboración de las MCSS no puede servir de fundamento a operaciones de lucro mercantil ni comprenderá actividades de captación de empresas asociadas o de TA adheridos. Tampoco puede dar lugar a la concesión de beneficios de ninguna clase a favor de los empresarios asociados, ni a la sustitución de éstos en las obligaciones que les correspondan.

Las MCSS forman parte del **sector público estatal**, de carácter administrativo, en función con la naturaleza pública de sus funciones y recursos, sin perjuicio de su naturaleza privada → **Limitaciones retributivas e indemnizatorias.**

Otras cuestiones:

Constitución (art. 69 LGSS) → mínimo 50 E, 30.000 T y un volumen de cotización por AT/EP no inferior a 20 millones de euros.

Régimen económico-financiero (art. 70 LGSS) → cotizaciones, rendimientos, bienes muebles, inmuebles...

Órganos de gobierno (art. 71 LGSS) → siguen siendo Junta General, Junta Directiva y Director Gerente. También Comisión de Control y Seguimiento y Comisión de Prestaciones Especiales. **Mayor control MESS** y control de retribuciones e indemnizaciones. Incompatibilidades y responsabilidades.

Convenio de asociación (art. 72)

Se mantiene la opción INSS/MCSSS y el convenio de asociación tiene una vigencia de un año, prorrogable por períodos anuales.

Control del MESS (art. 73)

El MESS ejerce funciones de dirección y tutela de las MCSSS.

Se amplían los mecanismos de control, especialmente desde la perspectiva económico-financiera.

Patrimonio, régimen de contratación y resultado económico y reservas de estabilización (arts. 74 y 75)

Excedentes y Fondo de Contingencias Profesionales de la Seguridad Social (art. 75 bis) → una vez constituida la reserva el 80% del excedentes se dedica a este Fondo, controlado por la TGSS y el MESS (mejora de instalaciones de la MCSS, investigación, rehabilitación, incentivos a las empresas, necesidades de Tesorería...).

El excedente en contingencias comunes → Fondo de Reserva de la Seguridad Social. “Patrimonio de la Seguridad Social”.

Medidas cautelares y responsabilidad mancomunada (art. 75 ter)

Disolución y liquidación (art. 76)

Muy importante → se prohíbe la participación de las MCSS en sociedades o entidades dedicadas a la PRL (servicios de prevención ajenos) → deben vender sus participaciones en las sociedades mercantiles de prevención o liquidarlas.

Nuevo art. 32 LPRL → Las MCSS no podrán desarrollar las funciones correspondientes a los servicios de prevención ajenos, ni participar con cargo a su patrimonio histórico en el capital social de una sociedad mercantil en cuyo objeto figure la actividad de prevención.

LGSS (DA 11^a) – Gestión de la IT EC/ANL

- La MCSS desarrolla la gestión de la prestación económica por IT derivada de contingencias comunes de los trabajadores al servicio de las empresas o entidades asociadas y de los trabajadores por cuenta propia, de conformidad con los arts. 72.1.a) párr. 2º y 72.1.b) párr. 1º, y Cap. IV Título II → nueva redacción.
- Corresponde a la MCSS declarar el derecho a la prestación económica, así como su denegación, suspensión, anulación y extinción, sin perjuicio del control sanitario de las altas y bajas médicas por parte de los SPS.

- Los actos anteriores serán motivados y se formalizarán por escrito, estando supeditada su eficacia a la notificación al beneficiario. También se notificarán al empleador si existe una relación laboral.

- Recibido el parte de baja, la MCSS comprobará que el beneficiario cumple los requisitos de afiliación/alta y período de cotización y fijará el importe del subsidio → adoptará un acuerdo de declaración inicial del derecho a la prestación.

- Durante el plazo de 2 meses siguientes a la liquidación y pago del subsidio, los pagos tienen carácter provisional, pudiendo la MCSS regularizar los pagos provisionales, que adquieren el carácter de definitivos una vez transcurra ese plazo de 2 meses.

- **Actos de control y seguimiento: De diverso tipo y claramente reforzados**

- Se definen como aquellos dirigidos a comprobar la concurrencia de los hechos que originan la situación de necesidad y de los requisitos que condicionan el nacimiento o mantenimiento del derecho, así como los reconocimientos y exámenes médicos.

- Estos actos de control pueden realizarse a partir del día de la baja médica.
- Respecto a las citaciones para examen o reconocimiento médico, la incomparecencia injustificada es causa de extinción del derecho (art. 131 bis LGSS), sin perjuicio de la suspensión cautelar prevista en el art. 132.3 LGSS.
- La MCSS **puede realizar pruebas diagnósticas y tratamientos terapéuticos y rehabilitadores**, con la finalidad de evitar la prolongación innecesaria del proceso de IT previa autorización del médico del SPS y consentimiento informado del paciente. Los resultados se pondrán a disposición del facultativo del SPS a través de los servicios de interoperabilidad del SNS, para su incorporación en la historia clínica electrónica del paciente.

- Las pruebas diagnósticas y los tratamientos terapéuticos y rehabilitadores se realizarán principalmente en los centros asistenciales gestionados por la MCSS para dispensar la asistencia derivada de las contingencias profesionales y, con carácter subsidiario, pueden realizarse en centros concertados, autorizados para dispensar sus servicios en las contingencias profesionales y en los términos previstos reglamentariamente.
- Y en ningún caso, las pruebas y tratamientos supondrán la asunción de la AS ni dará lugar a la dotación de recursos.

Otra vía de seguimiento → Si la MCSS en base al contenido de los partes médicos y de los informes emitidos en el proceso, así como a través de la información obtenida de la labor de control antes vista, considera que el beneficiario puede no estar impedido para el trabajo, puede formular una propuesta motivada de alta médica a través de sus médicos, dirigida a la Inspección Médica del SPS. La MCSS comunicará simultáneamente al trabajador y al INSS que se ha enviado la propuesta de alta.

- La IM de los SPS está obligada a comunicar a la MCSS y al INSS, en un plazo máximo de 5 días hábiles desde el siguiente a la recepción de la propuesta de alta, su estimación (con la emisión del alta) o su denegación (acompañando informe médico motivado):

- Si se estima la MCSS notificará la extinción del derecho al trabajador y a la empresa y su fecha de efectos.

- Si la IM considera necesario citar al trabajador para una revisión, ésta se realizará dentro del plazo de 5 días antes citado. En caso de incomparecencia se comunicará en el mismo día a la MCSS. Ésta dispondrá de un plazo de 4 días para comprobar si la incomparecencia estaba justificada y suspenderá el pago del subsidio con efectos del día siguiente al de la incomparecencia. Si el trabajador lo justifica se repone el subsidio, si no lo hace la MCSS extinguirá el derecho a la prestación.

- Cuando la IM desestime la propuesta de alta formulada por la MCSS o bien no contesta en plazo, la MCSS puede solicitar la emisión del parte de alta al INSS (DA 52ª) → debe resolver en el plazo de 4 días.
- Las comunicaciones entre los médicos de la MCSS, SPS e INSS se realizarán preferentemente por medios electrónicos, informáticos o telemáticos.
- Las MCSS no pueden desarrollar las funciones de gestión de la prestación a través de medios concertados, sin perjuicio de recabar los servicios de los centros sanitarios autorizados para realizar pruebas diagnósticas o tratamientos terapéuticos y rehabilitadores en su labor de control.

Las MCSS pueden celebrar convenios y acuerdos con las EG y SPS, previa autorización del MESS, para la realización en sus centros asistenciales de reconocimientos médicos, pruebas diagnósticas, informes, tratamientos sanitarios y rehabilitadores, incluidas intervenciones quirúrgicas, que aquellos les soliciten, en el margen que permita su destino a las funciones de colaboración → recibirán la correspondiente compensación económica.

Con carácter subsidiario y sin perjudicar su función las MCSS pueden celebrar conciertos con entidades privadas, previa autorización del MESS, para la realización de pruebas y tratamientos.

Y las MCSS pueden establecer convenios de colaboración con los Servicios de Salud de las CC.AA. con el fin de mejorar la eficacia en la gestión y el control de la IT.

RD 625/2014 → Temas a tratar

- Aspectos generales de la gestión de la IT.
- Aspectos generales y ámbito de aplicación del nuevo RD 625/2014.
- Mecanismos de control de la IT → Partes médicos de baja y confirmación.
- Mecanismos de control → Partes de alta.
- Tramitación de los partes médicos.
- Propuestas de alta médica formuladas por las MATEP en contingencias comunes.

Temas a tratar

- Procedimiento para la determinación de la contingencia.
- Procedimiento para la revisión de la declaración de alta médica por los servicios médicos de las MATEP en procesos de IT derivados de contingencias profesionales.
- Procedimiento de disconformidad con el alta médica emitida por el INSS (art. 128.1.a) LGSS y art. 3 RD 1430/2009) una vez superados los 365 días de IT.
- Actividades de seguimiento y control de la IT.

Temas a tratar

- Cooperación y coordinación entre entidades.

Aspectos generales

- IT → la prestación que ha sufrido mayores reformas en cuanto a su gestión y control (ya desde los años 80 del siglo pasado) y de forma periódica.
- Gestión muy compleja → diversos sujetos intervinientes (INSS, ISM, MATEPS o MCSS, SPS, empresas...).

Aspectos generales

- Objetivos de las reformas:
 - “Tradicionales”: Contener el gasto/atajar el fraude.
 - “Vinculados a las últimas reformas”:
 - Dar mayor protagonismo a las entidades responsables de la “prestación económica” en detrimento del control por parte de los SPS.
 - Mejorar la gestión de la prestación, dadas las posibilidades derivadas de las nuevas tecnologías.
- ¿Sigue siendo muy elevado el gasto en IT? → Efectos de la crisis económica/Efecto “presentismo”.

Aspectos generales

Año	Gasto (millones de euros)	Incremento %
2006	6.850,48	3,89
2007	7.253,59	5,89
2008	7.534,98	3,87
2009	7.176,03	- 4,75
2010	6.732,98	- 6,17
2011	6.241,07	- 7,31
2012	5.360,16	- 14,11
2013 (previsión de liquidación)	5.027,61	- 6,20
2014 (gasto presupuestado)	4.878,37	- 2,97

Evolución bajas por IT

Año	Nº de bajas (media mensual)	Duración media (días)
2007	483.011	37,58
2008	462.784	37,81
2009	430.596	38,11
2010	367.365	40,41
2011	350.804	35,71
2012	283.923	37,12
2013	262.345	36,06
2014	330.427	32,51

Número medio mensual de procesos iniciados en 2013	
Contingencias comunes sin RETA	262.345
AT y EP	41.690
RETA	28.063
Total	332.098
Total anual	3.985.176

Aspectos generales

- Última reforma ya aprobada → RD 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por IT en los primeros 365 días de su duración.
 - Entró en vigor el día 1/9/2014.
 - En algunos aspectos no entrará en vigor hasta el día 1/3/2015.
 - Deroga el RD 575/1997, de 18 de abril, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de la prestación económica de la SS por IT y Orden 19/6/1997.

Aspectos generales

- Las últimas reformas ya “cambiaron el panorama” de la gestión y control de la IT:
 - Reforma del art. 128.a) LGSS por Ley 40/2007 → atribución al INSS e ISM del control médico de la IT a partir de los 365 días de baja.
 - DA 52 LGSS (incorporada por la Ley 35/2010) → se atribuye al INSS o ISM, a través de sus inspectores médicos, las mismas competencias de la Inspección de servicios sanitarios de la SS u órgano equivalente del SPS, para emitir el alta a todos los efectos, hasta el cumplimiento de la duración máxima de 365 días.

Aspectos generales

- DA 40^a LGSS permite, tanto a las EG, como a las inspecciones médicas de los SPS, el intercambio de los datos médicos necesarios para ejercer sus competencias en materia de control de la IT.
- Y modificaciones en relación con la extinción de la prestación de IT (art. 131 bis LGSS) llevadas a cabo por la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, PGE 2014.

RD 625/2014 → **Ámbito**

Recoge toda la materia de control de la prestación de IT, siempre que:

- Se trate de procesos de IT que no hayan superado los 365 días de duración.
- Cualquiera que sea la contingencia.
- Personas incorporadas en cualquier régimen de SS, salvo los regímenes especial de funcionarios públicos (funcionarios civiles del Estado, Fuerzas Armadas y funcionarios de la Administración de Justicia).

Mecanismos de control → Partes médicos de baja y confirmación

1. La emisión del “**parte médico**” de baja origina el inicio de las actuaciones conducentes al reconocimiento del derecho al subsidio por IT (si se cumple el resto de requisitos):

- Contingencias comunes → corresponde al médico del SPS que haya efectuado el reconocimiento del trabajador afectado.
- Contingencias profesionales → si la empresa o entidad está asociada a una MATEP → servicios médicos de la MATEP.

2. Los partes médicos se han de elaborar conforme a un **modelo** que permita su gestión informatizada, en el que ha de figurar un código identificativo del centro de salud emisor → En tanto no se aprueben los nuevos modelos de partes, mantienen su vigencia los anteriores (OM 19-6-1997).

3. El parte de baja debe ir precedido de un **reconocimiento médico** que permita la determinación objetiva de la IT para el trabajo habitual, a cuyo efecto el médico requerirá al trabajador los datos necesarios que contribuyan tanto a precisar la patología objeto de diagnóstico, como su posible incapacidad para realizar su trabajo (“visión exclusivamente laboral”).

4. Novedad → una vez emitido el parte, el SPS o MATEP han de remitir al INSS, por vía telemática, y dentro del primer día hábil siguiente a su emisión:

- * Datos personales del trabajador.
- * Fecha de la baja.
- * Contingencia causante.
- * Código de diagnóstico.
- * Código nacional de ocupación del trabajador.
- * Duración probable del proceso y, en su caso, la aclaración de que el proceso es una recaída, así como la fecha de la baja del proceso que lo origina.
- * Fecha en que se realizará el siguiente reconocimiento médico.

5. Posteriormente, el INSS ha de transmitir, en el primer día hábil siguiente a su recepción, al ISM y a las MATEP los partes que se refieran a trabajadores que tengan la protección de IT a cargo de tales entidades.

6. Con el objetivo de que las actuaciones médicas cuenten con el mayor respaldo técnico posible se pondrán a disposición de los médicos tablas de duración óptima tipificadas para los distintos procesos patológicos susceptibles de generar incapacidades así como tablas sobre el grado de incidencia de aquellos procesos en las distintas actividades laborales.

¿Duración de la IT?

- **7. Novedad** → se prevé que los partes de baja y de confirmación de baja se extiendan en función de la duración que estime el médico que los emite, considerando que la IT tendrá una duración diferente en función de la patología, edad y ocupación del trabajador, de modo que, ante una misma patología, pueden estimarse duraciones diferentes en trabajadores con edad distinta y/o actividades profesionales distintas → 4 grupos.

Duración	Nº procesos	%	Duración media
< 16 días	2.290.432	57,4	8
16 a 30 días	506.817	12,7	23
31 a 60 días	477.459	11,9	46
61 a 180 días	497.398	12,4	121
181 a 360 días	139.181	3,4	271
> 360 días	73.890	1,8	365
Total	3.985.177	100	

1er grupo) Procesos de duración estimada inferior a 5 días naturales → el médico puede emitir el parte de baja y el parte de alta en el mismo acto médico, consignando en el parte la fecha del alta, que puede ser la misma que la de baja o cualquiera de los 3 días naturales siguientes. El trabajador puede solicitar que se le realice un reconocimiento médico el día que se ha fijado como fecha de alta, y el médico puede emitir el parte de confirmación de la baja, si considera que aquél no ha recuperado su capacidad laboral.

2º grupo) Procesos de entre 5 y 30 días naturales de duración → en el parte de baja inicial se ha de hacer constar la fecha de la próxima revisión médica, sin que pueda diferir en más de 7 días naturales desde la baja inicial, de modo que en esa revisión cabe que el médico expida el alta médica o, en caso de permanecer la incapacidad, el parte de confirmación de la baja. Después de este primer parte de confirmación, los sucesivos, cuando sean necesarios, no podrán emitirse con una diferencia de más de 14 días naturales entre sí.

3er grupo) Procesos de duración estimada de entre 31 y 60 días naturales → en el parte de baja inicial se ha de hacer constar la fecha de la próxima revisión médica, sin que pueda diferir en más de 7 días naturales desde la baja inicial, tras cuya revisión o bien el médico expide el alta o bien emite el primer parte de confirmación de la baja y, a partir de éste, los sucesivos partes de confirmación, si son necesarios, que no podrán emitirse con una diferencia de más de 28 días naturales entre sí.

Y, 4º grupo) procesos de duración estimada de 61 o más días naturales → en el parte de baja inicial se ha de hacer constar la fecha de la próxima revisión médica, sin que pueda diferir en más de 14 días naturales desde la baja inicial. En esa revisión, o bien el médico acuerda el alta, o bien emite el primer parte de confirmación de la baja y, a partir de éste, los sucesivos partes de confirmación, si son necesarios, no podrán emitirse con una diferencia de más de 35 días naturales entre sí.

En todos los casos se trata de plazos máximos, ya que siempre están condicionados a que el médico del SPS o de la MATEP pueda expedir el parte de alta en el momento en que considera que el trabajador ha recuperado su capacidad laboral.

Siempre que se produzca una modificación o actualización del diagnóstico, se emitirá un parte de confirmación que recogerá la duración estimada por el médico que lo emite. Los siguientes partes de confirmación se expedirán en función de la nueva duración estimada.

Supuesto particular → en los procesos que superen los 365 días de duración, el médico, al expedir el último parte de confirmación antes del agotamiento del plazo de 365 días, ha de comunicar al trabajador en el acto de reconocimiento médico que, tras pasado dicho umbral, el control del proceso pasa al INSS, dejando desde ese momento de emitir nuevos partes.

El SPS comunicará al INSS el agotamiento de los 365 días naturales en situación de IT, de manera inmediata, y, en todo caso, en el primer día hábil siguiente.

Cuadro comparativo Partes de baja

Contingencias comunes	RD 575/1997	RD 625/2014
Órgano competente para expedirlo	Médico de atención primaria	Médico de atención primaria
Fecha de expedición	4º día del inicio de la situación de incapacidad	Tras el reconocimiento médico del trabajador
Procesos de duración estimada inferior a 5 días	Cada 7 días desde la fecha de la expedición del parte anterior, con independencia de la duración estimada del proceso	Se puede emitir en el mismo acto los partes de baja y de alta
Procesos de entre 5 y 30 días	Idem anterior	7 días siguientes al parte de baja. Los siguientes, en el plazo máximo de 14 días desde el parte anterior
Procesos de entre 31 y 60 días	Idem anterior	7 días siguientes al parte de baja. Los siguientes, en el plazo máximo de 28 días desde el parte anterior

<p>Procesos de duración estimada de 61 o más días</p>	<p>Idem anterior</p>	<p>14 días siguientes al parte de baja. Los siguientes, en el plazo máximo de 35 días desde el parte anterior</p>
<p>Fin de la expedición de partes de confirmación de la baja</p>	<p>Cuando el proceso llegaba a los 365 días. Antes se ha de comunicar al trabajador que el control pasa a ser ejercido por los servicios médicos de la EG</p>	<p>Cuando el proceso llega a los 365 días. Antes se ha de comunicar al trabajador que el control pasa a ser ejercido por los servicios médicos de la EG</p>

Cuadro comparativo Partes de baja –Contingencias profesionales

Órgano competente	Médico de atención primaria o de la MATEP, según la entidad que de cobertura	Médico de atención primaria o de la MATEP, según la entidad que de cobertura
Partes de confirmación de baja	Se expedían con una periodicidad de 7 días desde el parte anterior, con independencia de la duración estimada del proceso	Se aplican los mismos plazos que en el caso de las contingencias comunes
Fin de la expedición de partes de confirmación de la baja	Cuando el proceso llegaba a los 365 días. Antes se ha de comunicar al trabajador que el control pasa a ser ejercido por los servicios médicos de la EG	Cuando el proceso llega a los 365 días. Antes se ha de comunicar al trabajador que el control pasa a ser ejercido por los servicios médicos de la EG

Y, 8. A pesar de modificarse la periodicidad de los partes, se mantiene la obligación de que, en determinadas fechas, los mismos vayan acompañados de unos informes adicionales → **“informes complementarios e informes de control”**, si bien se cambian las fechas de expedición:

* **Informe complementario** → se homologan sus plazos, con independencia de cuál sea la contingencia, de modo que solo afecta a los procesos que, en principio, se estimen de duración superior a 30 días naturales. Los informes médicos complementarios se han de actualizar con cada 2 partes de confirmación de baja.

- El primer informe complementario acompaña al segundo parte de confirmación de la baja médica y en él se recogerán las dolencias padecidas, el tratamiento médico prescrito, las pruebas médicas en su caso realizadas, la evolución de las dolencias y su incidencia sobre la capacidad funcional del trabajador.

- En los procesos inicialmente previstos con una duración inferior a 30 días y que lo sobrepasen, el informe debe acompañar al parte de confirmación de la baja que pueda emitirse, en su caso, una vez superados los 30 días naturales.

Duración estimada del proceso	RD 575/1997	RD 625/2014
< 30 días	Se expedía el 28º día de la baja	No se emite informe
Entre 31 y 60 días	Se expedía el 28º día de la baja y se actualizaba cada 28 días	Se expide con el 2º parte de confirmación: a los 35 días de la baja.
Más de 60 días	Se expedía el 28º día de la baja y se actualizaba cada 28 días	Se expide con el 2º parte de confirmación: a los 49 días de la baja.

* **Informe de control** → se mantiene con una periodicidad de 3 meses, extendiendo la obligación a todos los procesos de IT, cualquiera que sea la contingencia, y ampliando los órganos competentes para su emisión, ya que si antes era una competencia atribuida en exclusiva a la inspección médica del SPS, ahora también pueden emitirlo los médicos de atención primaria, bajo la supervisión de la inspección.

Debe pronunciarse expresamente sobre todos los extremos que justifiquen, desde el punto de vista médico, la necesidad de mantener la situación de IT.

- En todo caso, los informes tanto complementarios como de control, forman parte del proceso de IT, por lo que tanto los inspectores médicos del SPS e INSS como los médicos de las MATEP pueden acceder a su contenido. En cambio, el acceso a la documentación clínica correspondiente a las personas en baja por IT queda reservada a los inspectores médicos del SPS y los inspectores médicos adscritos al INSS o, en su caso, al ISM, preferentemente por vía telemática (DA 40^a LGSS).

Cuadro comparativo

Materia	RD 575/1997	RD 625/2014
<p>Informes complementarios: + Órgano que lo expide + Periodicidad</p>	<p>Médico de atención primaria Acompañaba al 4º parte de confirmación de la baja y los sucesivos con una periodicidad de 4 semanas</p>	<p>Médico de atención primaria Se aplican a los procesos con una duración de 30 días o más y acompañan al segundo parte de confirmación de baja.</p>
<p>Informes de control: + Órgano que lo expide + Periodicidad</p>	<p>Inspección Médica del SPS Trimestral</p>	<p>Inspección Médica del SPS o médico de atención primaria, bajo la supervisión del anterior Trimestral</p>

Mecanismos de control → Partes de alta

1. Se expide tras el reconocimiento del trabajador y se consignará, entre otros datos, la causa del alta médica, el código de diagnóstico definitivo y la fecha de baja inicial → Efectos:

1. Extinción de la situación de IT, con efectos del día siguiente a la fecha de expedición, con independencia de que se siga prestando asistencia sanitaria.
2. Obligación del trabajador de reincorporarse a su puesto el mismo día en que produzca efectos.

2. Corresponde expedirlo al médico de atención primaria, así como los inspectores médicos del SPS y del INSS, tras el reconocimiento médico (DA 52ª LGSS). En caso de AT/EP → servicios médicos de la MATEP.

3. En caso de EC/ANL los partes de alta deben comunicarse a la MATEP debiendo las mismas comunicar al empleador la extinción del derecho, su causa y fecha de efectos.

4. Si el parte de alta ha sido expedido por los inspectores médicos del INSS, durante los 180 días naturales siguientes a la fecha de alta, será esta entidad la única competente, a través de sus propios médicos, para emitir una nueva baja médica por la misma o similar patología.

Cuadro comparativo

Contingencias comunes	RD 575/1997	RD 625/2014
Órgano competente	Médico de atención primaria, inspección médica del SPS, inspección médica del INSS	Médico de atención primaria, inspección médica del SPS, inspección médica del INSS.
Efectos del alta	Extinción de la prestación el día siguiente a la expedición del parte de alta	Extinción de la prestación el día siguiente a la expedición del parte de alta

Contingencias profesionales	RD 575/1997	RD 625/2014
Órgano competente	Médico de atención primaria, inspección médica del SPS, inspección médica del INSS o médico de la MATEP, según quién asuma la cobertura	Médico de atención primaria, inspección médica del SPS, inspección médica del INSS o médico de la MATEP, según quién asuma la cobertura
Efectos del alta	Extinción de la prestación el día siguiente a la expedición del parte de alta	Extinción de la prestación el día siguiente a la expedición del parte de alta

Tramitación de los partes médicos

1. El órgano que emita el parte de baja o de confirmación debe entregar al trabajador 2 copias, una para él y otra con destino a su empleador, estando obligado el trabajador, dentro del plazo de los 3 días siguientes a la expedición del parte, a entregar al empleador su copia.

2. El órgano que expida el parte de alta ha de entregar 2 copias al trabajador, una para él y la otra para su empleador, estando obligado aquél a entregar la copia destinada a su empleador en el plazo de las 24 horas siguientes.

3. El SPS o, en su caso, la MATEP han de remitir los partes de baja, confirmación y alta, al INSS, por vía telemática, de manera inmediata y, en todo caso, en el primer día hábil siguiente al de su expedición.

4. La centralización en el INSS de los partes implica que, por parte de éste, hayan de establecerse los mecanismos necesarios para hacer llegar al resto de entidades los partes que correspondan:

- el INSS, a través de medios telemáticos, ha de proceder a la distribución y envío, dentro del primer día hábil siguiente al de su recepción, de los partes destinados a las MATEPS.

- A su vez, el INSS ha de facilitar a la TGSS, a su requerimiento, los datos de los trabajadores en situación de IT, con el objetivo de que por la TGSS se puedan llevar a cabo las actuaciones necesarias para que en la liquidación de cuotas de la SS se compensen, en su caso, las cantidades satisfechas a los trabajadores en el pago delegado.
- En el caso de que un empleador hubiera abonado a un trabajador una prestación de IT en pago delegado, sin haberse compensado su importe, puede solicitar del INSS o la MATEP, el reintegro de las cantidades abonadas y no deducidas.

5. Las empresas o entidades tienen la obligación de remitir al INSS, con carácter inmediato y, en todo caso, en el plazo de 3 días hábiles contados a partir de la recepción del parte presentado por el trabajador, a través del sistema RED, los partes médicos de baja, confirmación y alta, cumplimentados con los datos de la empresa.

El incumplimiento de esta obligación puede dar lugar a dos situaciones:

- Una posible sanción ya que puede constituir una infracción leve (art. 21.6 LISOS).
- Que a propuesta del INSS o MATEP, el MESS deje en suspenso la colaboración obligatoria de la empresa en materia de IT.

Y, 6. Es posible que el parte de alta, en un proceso inferior a 365 días, haya sido expedido por el inspector médico adscrito al INSS. En estos casos la tramitación es la siguiente:

* El INSS ha de trasladar de forma inmediata y como máximo en el primer día hábil siguiente al de la expedición, una copia del parte al correspondiente SPS para su conocimiento y otra copia a la MATEP, en el caso de trabajadores protegidos por la misma, con la finalidad de que ésta dicte acuerdo declarando extinguido el derecho por causa del alta, sus motivos y efectos, y ha de notificar el acuerdo al empleador.

* Al tiempo se han de entregar 2 copias al trabajador, expresándole la obligación de incorporarse el día siguiente al de la expedición, y otra con destino a su empleador.

Obligaciones del trabajador/a	del RD 575/1997	RD 625/2014
Número de copias del parte entregadas al trabajador/a	2	2
Plazo de entrega del parte al empleador por parte del trabajador/a:		
- Partes de baja y confirmación de la baja	3 días	3 días
- Partes de alta	24 horas	24 horas
Obligaciones del empleador		
Plazo para la remisión de los partes cumplimentados con los datos de la empresa o entidad	5 días	3 días hábiles
Entidad receptora	INSS o MATEP según cobertura	INSS o MATEP según cobertura

Obligaciones de los organismos públicos	RD 575/1997	RD 625/2014
Plazo para remisión de los partes por parte del SPS o de la MATEP	5 días*	Primer día hábil al de su recepción
Entidad receptora de los partes	EG o MATEP	INSS
Plazo para distribución por parte del INSS de los partes que correspondan a la MATEP	---	Primer día hábil al de su recepción
Partes de alta expedidos por los inspectores médicos del INSS: remisión al SPS y/o la MATEP	---	Primer día hábil al de su recepción.

Propuestas de alta médica formuladas por las MATEP en contingencias comunes

1. Si una MATEP, considerando los partes de baja o confirmación de baja, los informes complementarios y las actuaciones de control, estima que el trabajador puede no estar impedido para trabajar, puede formular, ante el SPS y a través de sus médicos, propuestas motivadas de alta médica a las que han de acompañar los informes y pruebas que, en su caso, se hubiesen realizado, comunicándolo, de forma simultánea al trabajador.

2. Las propuestas de alta se han dirigir a las unidades de la Inspección médica del SPS, remitiéndose por estos a los facultativos o servicios a quienes corresponda la emisión de los partes médicos. El médico debe pronunciarse confirmando la baja médica o bien admitiendo la propuesta, a través del correspondiente parte de alta.

En el caso de que se confirme la baja, se ha de consignar el diagnóstico, el tratamiento médico dispensado, las causas que justifican la discrepancia y se han de señalar las atenciones y los controles médicos que se considere necesario realizar. El informe del médico ha de ser trasladado por la inspección médica a la MATEP, en el plazo máximo de 5 (11) días* desde la recepción de la propuesta.

3. En el caso de que la inspección médica no reciba contestación del facultativo en el plazo de 5 (11) días, o en caso de discrepar de la misma, puede acordar el alta, efectiva e inmediata. En todo caso, la Inspección médica ha de comunicar a la MATEP, dentro del plazo de los 5 días siguientes a la fecha de recepción de la propuesta de alta, la actuación realizada junto con los informes que el facultativo haya remitido.

Y, 4. cuando la propuesta de alta formulada por la MATEP no fuese resuelta y notificada en el plazo de 5 (11) días desde su entrada en el SPS, la MATEP puede solicitar el alta médica al INSS, solicitud que ha de resolver en el plazo de 4 (8) días siguientes a la recepción de la solicitud de alta.

Propuestas de alta médica formuladas por las MATEP

	RD 575/1997	RD 625/2014
Entidad que efectúa la propuesta	MATEP, a través de sus servicios médicos	MATEP, a través de sus servicios médicos
Órgano ante quien se formula	Inspección médica del SPS, quien la ha de remitir al facultativo o servicio médico al que corresponda la emisión del parte de alta.	Inspección médica del SPS, quien la ha de remitir al facultativo o servicio médico al que corresponda la emisión del parte de alta.
Plazo para pronunciarse el facultativo sobre el alta	10 días	5 días (11 hasta 1-3-15), contados desde la fecha en que la propuesta entró en la Inspección médica
Resolución de la propuesta	Confirmación motivada de la baja Admisión de la propuesta, expidiendo el alta	Confirmación motivada de la baja Admisión de la propuesta, expidiendo el alta

Consecuencias de no contestar en plazo por parte del médico	La Inspección médica puede acordar el alta, o mantener la baja	La Inspección médica puede acordar el alta, o mantener la baja
Plazo para comunicar la confirmación de la baja	15 días desde la recepción de la propuesta en la Inspección médica	5 (11) días desde la recepción de la propuesta en la Inspección médica
Consecuencia de la no contestación en plazo	La MATEP puede: Reiterar la propuesta ante el SPS Plantear una iniciativa de alta ante los servicios médicos del INSS	La MATEP, transcurrido el plazo de contestación, puede instar ante la Inspección médica del INSS el alta.
Plazo del INSS para contestar la solicitud de la MATEP de la expedición del alta	No existía plazo expreso de contestación (plazo general → 3 meses)	4 (8) días contados desde la recepción de la solicitud del alta.

Procedimiento para la determinación de la contingencia

- Tema importante → menos requisitos, mayor cuantía.
- Antes del RD 625/14 no existía un procedimiento específico y la cuestión quedaba inmersa en el procedimiento de revisión de las altas emitidas por las MATEP (art. 4 RD 1430/2009).
- La DF 3ª.4 del RD 625/14 incorpora un nuevo art. 6 en el RD 1430/09:
 1. El procedimiento puede iniciarse de oficio o a instancia de parte, correspondiendo la iniciación de oficio al INSS, por propia iniciativa, o bien como consecuencia de petición motivada de la ITSS o del SPS. También puede iniciarlo el trabajador/a o su representante o la MATEP o la empresa colaboradora.

2. Si el facultativo de la MATEP que reconoce al trabajador considera que la patología causante de la IT es de carácter común → se ha de remitir al trabajador al SPS, sin perjuicio de dispensarle la asistencia precisa en los casos de urgencia o de riesgo vital.

La MATEP ha de entregar al trabajador un informe médico en el que se describa la patología y el diagnóstico, el tratamiento dispensado y las razones que justifican la determinación de la contingencia como común, al que ha de acompañar los informes relativos a las pruebas que, en su caso, se hubieran realizado.

Si el SPS atiende del requerimiento de la MATEP y se emite el parte de baja por contingencia común, el trabajador puede reclamar ante el INSS. A su vez el facultativo que emita el parte de baja puede formular su discrepancia frente al a consideración de la contingencia que otorgó la MATEP, sin perjuicio de que el parte médico emitido previamente produzca plenos efectos.

3. La baja inicial practicada determina el inicio del pago de la IT, sin perjuicio de que si, con posterioridad, se modifica la contingencia se hayan de efectuar las compensaciones que procedan, tanto en lo que se refiere a las cuantías económicas como a los costes de la AS.

4. El INSS ha de comunicar el inicio del procedimiento al SPS, a la MATEP o empresa colaboradora cuando el procedimiento no se hubiera iniciado a su instancia y en aquellos asuntos que les afecten, para que, en el plazo improrrogable de 4 días hábiles, aporten los antecedentes relacionados con el caso e informen sobre la contingencia de la que consideren que deriva el proceso patológico. También se dará traslado al trabajador cuando no se hubiera iniciado el proceso a instancia suya, comunicándole que cuenta con un plazo de 10 días hábiles para aportar la documentación y hacer alegaciones.

Y, 5. en la tramitación del correspondiente expediente es preceptivo el dictamen del EVI, quien ha de elevarlo al director del INSS, pronunciándose sobre la contingencia. El plazo máximo de resolución es de 15 días hábiles a contar desde la aportación de la documentación o del agotamiento del plazo fijado para ello, determinándose si la contingencia es común o profesional y si el proceso es o no una recaída y el sujeto obligado a pagar las prestaciones.

La resolución debe comunicarse al trabajador, la empresa o entidad, la MATEP y al SPS. Esta resolución tiene los efectos atribuidos a la resolución de una reclamación previa.

Procedimiento para la declaración de la contingencia

	RD 625/2014
Inicio del procedimiento	De oficio: INSS, a propuesta de la ITSS o SPS. A instancia del trabajador, MATEP o empresa colaboradora.
Comunicación del procedimiento	A la MATEP o empresa, si el procedimiento no se ha iniciado por ellos. Al trabajador, en el mismo caso.
Plazo de alegaciones	De la MATEP o empresa colaboradora: 4 días hábiles. Trabajador: 10 días hábiles.
Reconocimiento y abono de la prestación	En función del parte de baja emitido, sin perjuicio de futuras compensaciones.
Informe preceptivo	EVI de la respectiva dirección provincial del INSS.

Plazo para dictar resolución	15 días hábiles
Sentido de la resolución	<p>Determinación de la contingencia y, en su caso, si es recaída.</p> <p>Efectos que correspondan.</p> <p>Entidad responsable del pago de las prestaciones económicas y sanitarias.</p> <p>La resolución tiene los efectos atribuidos a la resolución de reclamación previa (art. 71 Ley 36/11).</p>
Comunicación de la resolución	Se comunica a: trabajador, empresa, MATEP y SPS.

Procedimiento para la revisión de la declaración de alta médica por los servicios médicos de las MATEP en procesos de IT derivados de contingencias profesionales

- Proceso de revisión ya previsto en el RD 1430/09, modificado por el RD 625/14.
- Se pretenden evitar altas indebidas, prematuras o excesivamente rigurosas por las MATEP.

1. El **alta emitida con anterioridad al agotamiento del plazo de 12 meses** puede ser objeto de un procedimiento administrativo especial de revisión, iniciado a instancia del trabajador ante el INSS, de carácter preferente y urgente.

2. Se establece un plazo de 10 días hábiles (antes 4 naturales) siguiente al de la notificación del alta para presentar la solicitud ante el INSS. A la solicitud se ha de acompañar el historial médico o copia de la solicitud de dicho historial a la MATEP. El trabajador tiene que notificar a la empresa el inicio del procedimiento de revisión, el mismo día que presenta la solicitud o el siguiente día hábil.

El inicio de este procedimiento suspende los efectos del alta, por lo que se prorroga la situación de IT, manteniéndose, en su caso, el pago delegado, si bien el cobro de la prestación es incompatible con las rentas derivadas del ejercicio de la actividad profesional.

3. El INSS debe comunicar el inicio del procedimiento a la MATEP con la finalidad de que la misma, en el plazo de 4 días hábiles (antes 2 días naturales) aporte los antecedentes y, en su caso, presente un informe sobre las causas que motivaron el alta. La no presentación de la documentación o del informe no implica la paralización del procedimiento, ya que el INSS puede dictar la resolución basándose en la información facilitada por el trabajador.

La MATEP puede reconocer la improcedencia del alta, lo que motiva el archivo inmediato del procedimiento.

4. El INSS debe comunicar a la empresa, en el plazo de 2 días hábiles siguientes a la solicitud, el inicio del procedimiento. En el caso de que el trabajador hubiese presentado ante la empresa parte médico de baja emitido por el SPS, aquella debe informar al INSS.

5. Supuesto particular → el trabajador solicita una baja derivada de contingencia común y del reconocimiento médico se desprende la existencia de un proceso previo de IT por contingencia profesional en el que se ha emitido el alta. El SPS ha de informar al trabajador sobre la posibilidad de iniciar el procedimiento especial de revisión y comunicar al INSS la existencia de 2 procesos distintos de IT que puedan estar relacionados.

Se trata de un supuesto de determinación de la contingencia → se inicia el abono de la prestación IT por contingencias comunes hasta la fecha de resolución del procedimiento, sin perjuicio de que si el alta expedida por la MATEP queda posteriormente sin efecto, tras la resolución del procedimiento de revisión, la MATEP deba reintegrar al INSS la prestación abonada al trabajador y a éste la diferencia que resulte a su favor.

6. El INSS ha de dictar, en el plazo máximo de 15 días hábiles, la resolución, en la que debe constar el informe preceptivo del EVI. La resolución fijará la fecha y efectos del alta médica o el mantenimiento de la baja, fijando la contingencia y, en su caso, la nulidad de otras bajas médicas que pudieran haberse emitido durante la tramitación del procedimiento especial de revisión por el SPS.

El procedimiento finaliza:

- Confirmación del alta y declaración de la extinción de la IT en la fecha del alta. Se considera indebidamente percibida la prestación a partir de la fecha establecida en la resolución.
- Mantenimiento de la situación de IT → se deja sin efecto el alta médica expedida por la MATEP.
- Determinación de la contingencia, en los supuestos en que coincidan procesos intercurrentes en el mismo período de tiempo y, por tanto, existan distintas bajas médicas. La resolución ha de fijar los efectos que deriven de la determinación de la contingencia causante.

- En los casos en que, durante la tramitación del procedimiento especial de revisión, el trabajador haya recuperado la capacidad laboral, se puede dejar sin efectos el alta médica emitida por la MATEP por considerarla prematura. En estos casos, la resolución del INSS ha de determinar la nueva fecha de efectos del alta y de extinción de la IT.
- Si durante la tramitación del procedimiento especial de revisión se cumple el plazo de 12 meses de duración de la IT, decae el proceso especial de revisión → entran en funcionamiento las previsiones del art. 128.1.a) LGSS, de modo que el INSS puede prorrogar el proceso de IT, expedir el alta médica que extingue la IT o, en su caso, efectuar propuesta de declaración de IP.

Las resoluciones emitidas por el INSS se consideran dictadas con los efectos atribuidos a la resolución de una reclamación previa, de modo que queda abierta la vía de demanda ante la jurisdicción social.

Procedimiento de disconformidad con el alta médica emitida por el INSS (art. 128.1.a) LGSS y art. 3 RD 1430/2009) una vez superados los 365 días de IT

- El trabajador puede manifestar su disconformidad ante el alta médica expedida por el INSS y presentar la misma de forma preferente ante la Inspección médica u órgano equivalente del SPS, en el plazo máximo de 4 días naturales siguientes a la notificación de la resolución, a través del modelo correspondiente.
- El trabajador lo ha de poner en conocimiento del empleador en el mismo día en que presente la correspondiente solicitud o en el siguiente día hábil.

- El INSS y los SPS deben comunicarse recíprocamente el inicio del procedimiento de disconformidad así como todas las decisiones que adopten en su desarrollo, en el plazo de 24 horas. Con el mismo objetivo, el INSS ha de comunicar al empleador, en el plazo más breve posible, todas las decisiones que puedan afectar a la duración de la situación de IT.
- Las comunicaciones entre el INSS, los SPS y las dirigidas al empleador se han de llevar a cabo preferentemente a través de medios electrónicos, informáticos o telemáticos.

Plazo para formular la disconformidad	4 días naturales, siguientes a la notificación del alta
Órgano ante el que se presenta	Inspección médica del correspondiente SPS.
Comunicación al empleador	El mismo día de presentación o al siguiente día hábil
Efectos de la presentación de la disconformidad	Prórroga de la situación de IT
Plazo para contestar la disconformidad por parte del SPS	7 días naturales desde la presentación
Consecuencia de no contestar la disconformidad en el plazo establecido (11 días desde su presentación)	El alta médica adquiere plenos efectos
Efectos de la discrepancia manifestada en plazo por la Inspección Médica del Servicio de Salud	Si el INSS acepta el criterio de la Inspección Médica: prórroga IT. Si el INSS se reafirma en su decisión de alta: extinción de la IT, con efectos desde la nueva resolución.

- Frente a la resolución denegatoria, expresa o por silencio, el trabajador puede presentar reclamación previa a la demanda judicial.

Actividades de seguimiento y control de la IT

El RD 625/14 mantiene, en general, las previsiones anteriores:

1. Con carácter general, la entidad responsable de la prestación (INSS o MATEP) debe llevar a cabo tales actividades, pudiendo realizar las que tengan por objeto comprobar el mantenimiento de la situación, a partir del momento en que se expida el parte de baja.

2. En relación con las actividades del personal médico (INSS, MATEP, SPS) las mismas han de estar basadas, de forma preferente, tanto en los datos de los partes de baja como en los derivados de los reconocimientos médicos e informes realizados durante el proceso de IT. Para ello, dicho personal podrá acceder a los informes médicos, pruebas y diagnósticos relativos a la situación de IT.

3. Hay una restricción en cuanto al acceso a la documentación clínica de atención primaria y especializada de los trabajadores del sistema de SS, ya que este acceso está previsto para los inspectores médicos del INSS, incluso respecto de la documentación clínica de los trabajadores protegidos frente a las contingencias profesionales con MATEP, acceso que no se prevé para los médicos de las MATEP, en relación con esa documentación clínica en procesos de IT derivados de contingencias comunes protegidos por una MATEP.

4. Según la normativa sobre protección de datos, la documentación únicamente puede ser utilizada con la finalidad de control, no para otros objetivos.

5. Desde 1997, sin perjuicio de las facultades que ostentan los SPS, el INSS puede disponer que los trabajadores sean reconocidos por sus inspectores médicos, facultad que se extiende a las MATEP, en relación con los beneficiarios de la IT derivada de contingencias comunes.

6. Art. 9 RD 625/14 → consecuencias de la negativa al sometimiento a un reconocimiento médico o la incomparecencia no justificada al mismo:

- La citación a un reconocimiento médico ha de comunicarse al trabajador con una antelación mínima de 4 días hábiles → se le ha de informar de que, en caso de no acudir, se procederá a suspender cautelarmente la prestación, y que si la falta de comparecencia no queda justificada en un plazo de 10 días hábiles siguientes a la fecha fijada, se procederá a extinguir la prestación.
- Si el trabajador justifica, antes de la fecha fijada para el reconocimiento o ese mismo día, las razones que le impiden comparecer, el INSS o MATEP ha de fijar una fecha posterior para su realización, comunicándolo al interesado con la misma antelación mínima.

- Si el trabajador no acude al reconocimiento en la fecha fijada, el INSS dictará resolución (o MATEP), que será inmediatamente comunicada a aquél, disponiendo la suspensión cautelar del subsidio desde el día siguiente al fijado para el reconocimiento, disponiendo el trabajador de un plazo de 10 días hábiles, a partir de la fecha en que se produjo la incomparecencia, para justificar la misma.
- Si el trabajador justifica en plazo su incomparecencia, el INSS o MATEP adaptará un nuevo acuerdo dejando sin efecto la suspensión cautelar, comunicando a la empresa y a la TGSS el acuerdo, informando de la fecha a partir de la cual procede reponer el pago delegado por la empresa.

- Se considera que la incomparecencia fue justificada cuando el trabajador aporta informe emitido por el médico del SPS en el que se señale que la comparecencia era desaconsejable conforme a su situación clínica; cuando la cita se hubiera realizado con un plazo previo inferior a 4 días hábiles o bien cuando el beneficiario acredite la imposibilidad de su asistencia por otra causa suficiente.

Y, - transcurridos 10 días hábiles desde la fecha de la cita sin justificación se declarará la extinción de la prestación con efectos desde el día en que hubiera sido efectiva la suspensión, notificando la resolución al interesado. Se ha de comunicar la extinción al SPS, empresa y TGSS.

OTRA VÍA DE CONTROL → PL → ART. 20.4 ET.

Cooperación y coordinación entre entidades

- La colaboración entre INSS, SPS y MATEP se instrumenta a través de acuerdos, que pueden ser desarrollados a través de convenios específicos, en orden a fomentar el perfeccionamiento y el uso en común de la información, para hacer más eficaz el seguimiento y control de la gestión de la IT.
- El art. 10 RD 625/14 prevé el establecimiento de mecanismos específicos y estables de colaboración entre el INSS y las MATEP, con el objeto de coordinar actuaciones, sin perjuicio de las funciones de dirección y tutela de la Dirección de Ordenación de la SS sobre las MATEP.

Desde la Ley 13/1996, se han venido suscribiendo acuerdos entre las distintas AP con competencias sanitarias y el INSS con el objetivo de mejorar el control de la IT y racionalizar el gasto. A través de estos convenios el INSS pone a disposición de los SPS cantidades, si bien su percibo está condicionado a la consecución de una serie de objetivos en relación con el gasto por IT, así como a la realización de actividades que faciliten una gestión más ágil (nuevas tecnologías). En el caso de Catalunya se firmó un acuerdo publicado en el BOE el 12-8-13, de colaboración con el INSS.

3^a

sessió

18/12/14

Els darrers canvis en matèria de funció pública: els funcionaris interins i la mobilitat interadministrativa.

María Dapena Gómez, directora de Recursos Humans de l'Ajuntament de Vigo, professora de l'Escola Galega de Administración Pública i membre del grup tècnic de Recursos Humans de la FEMP.

Qüestions actuals sobre negociació col·lectiva en l'ocupació pública: límits, eficàcia i durada dels convenis, pactes i acords.

Carlos Luis Alfonso Mellado, catedràtic de Dret del Treball i de la Seguretat Social.

LOS ÚLTIMOS CAMBIOS EN MATERIA DE FUNCIÓN PÚBLICA: LOS FUNCIONARIOS INTERINOS Y LA MOVILIDAD INTERADMINISTRATIVA

María Dapena Gómez

Jefa del Servicio de Recursos Humanos
Ayuntamiento de Vigo

1.- Introducción.	1
1.1.- El modelo de empleo público en el sistema constitucional vigente: evolución histórica y marco normativo actual.	1
1.2.- La configuración del empleo público local: peculiaridades y distorsiones.	4
2.- Los funcionarios interinos: selección, vínculo jurídico y funciones.	6
2.1.- El contexto legal: la legislación estatal básica de excepcionalidad y urgencia. Incidencia en las actividades de planificación y gestión de recursos humanos en el ámbito del sector público local: la experiencia práctica desarrollada en el Ayuntamiento de Vigo con respecto a los funcionarios interinos.	8
3.- Modificaciones operadas por la Ley 15/2014, de 17 de diciembre, de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa en el régimen de los funcionarios interinos.	13
4.- La movilidad interadministrativa como herramienta de cambio y mejora organizacional en el ámbito del sector público local.	15
5.- Bibliografía.	18

1.- Introducción.

1.1.- El modelo de empleo público en el sistema constitucional vigente: evolución histórica y marco normativo actual.

El régimen jurídico del empleo público en España constituye, con carácter general, la materia objeto de análisis en este primer epígrafe de la presente ponencia. Las Administraciones Públicas, en su condición de personas jurídicas públicas, se relacionan con los administrados a través de las personas que para ellas trabajan, y que representan el rostro del sector público.

La primera norma de la etapa moderna que regula el desempeño de funciones de carácter público por efectivos destinados a tal fin fue el denominado “Estatuto de Luis López Ballesteros” (Ministro de Hacienda de Fernando VII) que data del 7 de febrero de 1827, y que realizaba una somera clasificación de los empleados de la Hacienda Pública, con indicación de una primigenia regulación del sistema de ascensos profesionales.

Como norma de carácter general y sistemático del empleo público, y bajo el reinado de Isabel II, fue aprobado el Real Decreto del 18 de junio de 1852, conocido como “Estatuto de Bravo Murillo”, que reconfigura y sustituye el sistema preexistente en la etapa anterior, en el cual el único mérito de los aspirantes a un empleo público era el de alcanzar el favor de los gobernantes de la época, como ilustrativamente reflejaron grandes autores de la literatura española de la época, y que constituyó el germen de un clientelar sistema de acceso al empleo público, conocido en los países del sistema de Derecho anglosajón como *spoils system*.

Sin perjuicio de lo indicado, el sistema de Bravo Murillo conservaba los sistemas de cesantías, pero exigía, cuando menos, alguna preparación de los aspirantes a ocupar los puestos de trabajo dejados temporalmente por los cesantes, estableciendo una exigencia mínima de las “cualidades y conocimientos propios de una esmerada educación elemental” y los propios o especiales del servicio en cuestión. Igualmente, se establecía la exigencia de “cualidades superiores” y una “instrucción más vasta y escogida” para los puestos superiores en la escala jerárquica. La norma también contemplaba la clasificación de los funcionarios –recogiendo la posibilidad de existencia de “carreras cuyos empleados tengan condiciones especiales”, aspecto éste que conformaba el origen de los posteriores Cuerpos Generales y Especiales- y la determinación de las retribuciones vinculada a las categorías.

No fué hasta 1918 cuando se procede a la aprobación de una nueva y relevante reforma, que estaría vigente durante los casi 50 años posteriores, materializada a través del denominado “Estatuto de Maura” o Ley de Bases de funcionarios de 22 de julio de 1918 (aprobado el Reglamento de desarrollo el 7 de septiembre de 1918) que contempla una serie de mecanismos de contención del incipiente movimiento asociacionista funcional, derogando las cesantías; modifica también las categorías profesionales existentes, asimilándolas a la carrera militar; y garantiza por vez primera la inamovilidad de los empleados públicos, contemplando, igualmente y por vez primera, el ingreso de las mujeres en la categoría de auxiliar y en los servicios técnicos.

En el mismo texto se recogen aspectos tales como la fijación de las retribuciones de los empleados públicos, el horario de trabajo, el antiguo deber de residencia, el régimen disciplinario, la edad legal de jubilación, el régimen de excedencias y el sistema de clases pasivas del Estado.

En la época de la II República se mejoró el régimen de clases pasivas preexistentes, contempladas en el RD de 26 de octubre de 1926, a cuya convalidación se procedió en 1931.

Algunas de las incipientes mejoras establecidas en la legislación invocada sufrieron un amplio retroceso en la etapa de la dictadura franquista, en la cual se estableció la posibilidad de depuración de los funcionarios públicos (Ley de Depuración de funcionarios de 10 de febrero de 1939; Ley General de responsabilidades políticas de 9 de febrero de 1939, entre otras) suprimiéndose igualmente la garantía de la inamovilidad (Ley de suspensión de la inamovilidad de 2 de marzo de 1939) constituyendo la máxima expresión de la ausencia de garantías en el ejercicio de funciones de carácter público la implantación de los Tribunales de Honor, derogados por la vigente Constitución de 1978.

Es en el año 1964 cuando el legislador de la época, tomando conciencia de la necesidad de reforma y profesionalización de la función pública derivada de las innovaciones normativas y de la reestructuración del sector público del momento, aprueba el Decreto 315/1964, de 7 de febrero, de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, parcialmente vigente en alguno de sus preceptos actualmente.

Esta norma contemplaba, como objetivo central de la reforma, la unificación del régimen funcional, contemplando los cuerpos generales (cuerpo general técnico, administrativo, auxiliar y subalterno) y especialmente el Cuerpo General Técnico, tomado del modelo burocrático francés.

La Ley también clasifica y define a los funcionarios, garantizando la inamovilidad, regulando con detalle las incidencias de los mismos durante la pervivencia del vínculo jurídico, y articulando el sistema de retribuciones, que fue complementado por la Ley 31/1965, de 4 de mayo y por el Real Decreto Ley 22/1977, de 30 de marzo; normas a las cuales debe añadirse la reconfiguración de los sistemas de previsión social que desembocaron en la creación del régimen de la Seguridad Social.

El punto de inflexión normativo de la etapa contemporánea viene determinado por la implantación del Estado social y democrático de Derecho contemplado en la vigente Constitución de 1978, consagrando los derechos fundamentales y libertades públicas constitucional y jurisdiccionalmente garantizados, y configurador de un modelo de estado descentralizado, reconociendo igualmente el principio de autonomía local y los principios rectores del funcionamiento de las Administraciones Públicas; aspectos que, por su relevancia e incidencia en la configuración legal actual del empleo público, no pueden dejar de ser analizados en la presente ponencia.

Consecuencia de la aprobación y vigencia del texto constitucional resulta ser la fundamental Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la función pública, vigente todavía parcialmente, y que supuso la adecuación del marco legal del empleo público a los principios, preceptos y contenidos del texto constitucional. En desarrollo de la misma fueron dictados 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, provisión de puestos de trabajo y promoción profesional, y el Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo, del reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración general del Estado, ambos parcialmente vigentes y de aplicación supletoria a los funcionarios de Administración Local en defecto de norma autonómica.

Este nuevo marco legal, que contempla con elevado detalle el régimen retributivo en armonía con la legislación presupuestaria estatal, el sistema de carrera profesional, las situaciones administrativas, el régimen disciplinario, el acceso al empleo público y sus incidencias, se ha visto completado por la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas; la ya derogada Ley 9/1978, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas, así como por las modificaciones realizadas en los sistemas de Seguridad Social y clases pasivas del Estado a través de la aprobación de los textos refundidos contenidos en el Real Decreto legislativo 670/1987, de 30 de abril, y Real Decreto Legislativo 4/2000, de

23 de junio; sin obviar la fundamental Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

La normativa indicada ha procedido al establecimiento y definición de un régimen de función pública diferente al anterior, no estructurado ya sobre los Cuerpos, sino sobre los denominados “puestos de trabajo”, estableciendo as relaciones de puestos de trabajo o RPTs como instrumentos esenciales de ordenación del empleo público, junto con los registros de personal, las ofertas de empleo público y demás aspectos relevantes en la organización y gestión de los efectivos públicos.

En todo el desarrollo de los modelos de relación jurídica del personal al servicio de las Administraciones Públicas - y concretamente del personal al servicio de las Entidades Locales- no puede ni debe obviarse la normativa básica en materia de régimen local, constituida fundamentalmente por la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local –profundamente modificada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, y, recientemente, por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de las Administración Local- y el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local; todos ellos textos normativos de especial relevancia en el ámbito de la regulación del personal funcionario y laboral al servicio de la Administración Local.

1.2.- La configuración del empleo público local: peculiaridades y distorsiones.

Al amparo de los títulos competenciales habilitantes contenidos en el artículo 149.1,7ª y 18ª de la Constitución de 1978 -que residencian en el legislador estatal la competencia exclusiva en relación a la legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas, así como en relación a las bases del régimen estatutario de los funcionarios; y en aplicación de lo establecido en el artículo 103.3 de la misma norma -que contempla que la Ley regulará, entre otras cuestiones, el estatuto de los funcionarios, el acceso a la función pública con arreglo a los principios de mérito y capacidad, el ejercicio de su derecho a la sindicación y el sistema de incompatibilidades- fue elaborada y aprobada la ya citada Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, vigente desde el 13 de mayo de 2007, y que a la fecha actual constituye el marco legal básico en materia de empleo público.

De la lectura íntegra y completa de la exposición de motivos de la norma puede concluirse la inequívoca voluntad del legislador de regular, con carácter básico y prioritario, el empleo público con carácter general en una única norma, que recoge las clases de personal, la adquisición y pérdida de la condición de funcionario y los sistemas de acceso al empleo público, el régimen retributivo –pendiente a la fecha de desarrollo normativo-, los derechos y deberes de los empleados públicos y las situaciones administrativas, creando, por vez primera, el concepto de empleado/a público/a como conceptualización de la clara tendencia a la homogeneización de regímenes jurídicos entre las diferentes clases de personal al servicio del sector público.

La citada norma debe contextualizarse igualmente en el marco del Informe emitido en abril del año 2005 por la Comisión para el estudio y preparación del EBEP -constituida por ORDEN APU/3018/2004, de 16 de septiembre-; documento que constituye un

fundamental referente para la comprensión e interpretación de las previsiones legales contenidas en la norma ante la ausencia de desarrollo normativo por parte del legislador estatal.

En el ámbito de las Entidades Locales, debe recordarse que la normativa básica en materia de régimen local establece claramente una opción fundamental por un modelo de vínculo jurídico esencialmente funcionarial, sin perjuicio de lo cual puede existir personal laboral para el desempeño de puestos de trabajo que no se encuentren reservados a funcionarios públicos (vid. a tal efecto Título VII del RD Legislativo 781/1986, de 18 de abril). La práctica habitual en las entidades locales desde mediados de los años 80 ha sido la incorporación indistinta de personal funcionario y laboral, sin diferenciación entre las funciones asignadas a personal funcionario y a personal laboral, y con una acusada nota de ausencia de criterios relativos a la adecuación del modelo de empleo público a las necesidades organizativas de la correspondiente entidad, siendo, con carácter general, inexistente la actividad de planificación de recursos humanos, desde una óptica estratégica u operativa, en el diseño y articulación de plantillas en el plano local.

La doctrina jurídica administrativista especializada ha dejado claramente plasmados los elementos identificadores del vínculo jurídico propio e inherente a los funcionarios públicos, denominado por GARCÍA DE ENTERRÍA como relación de sujeción especial, caracterizada por conformar un vínculo jurídico regido y sujeto al Derecho Administrativo, tener carácter estatutario, con vocación de permanencia en el tiempo y con la finalidad de materializar la prestación de los servicios públicos por parte de las Administraciones Públicas.

El artículo 92 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, en su redacción dada por Ley 27/2013, de 27 de diciembre, establece que los funcionarios al servicio de la Administración local se rigen, en lo no dispuesto en dicha Ley, por la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, por la restante legislación del Estado en materia de función pública, así como por la legislación de las Comunidades Autónomas, en los términos del artículo 149.1.18.ª de la Constitución.

Este artículo prevé que, con carácter general, los puestos de trabajo en la Administración local y sus Organismos Autónomos serán desempeñados por personal funcionario, determinando que corresponde exclusivamente a los funcionarios de carrera al servicio de la Administración local el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales.

Señala igualmente que son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado a funcionarios de carrera, las que impliquen ejercicio de autoridad, y en general, aquellas que en desarrollo de la presente Ley, se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función.

En el siguiente epígrafe se analizarán las características y peculiaridades de dicho vínculo jurídico cuando el mismo está sujeto a temporalidad, conformando la figura del funcionario interino.

2.- Los funcionarios interinos: selección, vínculo jurídico y funciones.

Los funcionarios interinos conforman una categoría o figura jurídica que legalmente se define en el artículo 10 del EBEP, que señala que:

“1. Son funcionarios interinos los que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera, cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:

a) La existencia de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera.

b) La sustitución transitoria de los titulares.

c) La ejecución de programas de carácter temporal, que no podrán tener una duración superior a tres años , ampliable hasta doce meses más por las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto.

d) El exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un periodo de doce meses.”

El establecimiento de estas cuatro modalidades supuso en su momento una innovación legislativa sumamente relevante, frente a la tradicional línea del legislador, que configuraba al funcionario interino como aquel que se seleccionaba para la cobertura de una plaza vacante la cual, por motivos de extraordinaria necesidad y urgencia, debía ser cubierta para la garantía en la prestación del servicio público . Adicionalmente, las nuevas modalidades han supuesto una innegable mejora desde la óptica de la gestión de recursos humanos en el ámbito local, en el cual la rigidez de la tradicional figura del funcionario interino y los requisitos básicos para su selección –el fundamental, la existencia de plaza vacante- generaba, en no pocos supuestos, la imposibilidad de recurso al personal interino en régimen funcional en aquellas entidades locales de escasas plantillas y exiguos recursos económicos.

Tal rigidez normativa derivó en el recurso sistemático y habitual a la contratación de personal no permanente en régimen laboral temporal, justificada bien en la “acumulación de tareas” –que de ser puntual misteriosamente se transmutaba en permanente- o bien en “obras o servicios determinados” que por tan determinados, acabaron siendo estructurales; conformando así una amplia jurisprudencia en torno al personal laboral indefinido , cuyas consecuencias e impactos constituyen un pesado lastre para las Entidades Locales, debido a la complejidad legal y técnica de su regularización, pareja a la impopularidad de amortización y/o extinción de dichos vínculos .

Como el marco legal señala, los funcionarios interinos constituyen una clase de empleados públicos que desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales (artículo 8.1 del EBEP). Si a ello se le añade el hecho de que, por la propia naturaleza de la figura, los funcionarios públicos tiene legalmente atribuido el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca , parece obvio que su selección deba realizarse con plena observancia de los principios de acceso al empleo público, y

más concretamente, mediante procedimientos ágiles que respetarán en todo caso los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad (artículo 10.2 del EBEP).

Así, resultan de aplicación los principios contenidos en el artículo 55 del EBEP, que contempla que el derecho de todos los ciudadanos al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y de acuerdo con lo previsto en el propio EBEP y en el resto del ordenamiento jurídico.

En consecuencia, las Administraciones Públicas, entidades y organismos a que se refiere el artículo 2 del EBEP seleccionarán a su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que se garanticen los principios constitucionales antes expresados, así como los establecidos a continuación:

- a) Publicidad de las convocatorias y de sus bases.
- b) Transparencia.
- c) Imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección.
- d) Independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección.
- e) Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar.
- f) Agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección.

Por tanto, y debido a que su selección debe conciliar la agilidad en la selección con la observancia de los principios rectores del acceso al empleo público, puede afirmarse que el funcionario interino está capacitado para el ejercicio de las funciones públicas a idéntico nivel que el funcionario de carrera, del cual se distingue por la nota de la temporalidad en el vínculo jurídico que mantiene con la Administración.

El cese de los funcionarios interinos se producirá, como señala el EBEP, además de por las causas previstas en el artículo 63 de dicha norma para la pérdida de la condición de funcionario de carrera, cuando finalice la causa que dio lugar a su nombramiento.

En el caso del funcionario interino seleccionado para ser adscrito a una plaza vacante cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera, establece el artículo 10.4 del EBEP que dicha plaza, junto con las demás vacantes desempeñadas por funcionarios interinos, deberán incluirse en la oferta de empleo correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento y, si no fuera posible, en la siguiente, salvo que se decida su amortización.

A este respecto, resulta de sumo interés la reciente línea jurisprudencial iniciada por el Tribunal Supremo (vid. STS de 29 de octubre de 2010, confirmada por STS de 14 de diciembre de 2012) que obliga a las Administraciones Públicas a cumplir con el deber de incluir necesariamente, en las ofertas de empleo público, las plazas vacantes cubiertas mediante nombramientos de funcionarios interinos o contratos temporales que provengan de ejercicios anteriores, sin que les afecten en este sentido las prohibiciones o limitaciones a la incorporación de nuevos efectivos contempladas en las leyes anuales de Presupuestos Generales del Estado. Esta postura del TS resulta, a priori, bastante divergente con la voluntad del legislador presupuestario de limitar el acceso al empleo público y la consolidación del empleo temporal, recogida precisamente en las sucesivas

leyes de presupuestos generales del Estado desde el año 2011, tal y como se analizará en el apartado siguiente.

Dicha posición, sumamente garantista con la situación del funcionario interino en un contexto de crisis como el actual, no deja de ser, sin embargo, bastante arriesgada para el gestor de recursos humanos en el ámbito de su actividad diaria, en la que no puede obviar el marco legal vigente, sin que conste que, a la fecha, se haya producido derogación normativa alguna a este respecto, ni parezca que el legislador presupuestario vaya a modificar dicha tendencia para el inminente ejercicio económico 2015.

Como recordatorio, y a fin de dotar de seguridad jurídica a la figura, el apartado 5 del artículo 10 EBEP señala que a los funcionarios interinos les será aplicable, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera, constituyendo igualmente una importante innovación legislativa en su momento el reconocimiento legal del derecho de los funcionarios interinos a la percepción de los devengos retributivos en concepto de antigüedad (artículo 25.2 EBEP) siendo éste el único apartado del Capítulo III del EBEP que, a la fecha actual, se encuentra plenamente vigente .

2.1.- El contexto legal: la legislación estatal básica de excepcionalidad y urgencia. Incidencia en las actividades de planificación y gestión de recursos humanos en el ámbito del sector público local: la experiencia práctica desarrollada en el Ayuntamiento de Vigo con respecto a los funcionarios interinos.

El marco legal del Derecho del Empleo Público ha experimentado en el último cuatrienio una serie de modificaciones de carácter excepcional, hasta el momento inesperadas y que pueden definirse, sin lugar a dudas, como extraordinarias, tanto desde la perspectiva del contexto histórico, social y económico en que han sido dictadas, como desde la ausencia de precedentes inmediatos en la historia reciente de la producción normativa existente en nuestro sistema constitucional y en el seno de un Estado social y democrático de Derecho.

Sin perjuicio de la influencia evidente sobre la economía española de las decisiones y medidas de austeridad adoptadas por la autoridades económicas de la Unión Europea, las primeras decisiones relativas a la contención y racionalización de gasto en el sector público español -con incidencia directa en las retribuciones de los empleados públicos al servicio de las diferentes Administraciones Públicas territoriales- se establecieron ya en el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público.

La norma citada -que generó no poca polémica, tanto debido a la técnica normativa elegida para su aprobación como por el contexto social y político del momento- tuvo la condición de norma jurídica con rango legal de carácter básico, al amparo de lo establecido en el artículo 149.1, 13ª, 14ª, 16ª, 17ª, y 18ª de la vigente Constitución de 1978. Entre otras medidas, la norma procedió a la modificación de la LPGE 2010, recogiendo, en lo que respecta al régimen de retribuciones de los empleados públicos, las previsiones siguientes:

- Reducción de las retribuciones del personal funcionario al servicio del sector público (importe de las retribuciones básicas en concepto de antigüedad (trienios) y de las

- retribuciones básicas y complementarias en un 5% con respecto a las previstas para 2010, a realizar en el mes de diciembre de 2010 (reducción de sueldo base y trienios).
- Reducción en un 5% de las cuantías globales a percibir en concepto de gratificaciones y productividad.
 - Mantenimiento de las bases de cotización a mes de mayo de 2010.
 - Reducción de la masa salarial destinada a las retribuciones del personal laboral en un 5% con respecto a lo previsto para 2010, sin perjuicio de las excepciones establecidas.
 - Reducción de las retribuciones de altos cargos del Gobierno, órganos consultivos, AGE y otros órganos directivos en un 15%.
 - Suspensión de la revalorización de las pensiones públicas.

La norma contemplaba la declaración legal del carácter de recursos afectados de las cuantías resultantes de la reducción de gastos de personal, preceptuando expresamente el destino de los fondos resultantes de la reducción a tres finalidades específicas, contempladas en el artículo 14, y que eran:

- Saneamiento del remanente de tesorería derivado de la última liquidación, cuando éste fuera negativo.
- Disminución del nivel de endeudamiento a largo plazo.
- Financiación de inversiones.

Se contemplaba igualmente que, cuando no resultasen de aplicación los apartados a) o b) los recursos no aplicados en el propio ejercicio a la financiación de inversiones, se destinarían en sucesivos ejercicios a las finalidades establecidas en los apartados a), b) y c), con el mismo orden de prelación, hasta su aplicación total.

En la secuencia normativa temporal, y paralelamente a los avatares e incidencias de la economía, el legislador nuevamente apostó por regular nuevamente las retribuciones del personal al servicio del sector público.

De este modo, en diciembre del año 2011 se procede a la aprobación del Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, dictada en un contexto económico en el cual se había detectado el incumplimiento de los objetivos del déficit público comprometido con la UE para el 2011 y exigidas por el órgano europeo de control, siendo necesaria la consolidación fiscal del Estado y la garantía de estabilidad presupuestaria y de viabilidad del sector público español.

No debe obviarse, en este contexto, la situación de prórroga ipso iure de la LPGE para el año 2011, lo cual incrementaba la necesidad de determinar, al menos a priori, los límites al incremento retributivo de los empleados públicos para el año 2012.

Dicha norma, de carácter básico en gran parte de sus previsiones, entre otros aspectos contemplaba las medidas siguientes:

- Prohibición legal del incremento retributivo y de la masa salarial durante el año 2012, con respecto a las percibidas a 31 de diciembre de 2011, sin perjuicio de las adecuaciones retributivas excepcionales y singulares.
- Prohibición legal de la realización de aportaciones a planes de pensiones o contratos de seguro colectivo que cubran la contingencia de jubilación.
- Prohibición legal del incremento retributivo de altos cargos del Gobierno, órganos consultivos, AGE y demás personal directivo.
- Reducción de un 10% de los créditos destinados a productividad.
- Reordenación del tiempo de trabajo de los empleados públicos, que no podrán realizar una jornada laboral inferior a las 37,5 horas semanales, deviniendo inaplicables las previsiones de los acuerdos reguladores de las condiciones de trabajo y/o convenios colectivos vigentes.

En el mes de junio del año 2012, el legislador procedió a la aprobación de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012, que contemplaba la necesaria continuidad en la consolidación fiscal necesaria, considerando la confirmación de las previsiones de desviación del saldo presupuestario, con el objetivo de garantizar la sostenibilidad de las finanzas públicas a medio plazo. Debe considerarse que en el año 2011 se había procedido a la reforma del artículo 135 de la vigente Constitución, de la cual deriva la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, que establece la regla de gasto y los techos del déficit en el sector público.

Las medidas adoptadas por España, según el legislador presupuestario, recogieron no sólo el reconocimiento europeo a los esfuerzos de España para la reducción del déficit, sino también nuevas recomendaciones de contención de gasto público, ante la imposibilidad de cumplimiento de los objetivos establecidos por la UE.

La LPGE 2012 contemplaba, en el ámbito de las retribuciones del personal al servicio del sector público, una serie de medidas caracterizadas por la continuidad en la línea de austeridad establecida:

- Mantenimiento de la interdicción legal del incremento de retribuciones y de la masa salarial del personal funcionario y laboral para el año 2012.
- Mantenimiento de la prohibición de realización de aportaciones a planes de pensiones y seguros colectivos que cubran la contingencia de jubilación.
- Mantenimiento de las limitaciones legales al incremento de las pensiones públicas, manteniendo las condiciones del RD-Ley 20/2011, de 30 de diciembre.

Pero, sin lugar a dudas, el punto de inflexión en este ámbito ha venido marcado por una controvertida norma que data de pocos días después de la aprobación de la LPGE 2012, que es el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

Publicada en el BOE del 14/07/2012, su entrada en vigor se produjo el 15/07/2012, abarcando una batería de medidas excepcionales en el ámbito de la racionalización de las Administraciones Públicas -incluida lógicamente la Administración Local- que carecían de precedente cercano en el acervo normativo reciente del Derecho del Empleo Público.

El Real Decreto-Ley referido, de carácter básico en numerosos preceptos de su articulado, contempla una serie de medidas de racionalización de las Administraciones Públicas en cuanto a las incidencias de índole económica, jurídica y administrativa de los efectivos a su servicio, contemplando, como medida más contundente la alteración del régimen de retribuciones de los empleados públicos (personal funcionario y laboral) concretada en la prohibición legal del abono de la paga extraordinaria de diciembre de 2012 a la totalidad del personal al servicio del sector público, de aplicación directa a las diferentes Administraciones Públicas.

Sin lugar a dudas, se trataba de una medida sin precedentes en el ámbito retributivo de los empleados públicos, de escasa popularidad y cuya eficacia e impacto reales deberá ser observada desde la perspectiva temporal –de conformidad con la evolución de la economía- y judicial.

Paralelamente, y anticipándose a las previsibles modificaciones de los instrumentos derivados de la negociación colectiva, la norma declara la suspensión, ipso iure y por imperativo legal, de la vigencia y eficacia de pactos, acuerdos y convenios contrarios a las previsiones de la misma.

En materia de Seguridad Social, la norma mantiene las bases de cotización establecidas en el artículo 120.16 de la LPGE 2012, estableciendo además una nueva regulación de la prestación económica a percibir en los supuestos de incapacidad temporal (IT) sometida a la obligatoriedad de negociación colectiva y a la regulación por cada Administración Pública en los términos y condiciones establecidos en el propio Real Decreto-ley.

Las tendencias legislativas de restricción y austeridad en materia de gasto público en la gestión de personal continuaron en la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, la cual reproduce, en idénticos conceptos e idénticas cuantías al ejercicio económico 2012, resultando especialmente destacable la previsión del devengo de la paga extraordinaria correspondiente al mes de diciembre de 2013, en idénticas condiciones a las existentes con anterioridad al Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio.

La vigente Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, continúa la senda de la austeridad y contención de gasto público en materia de personal, a pesar del tímido ambiente de incipiente recuperación económica que parece respirarse, tendiendo fundamentalmente hacia la necesaria racionalización de los gastos de personal en el sector público.

Por su parte, el proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015, actualmente en fase de tramitación parlamentaria, no contempla en su redacción dicha posibilidad.

Sus notas fundamentales indican un posible incremento de la tasa de reposición de efectivos, una posible reconsideración de los servicios y sectores prioritarios susceptibles de reforzamiento con efectivos de nuevo ingreso, entre otros aspectos de interés, como la devolución de la parte devengada de la paga extraordinaria correspondiente al mes de diciembre de 2012.

Como ejemplo práctico de la realidad cotidiana en el marco de las actividades de planificación y gestión de recursos humanos, el Ayuntamiento de Vigo, en aras a

garantizar la legalidad de los nombramientos de dicho personal de carácter no permanente, procedió a acordar expresamente, por parte del órgano municipal competente, la determinación de sectores y servicios prioritarios a través de una serie de instrucciones o criterios internos de gestión.

Dicho instrumento responde a una serie de objetivos en la gestión de recursos humanos que se concretan en:

- Consecución de la máxima eficiencia en la prestación de los servicios públicos.
- Determinación de sectores prioritarios dentro de la organización: atendiendo a os criterios legales contemplados en la LRSAL, al sistema de ejercicio de competencias impropias contemplado en la Ley de la Comunidad Autónoma de Galicia 5/2014, de 27 de mayo, y a las potestades públicas de planificación y autoorganización legalmente atribuidas a las entidades locales por el artículo 4 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local.
- Contención de gastos en materia de personal y asignación eficiente de los recursos públicos: al contemplar medidas reguladoras y límites máximos tanto a las dotaciones presupuestarias como a la gestión de las mismas.
- Cumplimiento del marco legal vigente desde las ópticas de la publicidad y la transparencia

Tales sectores de carácter prevalente se han categorizado en:

- Servicios cuyo ámbito funcional se corresponde con el listado de competencias propias de los ayuntamientos, contemplado en la nueva redacción del artículo 25.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, tras la modificación operada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre.
- Servicios que incidan directamente dentro del ámbito de los servicios obligatorios contemplados en el artículo 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, tras la modificación operada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre.
- Fuera del listado competencial contemplado en la ley, y dentro del actual marco legal de restricción en el ejercicio de las competencias municipales, se establece expresamente que únicamente podrán ser reforzados aquellos servicios internos o centrales, de carácter transversal, cuya actividad permanente resulte imprescindible para el adecuado funcionamiento interno de los órganos de gobierno, gestión económica y tributaria municipal, tecnologías de la información y comunicación (TICs); ejercicio de funciones reservadas a funcionarios con habilitación de carácter nacional y/u órganos directivos municipales, determinados expresa y taxativamente en el texto literal del acuerdo.
- El recurso al personal funcionario interino –o, de ser el caso, laboral temporal- se realizará únicamente en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables, restringiéndose a los sectores, funciones y categorías profesionales indicados anteriormente como prioritarios o que afecten al funcionamiento de los servicios públicos esenciales. El nombramiento de dicho personal deberá contener, inexcusablemente, la necesaria justificación del responsable del servicio o unidad solicitante, junto con el análisis de grado de incidencia en el Capítulo I de gastos de los correspondientes Presupuestos Municipales.
- Los criterios de gestión interna adoptados contemplan la posibilidad de determinación de otros sectores o servicios de carácter prioritario dentro de la organización

municipal, siempre en tanto las Administraciones Públicas competentes -previa la tramitación legal que proceda- autoricen el ejercicio de competencias distintas de las propias o el ejercicio de competencias delegadas, en los términos de lo previsto en el marco legal vigente y siempre que se acredite el cumplimiento de los requisitos previstos en este.

- Por lo que respecta al ejercicio de competencias distintas de las propias y de las delegadas, la Instrucción 1/2014, de la Intervención General Municipal del Ayuntamiento de Vigo, recoge la aplicación lo dispuesto en el artículo 3.3 de la Ley 5/2014, de 27 de mayo, de desarrollo de las previsiones de la LRSAL en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia, que dispone que no se entenderá como ejercicio de nuevas competencias:
 - a) La continuidad en la prestación de los servicios ya establecidos.
 - b) La continuidad de la actividad de fomento ya establecida en ejercicios anteriores.
 - c) La modificación de la reglamentación de los servicios o de sus modalidades cuando no lleve consigo la realización de nuevas actividades prestacionales.

De este modo, la seguridad jurídica en la motivación de la necesidad de incorporación temporal de nuevos efectivos goza una garantía fundamental, como es la previa identificación y detección de necesidades y prioridades, en respuesta a lo establecido por el legislador presupuestario, y en aras a lograr la máxima eficiencia en la gestión de los recursos públicos dentro de un contexto de necesaria restricción.

No obstante lo anterior, sería mucho más garantista el establecimiento de una regulación detallada sobre estos aspectos por parte del legislador estatal en las correspondientes Leyes de Presupuestos Generales del Estado para cada ejercicio económico, con el objetivo de establecer, con arreglo al principio de eficiencia, las oportunas prioridades en la gestión de los recursos públicos, así como de homogeneizar criterios para el ámbito de la siempre olvidada Administración Local.

3.- Modificaciones operadas por la Ley 15/2014, de 17 de diciembre, de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa en el régimen de los funcionarios interinos.

El pasado mes de septiembre, y tras una tramitación parlamentaria no exenta de un interesante debate en lo que respecta a la racionalización de plantillas en las Administraciones Públicas, ha sido aprobada la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa (BOE nº 226, del 17 de septiembre de 2014). Dicha norma, vigente desde el 18.09.2014, contempla una serie de impactos relevantes en lo que afecta a la gestión de recursos humanos, concretados fundamentalmente en modificaciones del vigente Estatuto Básico del Empleado Público; en concreto, y en lo que respecta al régimen de los funcionarios interinos, el legislador estatal, en la característica línea racionalizadora del último cuatrienio, realiza una alteración del régimen preexistente de los funcionarios interino concretadas en:

- Establecimiento de limitación temporal en el vínculo jurídico del funcionario interino para la ejecución de planes o programas de carácter temporal, recogida en el artículo 28, apartado Uno, de la nueva Ley, que literalmente señala que:

“Se modifica el epígrafe c) del apartado 1 del artículo 10, que queda redactado de la siguiente forma:

«Artículo 10. Funcionarios interinos.

(...)

c) La ejecución de programas de carácter temporal, que no podrán tener una duración superior a tres años, ampliable hasta doce meses más por las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto.»

La problemática práctica que genera la redacción del precepto es muy elevada, dado que no se efectúa una delimitación precisa y clara del ámbito de afección de la nueva limitación temporal: así, no está claro si ésta afecta a la duración del vínculo, a la duración del programa, o a ambos a la vez. Una interpretación literal parece indicar la incidencia sobre ambos conceptos; en cambio, una interpretación teleológica o finalista parece indicar que debe afectar la duración del vínculo jurídico –a fin de que no se perpetúe “in aeternis” un nombramiento de funcionario interino- pero no tendría por qué limitar la duración de un programa que previamente haya sido adecuadamente calendarizado para una duración superior, y cuya implementación práctica para la prestación de un servicio público pueda requerir el debido transcurso del tiempo estimado inicialmente previsto.

- Tampoco precisa la norma transitoriedad alguna en relación a la entrada en vigor de dicha previsión -sin que se efectúe reserva alguna que permita obviar a los nombramientos efectuados con anterioridad a la vigencia de la previsión legal- de manera que, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 2.1 del Código Civil, no hay motivo para entender que la entrada en vigor de la norma tenga un alcance distinto al previsto en el propio tenor literal de la misma.
- No se indica el procedimiento de cese del funcionario interino al que haya que comunicar que, por transcurso del tiempo legalmente previsto, debe abandonar la prestación del servicio público, pareciendo, a priori, existir una cierta contradicción con la garantista línea jurisprudencial que está consolidando el Tribunal Supremo al respecto de los derechos de los funcionarios interinos, citada en el apartado 2 de la presente ponencia.

Entendemos que será la justicia la que aporte cierta luz sobre las previsiones normativas analizadas, aunque para el gestor de recursos humanos sería muy recomendable que la iluminación jurisprudencial con respecto a qué camino seguir no se produzca de manera tardía.

- Establecimiento de la posibilidad de reasignación interdepartamental de los funcionarios interinos para la ejecución de planes o programas de carácter temporal y de los nombrados por acumulación de tareas: literalmente, la nueva ley señala que:

“Dos. Se introduce un nuevo apartado 6 en el artículo 10, con la siguiente redacción:

«Artículo 10. Funcionarios interinos.

(...)

6. *El personal interino cuya designación sea consecuencia de la ejecución de programas de carácter temporal o del exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un período de doce meses, podrá prestar los servicios que se le encomienden en la unidad administrativa en la que se produzca su nombramiento o en otras unidades administrativas en las que desempeñe funciones análogas, siempre que, respectivamente, dichas unidades participen en el ámbito de aplicación del citado programa de carácter temporal, con el límite de duración señalado en este artículo, o estén afectadas por la mencionada acumulación de tareas.»*

Esta previsión introduce una nueva herramienta de flexibilidad en la gestión de recursos humanos, al permitir la prestación de servicios por parte del funcionario interino inicialmente seleccionado para paliar una necesidad puntual en un área organizativa o funcional concreta, en otras unidades administrativas susceptibles de reforzamiento, siempre y cuando se garantice el desempeño de funciones análogas y concurra, lógicamente, una necesidad de reasignación de efectivos de carácter no permanente (conurrencia de situaciones de incapacidad laboral temporal en un servicio concreto; situaciones de maternidad y riesgo durante la gestación; incremento de las cargas de trabajo por cuestiones extraordinarias - cierre de ejercicio económico, implementación de nuevas actuaciones, nuevos programas o ejercicio de nuevas competencias, entre otros).

4.- La movilidad interadministrativa como herramienta de cambio y mejora organizacional en el ámbito del sector público local.

El marco legal que estamos analizando en la presente ponencia exige, a nuestro juicio, una importante labor por parte del gestor de recursos humanos, orientada hacia la maximización de los efectivos disponibles y el ejercicio restrictivo de competencias municipales distintas a las propias y a las que se ejerzan por delegación. Mecanismos legalmente previstos como la reasignación de efectivos o la movilidad interdepartamental deberían ser tenidos en cuenta para dotar de continuidad a los servicios existentes sin aumento de gastos en materia de personal.

Igualmente, el diseño y desarrollo de planes de formación y de carrera profesional dentro de la organización proporcionan resultados muy favorables, dado que logran conciliar el elemento subjetivo del interés del efectivo por su capacitación y adquisición de nuevos conocimientos y competencias profesionales, con el interés de la propia organización en la transferencia del conocimiento a la misma, así como en la disposición de efectivos actualizados y formados, permitiendo incluso la reorientación profesional y reubicación en áreas o sectores prioritarios con efectivos procedentes de áreas distintas.

En la línea de la articulación de verdaderos sistemas de carrera administrativa, que favorezcan la tan ansiada movilidad interadministrativa –prácticamente inexistente en el mundo local sin no llega a ser por la peculiar pervivencia y más peculiar utilización de la figura jurídica de la permuta - el legislador estatal ha introducido, como otra de las novedades de la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa, la que procede al establecimiento de criterios para la regulación de la movilidad interadministrativa: expresamente contempla la

integración en la plantilla de la organización de destino en caso de movilidad, así como el derecho a la obtención de un puesto de trabajo en los supuestos de cese o remoción.

Así el nuevo artículo 84.3 del EBEP contempla la movilidad voluntaria entre Administraciones Públicas, estableciendo literalmente que:

“Los funcionarios de carrera que obtengan destino en otra Administración Pública a través de los procedimientos de movilidad quedarán respecto de su Administración de origen en la situación administrativa de servicio en otras Administraciones Públicas. En los supuestos de remoción o supresión del puesto de trabajo obtenido por concurso, permanecerán en la Administración de destino, que deberá asignarles un puesto de trabajo conforme a los sistemas de carrera y provisión de puestos vigentes en dicha Administración.

En el supuesto de cese del puesto obtenido por libre designación, la Administración de destino, en el plazo máximo de un mes a contar desde el día siguiente al del cese, podrá acordar la adscripción del funcionario a otro puesto de la misma o le comunicará que no va a hacer efectiva dicha adscripción. En todo caso, durante este periodo se entenderá que continúa a todos los efectos en servicio activo en dicha Administración.

Transcurrido el plazo citado sin que se hubiera acordado su adscripción a otro puesto, o recibida la comunicación de que la misma no va a hacerse efectiva, el funcionario deberá solicitar en el plazo máximo de un mes el reingreso al servicio activo en su Administración de origen, la cual deberá asignarle un puesto de trabajo conforme a los sistemas de carrera y provisión de puestos vigentes en dicha Administración, con efectos económicos y administrativos desde la fecha en que se hubiera solicitado el reingreso.

De no solicitarse el reingreso al servicio activo en el plazo indicado será declarado de oficio en situación de excedencia voluntaria por interés particular, con efectos desde el día siguiente a que hubiesen cesado en el servicio activo en la Administración de destino.»

Resulta una previsión tan necesaria como bienvenida, dado que existía una cierta laguna legal en relación a la situación fáctica en la que quedaba el funcionario que, habiendo obtenido un puesto por el procedimiento de libre designación en otra Administración Pública distinta a la de origen, haya sido cesado o removido del puesto, dado que no sería la primera vez que no se reconocía el derecho a un puesto de trabajo ni en la Administración de origen ni en la de destino, con las consecuencias de toda índole que ello generaba –la más relevante, la inseguridad jurídica para el funcionario cesado, junto con el obvio perjuicio a sus derechos retributivos y a la carrera profesional-.

En este sentido, parece que esta previsión sin duda fomentará la articulación de procedimientos de movilidad de efectivos en un contexto en el cual las restricciones a la incorporación de efectivos son muy elevadas, y en el cual la complejidad de la actividad administrativa en el mundo local requiere, si cabe en mayor medida, la disponibilidad de profesionales del sector público que puedan resultar excedentarios en sus organizaciones de origen, o incluso encontrarse de facto infrautilizados, pero susceptibles de ser enormemente útiles en otras organizaciones locales diferentes. El tiempo dirá si nos

encontramos ante un mero mecanismo de seguridad jurídica o ante una verdadera herramienta de captación y gestión del talento en el ámbito del sector público local, hasta ahora tradicionalmente resistente a cualquier alteración en la tradicional endogamia inherente al ámbito funcional propio de los municipios.

Como novedad de interés por lo que afecta a las entidades locales, la Ley 15/2014 establece la regulación legal del régimen del personal militar que preste servicios en la Administración Civil, contemplando un sistema mixto en la regulación del régimen de dicho personal, una vez integrado en la Administración Civil.

La Disposición adicional duodécima preceptúa que:

“El personal militar de carrera podrá prestar servicios en la Administración civil en los términos que establezca cada Administración Pública en aquellos puestos de trabajo en los que se especifique esta posibilidad, y de los que resulten adjudicatarios, de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, previa participación en la correspondiente convocatoria pública para la provisión de dichos puestos, y previo cumplimiento de los requisitos que, en su caso, se puedan establecer para este fin por el Ministerio de Defensa.

2. Al personal militar que preste servicios en la Administración civil le será de aplicación la normativa propia de la misma en materia de jornada y horario de trabajo; vacaciones, permisos y licencias; y régimen disciplinario, si bien la sanción de separación del servicio sólo podrá imponerse por el Ministro de Defensa.

No les será de aplicación lo previsto para promoción interna, carrera administrativa, situaciones administrativas y movilidad, sin perjuicio de que puedan participar en los procedimientos de provisión de otros puestos abiertos a este personal en la Administración civil.

Las retribuciones a percibir serán las retribuciones básicas que les correspondan en su condición de militares de carrera, y las complementarias correspondientes al puesto de trabajo desempeñado. Los posibles ascensos que puedan producirse en su carrera militar no conllevarán variación alguna en las condiciones retributivas del puesto desempeñado.

Su régimen de Seguridad Social será el que les corresponda como militares de carrera.

Cuando se produzca el cese, remoción o supresión del puesto de trabajo de la Administración civil que vinieran desempeñando, deberán reincorporarse a la Administración militar en la situación que les corresponda, sin que les sean de aplicación los criterios existentes en estos supuestos para el personal funcionario civil.»

Sin duda, será cuando menos curiosa la articulación de dicho sistema desde la óptica de la gestión de recursos humanos, en el cual los órganos municipales podrán intervenir en la esfera del personal militar que temporalmente se incorpore a la Administración Civil, pero no ejercer la potestad disciplinaria en su grado máximo. Tampoco parece adecuada la interdicción de participación en la promoción interna, carrera administrativa, situaciones administrativas y movilidad en idénticas condiciones que el restante personal de la Administración civil en la que se integren, dado que, a primera vista, no parece muy

acorde con el principio de igualdad contemplado en el artículo 14 de la Constitución de 1978, ni demasiado armónico con los sistemas de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional en el ámbito del sector público conformado por la Administración Civil.

En un contexto en el cual la sociedad civil demanda, con la mayor urgencia, una total reforma de las dinámicas de funcionamiento de los gestores públicos, aparejada a la profesionalización del personal eventual y de los propios funcionarios, junto con la garantía de su plena objetividad e imparcialidad en el desarrollo de sus funciones, y al establecimiento e implantación definitivos de un importante haz de principios éticos en la gestión pública, constituye punto de partida fundamental la mejora en la gestión de los recursos humanos, tanto desde una óptica estratégica -que permita obtener más rendimiento y profesionalidad con menos efectivos, así como formar en la cultura de la mejora personal y profesional continua del empleado público, logrando también su satisfacción en la prestación del servicio y en el desarrollo de su trabajo diario- como desde la óptica de la gestión cotidiana -mejorando los sistemas de movilidad interdepartamental e implantando la cultura de la simplificación administrativa, de la evaluación y exigencia del rendimiento profesional, y de la definición de objetivos realistas, medibles y alcanzables, en los que todos seamos partícipes y actores de un objetivo común: la toma de conciencia de que lo público es de todos y de todas.

Y en su mejora, todos y todas debemos participar activamente.

5.- Bibliografía.

- BOLTAINA BOSCH, X., en “El personal laboral de las Corporaciones Locales después del Estatuto Básico del empleado público”. Editado por la Diputación Provincial de Barcelona, octubre de 2010. Depósito legal S.1251-2010.
- MARTÍN REBOLLO, L., en” Estudio Preliminar sobre el Empleo Público”, Leyes Administrativas, Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, 17ª edición, 2011).
- Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Centro de Nuevas Estrategias de Gobernanza Pública, año 2005, vid. páginas 47-71.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ en “Curso de Derecho Administrativo”, Ed. Civitas, 15ª Edición.
- PASCUAL GARCÍA, J., en “La huida del Derecho Administrativo, del Presupuesto y de los controles financieros por los nuevos entes del sector público”, publicado por la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos, copyright 2010, Instituto de Estudios Fiscales, Presupuesto y Gasto Público 60/2010, 109-128.
- SERRANO PASCUAL, A., en “Las ofertas de empleo público y la obligatoria inclusión de las plazas cubiertas interinamente, en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Nº 2, Sección Comentarios de jurisprudencia, Quincena del 30 de enero al 14 de febrero 2014, Ref. 182/2014, pág. 182, Editorial LA LEY.
- PARADA VÁZQUEZ, R., en “Derecho del empleo público. Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público”. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2007.

- LÓPEZ GANDÍA, J., y TOSCANI JIMÉNEZ, D., en “Precariedad en el empleo público: el personal interino”, Editorial Bomarzo, reseña crítica nº 102/2011.
- Documentación relativa al proyecto de ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015 disponible en www.congreso.es
- Textos legales disponibles en la web www.boe.es

MANUEL XOSÉ LORENZO PENELA, SECRETARIO DE ADMINISTRACIÓN MUNICIPAL DEL AYUNTAMIENTO DE VIGO, Y SECRETARIO DE LA JUNTA DE GOBIERNO LOCAL POR DELEGACIÓN EFECTUADA EN DECRETO DE FECHA 08.08.2014, **CERTIFICA:**

Que en sesiones ordinarias de fechas 20.06.2014 y 29.08.2014, la Junta de Gobierno Local aprobó los expedientes administrativos nºs 25.068/220 y 25.571/220, resultando de la aprobación de ambos el texto siguiente:

“INSTRUCCIONES EN MATERIA DE PLANIFICACIÓN Y GESTIÓN DE RECURSOS HUMANOS PARA EL ÁMBITO DEL AYUNTAMIENTO DE VIGO DERIVADAS DE LA APLICACIÓN DE LAS PREVISIONES CONTENIDAS EN LA LEY 27/2013, DE 27 DE DICIEMBRE, DE RACIONALIZACIÓN Y SOSTENIBILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL, LEY 5/2014, DE 27 DE MAYO, Y LEY DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO PARA EL AÑO 2014.

1.- MARCO LEGAL DE REFERENCIA

Constituye objeto de las presentes instrucciones la descripción, precisión y acotación de los conceptos y previsiones legales, en el ámbito de las actividades de planificación y gestión de recursos humanos en el Ayuntamiento de Vigo, contenidas en las siguientes normas:

-Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL) publicada en el BOE nº 312, del lunes 30 de diciembre de 2013 y vigente desde el 31/12/2013.

-Ley autonómica de Galicia 5/2014, de 27 de mayo, de medidas urgentes derivadas de la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, publicada en el DOG del viernes 30 de mayo de 2014 y vigente desde el 31/05/2014.

-Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014.

2.- PREVISIONES ESPECÍFICAS EN MATERIA DE PLANIFICACIÓN Y GESTIÓN DE RECURSOS HUMANOS:

-PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ENTIDADES LOCALES:

El personal al servicio del Ayuntamiento de Vigo está integrado por funcionarios de carrera, contratados en régimen de Derecho laboral y personal eventual que desempeña puestos de confianza o asesoramiento especial.

Los **funcionarios públicos** (de carrera o interinos/as) al servicio de la Administración Local se rigen, en lo no dispuesto en la Ley 7/1985, de 2 de abril, modificada por Ley 27/2013, de 27 de diciembre, por la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, por la restante legislación del Estado en materia de función pública, así como por la legislación de las Comunidades Autónomas, en los términos del artículo 149.1.18 de la Constitución.

Con carácter general, los puestos de trabajo en la Administración local y en sus Organismos Autónomos serán desempeñados por personal funcionario.

Corresponde exclusivamente a los funcionarios de carrera al servicio de la Administración local el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales. Igualmente son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda



Copia auténtica do orixinal - Concello de Vigo

Data impresión: 03/09/2014 13:18

Páxina 1 de 10

Expediente 25599/220

Código de verificación: 25EE3-B4D84-BECAB-5EB82

Pode validar e/ou obter copia electrónica do documento utilizando o código QR da esquerda ou o código de verificación na dirección da sede electrónica <http://www.vigo.org/csv>

reservado a funcionarios de carrera, las que impliquen ejercicio de autoridad, y en general, aquellas que en desarrollo de la presente Ley, se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función.

El **personal laboral** será seleccionado por la propia Administración o Corporación Municipal ateniéndose, en todo caso, a idénticos requisitos que el personal funcionario, según lo establecido en los artículos 55 a 59 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, y normativa de concordante aplicación.

Las dotaciones de puestos de trabajo cuya cobertura corresponda a personal eventual en el Concello deberá ajustarse a los límites y requisitos previstos en la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, para los municipios con una franja de habitantes de entre 75.000 y 500.000 habitantes, de forma tal que el número de dotaciones non podrá exceder del número de concejales/as de la Corporación local, estando sujeta a publicación semestral en la sede electrónica municipal y en el Boletín Oficial de la Provincia el número de puestos de trabajo reservados a personal eventual.

-PLANTILLA PRESUPUESTARIA Y RELACIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO (RPT) O INSTRUMENTO EQUIVALENTE:

El Ayuntamiento de Vigo aprobará anualmente, a través de los Presupuestos correspondientes, la plantilla, que deberá comprender todos los puestos de trabajo reservados a funcionarios, personal laboral y eventual.

Las plantillas deberán responder a los principios de racionalidad, economía y eficiencia y establecerse de acuerdo con la ordenación general de la economía, sin que los gastos de personal puedan rebasar los límites que se fijen con carácter general.

El Ayuntamiento de Vigo formará la relación de todos los puestos de trabajo existentes en su organización, en los términos previstos en la legislación básica sobre función pública.

Corresponde al Estado establecer las normas con arreglo a las que deban de confeccionarse las relaciones de puestos de trabajo, la descripción de puestos de trabajo tipo y las condiciones requeridas para su creación, así como las normas básicas de la carrera administrativa, especialmente por lo que se refiere a la promoción de los funcionarios a niveles y grupos superiores.

Se constituirá el Registro de personal, coordinado con los de las demás Administraciones Públicas, según las normas que se aprueben por el Gobierno. Los datos inscritos en tal Registro determinarán las nóminas, a efectos de la debida justificación de todas las retribuciones.

-OFERTA DE EMPLEO PÚBLICO:

El Ayuntamiento de Vigo formulará públicamente su oferta de empleo, ajustándose a los criterios fijados en la normativa básica estatal.

La selección de todo el personal, sea funcionario o laboral, debe realizarse de acuerdo con la oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre en los que se garanticen, en todo caso, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad.



Copia auténtica do orixinal - Concello de Vigo

Data impresión: 03/09/2014 13:18

Páxina 2 de 10

Expediente 25599/220

Código de verificación: 25EE3-B4D84-BECAB-5EB82

Pode validar e/ou obter copia electrónica do documento utilizando o código QR da esquerda ou o código de verificación na dirección da sede electrónica <http://www.vigo.org/csv>

De conformidad con lo dispuesto en la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, a lo largo del año 2014 no se procederá a la incorporación de nuevo personal, salvo la que pueda derivarse de la ejecución de procesos selectivos correspondientes a Ofertas de Empleo Público de ejercicios anteriores.

Dicha limitación alcanza a las plazas incursas en los procesos de consolidación de empleo previstos en la disposición transitoria cuarta del Estatuto Básico del Empleado Público.

Respetando, en todo caso, las disponibilidades presupuestarias del Capítulo I de los correspondientes presupuestos de gastos, la limitación contenida en el apartado anterior no será de aplicación, en el ámbito de la Administración Local, a los siguientes sectores, en los que la tasa de reposición se fijará hasta un máximo del **10 por ciento**:

- a) Plazas encuadradas en los cuerpos de Policía Local.
- b) Plazas encuadradas en las funciones relativas al control de la asignación eficiente de los recursos públicos; en las funciones de asesoramiento jurídico en la gestión de los recursos públicos, abarcando dicho concepto las siguientes plazas:
 - Funcionarios/as con habilitación de carácter nacional (Subescalas de Secretaría, Intervención-Tesorería y Secretaría-Intervención);
 - Técnicos de Administración General (ramas jurídica y económica)
 - Técnicos de Administración Especial (Economistas, Letrados, Asesores Jurídicos)
 - Técnicos medios de gestión
 - Técnicos medios de relaciones laborales
 - Técnicos medios de servicios económicos
- c) Plazas correspondientes al personal de los servicios de prevención y extinción de incendios.

En el supuesto de las plazas correspondientes al personal de la policía local y de personal de los servicios de extinción de incendios y salvamento, se podrá alcanzar el **cien por cien** de la tasa de reposición de efectivos siempre que se trate de Entidades locales que cumplan o no superen los límites que fije a legislación reguladora de las haciendas locales o, en su caso, las Leyes de Presupuestos Generales del Estado, en materia de autorización de operaciones de endeudamiento.

Además deberán cumplir el principio de estabilidad al que se refiere el artículo 11.4 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera tanto en la liquidación del Presupuesto del ejercicio inmediato anterior como en los presupuestos vigentes.

En relación con este último, los respectivos Plenos de las Entidades locales deberán aprobar un plan económico financiero en el que se incluya la medida a la que se refiere la presente norma y se ponga de manifiesto que, igualmente, se da cumplimiento al citado principio de estabilidad presupuestaria, lo cual deberá ser acreditado ante el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, previamente a la aprobación de la convocatoria de plazas.

Los anuncios de convocatorias de pruebas de acceso a la función pública local y de concursos para la provisión de puestos de trabajo deberán publicarse en el Boletín Oficial del Estado.



Copia auténtica do orixinal - Concello de Vigo

Data impresión: 03/09/2014 13:18

Páxina 3 de 10

Expediente 25599/220

Código de verificación: 25EE3-B4D84-BECAB-5EB82

Pode validar e/ou obter copia electrónica do documento utilizando o código QR da esquerda ou o código de verificación na dirección da sede electrónica <http://www.vigo.org/csv>

Las bases se publicarán en el «Boletín Oficial» de la Provincia, salvo las relativas a las convocatorias de pruebas selectivas para la obtención de la habilitación de carácter nacional, que se publicarán en el Boletín Oficial del Estado

-TASA DE REPOSICIÓN DE EFECTIVOS:

Para calcular la tasa de reposición de efectivos, el porcentaje máximo a que se refiere la LPGE 214 se aplicará sobre la diferencia resultante entre el número de empleados fijos que, durante el ejercicio 2013, dejaron de prestar servicios en cada uno de los sectores, ámbitos, cuerpos o categorías previstos en el epígrafe anterior (denominado "oferta de empleo público") y el número de empleados fijos que se hubiesen incorporado en los mismos en el referido ejercicio, por cualquier causa, excepto los procedentes de ofertas de empleo público, o reingresado desde situaciones que no conlleven la reserva de puestos de trabajo.

A estos efectos, se computarán los ceses en la prestación de servicios por jubilación, retiro, fallecimiento, renuncia, declaración en situación de excedencia se reserva de puesto de trabajo, pérdida de la condición de funcionario de carrera o la extinción del contrato de trabajo o en cualquier otra situación administrativa que no suponga la reserva de puesto de trabajo o la percepción de retribuciones con cargo a la Administración en la que se cesa.

No computarán dentro del límite máximo de plazas derivado de la tasa de reposición de efectivos aquellas plazas que se convoquen para su provisión mediante procesos de promoción interna.

-JORNADA DE TRABAJO:

La jornada de trabajo de los funcionarios de la Administración local será en cómputo anual la misma que se fije para los funcionarios de la Administración Civil del Estado, aplicándose las mismas normas sobre equivalencia y reducción de jornada, permaneciendo vigentes las Instrucciones sobre jornada, horarios de trabajo y régimen de ausencias aprobadas por la Junta de Gobierno Local en acuerdos de fechas 15/02/2013 y 20/05/2013 en lo que no se opongan al presente apartado.

-REQUISITOS PARA LA SELECCIÓN DE DIRECTIVOS PÚBLICOS PROFESIONALES:

El nombramiento de los coordinadores generales y de los directores generales, atendiendo a criterios de competencia profesional y experiencia, deberá efectuarse entre funcionarios de carrera del Estado, de las Comunidades Autónomas, de las Entidades Locales o con habilitación de carácter nacional que pertenezcan a cuerpos o escalas clasificados en el subgrupo A1, salvo que el Reglamento Orgánico Municipal permita que, en atención a las características específicas de las funciones de tales órganos directivos, su titular no reúna dicha condición de funcionario.

Los órganos superiores y directivos quedan sometidos al régimen de incompatibilidades establecido en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, y en otras normas estatales o autonómicas que resulten de aplicación.

-CONTRATOS DE COLABORACIÓN TEMPORAL EN RÉGIMEN DE DERECHO ADMINISTRATIVO:

Según lo establecido en la Disposición Transitoria 8ª de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre (LRSAL) no podrán celebrarse por las Administraciones locales contratos de



Copia auténtica do orixinal - Concello de Vigo

Data impresión: 03/09/2014 13:18

Páxina 4 de 10

Expediente 25599/220

Código de verificación: 25EE3-B4D84-BECAB-5EB82

Pode validar e/ou obter copia electrónica do documento utilizando o código QR da esquerda ou o código de verificación na dirección da sede electrónica <http://www.vigo.org/csv>

colaboración temporal en régimen de Derecho administrativo, ni renovarse los existentes.

-LÍMITES AL INCREMENTO RETRIBUTIVO DEL PERSONAL MUNICIPAL:

Según la vigente LPGE 2014, las retribuciones del personal al servicio de la Administración Local no podrán experimentar incremento alguno con respecto a las percibidas en el ejercicio 2013.

Comprende el concepto de retribuciones, en los términos de lo previsto en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, y demás normativa de concordante aplicación, las siguientes categorías:

- retribuciones básicas (sueldo base, trienios y pagas extraordinarias)
- retribuciones complementarias integrantes y asociadas a los puestos de trabajo existentes en la vigente Relación de Puestos de Trabajo del Ayuntamiento de Vigo (complemento de destino y complemento específico)
- retribuciones complementarias no fijas y periódicas por imperativo legal (complemento de productividad y gratificaciones por servicios extraordinarios).

Por tanto, la masa salarial destinada a tal fin en los Presupuestos Municipales no experimentará incremento alguno, en los términos de la exigencia legalmente establecida.

Por lo que respecta a las cuantías de las retribuciones, las inherentes a los efectivos públicos al servicio de la Administración Municipal de Vigo –considerados como colectivo, en términos de homogeneidad- no podrán experimentar, como cantidades totales anualmente consideradas, incremento alguno con respecto a las vigentes a 31 de diciembre de 2013, tanto por lo que respecta a efectivos de personal como a la antigüedad del mismo.

Por lo que respecta a la cuantía máxima a distribuir durante el año 2014 para los complementos retributivos de productividad y de gratificaciones por servicios especiales y extraordinarios, se estará a lo contemplado en las previsiones de la vigente Ley de Presupuestos Generales del Estado para el ejercicio 2014 y en la **Disposición Adicional Séptima de las Bases de Ejecución de los Presupuestos Municipales para el año 2014**, que contempla que:

Al objeto de dar cumplimiento a lo regulado en los artículos 5 y 6 del Real Decreto 861/1986, de 25 de abril y hacerlo ejecutable con lo previsto en el artículo 127.1.h), de la Ley 7/1985, de 2 de abril, los complementos máximos por los conceptos de gratificaciones y productividad para el año 2014 serán los siguientes:

El complemento de productividad y su equivalente para el personal laboral no rebasará la cuantía de 1,2 millones de euros, el de gratificaciones para funcionarios y horas extraordinarias para el personal laboral los 2,5 millones de euros, ambos los dos límites deben estar dentro de los porcentajes que fija el artículo 7 del Real Decreto 861/1986, del 30 y 10 por 100 respectivamente de la masa salarial, sobre la base de restar a la masa retributiva global presupuestada, la referida al personal laboral y la correspondiente a las retribuciones básicas y al complemento de destino del personal funcionario.



Copia auténtica do orixinal - Concello de Vigo

Data impresión: 03/09/2014 13:18

Páxina 5 de 10

Expediente 25599/220

Código de verificación: 25EE3-B4D84-BECAB-5EB82

Pode validar e/ou obter copia electrónica do documento utilizando o código QR da esquerda ou o código de verificación na dirección da sede electrónica <http://www.vigo.org/csv>

Hay que señalar, que no se están deduciendo las retribuciones del personal laboral, ya que en la cuantía de la productividad y de gratificaciones, se está computando la totalidad de los empleados.

Para la formación de la Masa salarial, se tendrán en cuenta los siguientes conceptos presupuestarios:

Retribuciones Básicas (120).
Retribuciones complementarias (121).
Retribuciones del personal laboral fijo (130).
Incentivos al rendimiento (150,151).
Prestaciones sociales (161).

Una vez hechas las deducciones sobre la Masa salarial, al objeto de dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 7 del Real Decreto 861/1986, se estará a cálculo que se haga en cada caso, siendo los límites cuantitativos en cuantías absolutas las siguientes: para productividad 4,3 millones de euros y de 1,6 millones para gratificaciones, para todo el año.

La cuantía que se está especificando está por debajo del límite previsto en el artículo 7 del Real Decreto 861/1986, por lo que, al Pleno de la Corporación, le quedaría margen legal para incrementar la masa de productividad y de gratificaciones ata el límite que se establece en esta Base.

Hasta alcanzar dicha cuantía, el órgano competente podrá incoar las modificaciones presupuestarias necesarias dentro del capítulo I de los Presupuestos, teniendo en cuenta los puestos dotados y los efectivos cubiertos, sin que en ningún caso el gasto del capítulo I del estado de gastos del presupuesto pueda experimentar incremento como consecuencia de dichas modificaciones presupuestarias. En el caso de precisar un incremento de las cuantías señaladas, deberá ser el Pleno de la Corporación quien autorice aumentar estos complementos.

Para los OO.AA, también será de aplicación la dotación o incremento de la masa de productividad, siempre dentro del crédito del capítulo I, hasta el límite del 3 por 100 de la cuantía aprobada del capítulo I.

En el supuesto de existir dotación aprobada en la aplicación 150, y ésta tuviese una dotación inferior que el 3% del capítulo I, se podrán aprobar propuestas de distribución por una cuantía hasta llegar a ese límite. En el caso de que no exista dotación alguna, se podrán hacer propuestas de distribución con cargo a la aplicación 150 que se creará dentro de la bolsa de vinculación jurídica de los créditos. A partir de ese porcentaje, será el Pleno de la Corporación quien autorice el incremento de esa masa.

En ningún caso, será objeto de incremento el capítulo I, por lo que los incrementos serán con cargo a la disminución de otras aplicaciones de este capítulo.

En aplicación del tenor literal de la norma, el límite al incremento retributivo *“se entenderá sin perjuicio de las adecuaciones retributivas que, con carácter singular y excepcional, resulten imprescindibles por el contenido de los puestos de trabajo, por la variación del número de efectivos asignados a cada programa o por el grado de consecución de los objetivos fijados al mismo”*.

En consecuencia, las eventuales adecuaciones retributivas que en el marco de la gestión de recursos humanos se adopten, deberán cumplir los requisitos siguientes:



Copia auténtica do orixinal - Concello de Vigo

Data impresión: 03/09/2014 13:18

Páxina 6 de 10

Expediente 25599/220

Código de verificación: 25EE3-B4D84-BECAB-5EB82

Pode validar e/ou obter copia electrónica do documento utilizando o código QR da esquerda ou o código de verificación na dirección da sede electrónica <http://www.vigo.org/csv>

- **singularidad** (no teniendo carácter colectivo en los términos del total de efectivos públicos integrados en la plantilla municipal) y excepcionalidad (se verificará la inexistencia de adecuaciones retributivas aplicadas en anteriores ejercicios a idénticos colectivos)
- **imprescindibilidad de realización de la misma desde la óptica del interés general municipal**, con motivación objetiva en el contenido de los puestos de trabajo, variación de número de efectivos asignados por programas y grado de consecución de los objetivos predeterminados.
- **Informe técnico de cuantificación económica del gasto propuesto**, incidencia del mismo en el Capítulo I de gastos de los Presupuestos Municipales y estado de ejecución del mismo, en relación a la adecuación retributiva concreta, que deberá ser solicitado con carácter previo a la iniciación de los procedimientos administrativos que al efecto correspondan.

-APORTACIONES A PLANES DE PENSIONES DE EMPLEO O CONTRATOS DE SEGURO COLECTIVOS QUE INCLUYAN LA CONTINGENCIA DE JUBILACIÓN:

Según establece el artículo 21 de la LPGE 2014, durante el ejercicio 2014, las Administraciones, entidades y sociedades a que se refiere el apartado Uno del mismo **podrán** realizar aportaciones a planes de pensiones de empleo o contratos de seguro colectivos que incluyan la cobertura de la contingencia de jubilación, siempre que no se produzca incremento de la masa salarial de la administración de referencia y siempre que los citados planes o contratos de seguro hubiesen suscritos con anterioridad al 31 de diciembre de 2011, estando el Ayuntamiento de Vigo vinculado a tales efectos a lo dispuesto en el acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local en sesión de fecha 07/03/2014 (expediente administrativo nº 24.810/220).

-DETERMINACIÓN DE SECTORES Y SERVICIOS PRIORITARIOS A EFECTOS DE SELECCIÓN E INCORPORACIÓN DE EFECTIVOS DE CARÁCTER TEMPORAL (FUNCIONARIOS/AS INTERINOS/AS Y/O PERSONAL LABORAL TEMPORAL):

En cumplimiento de lo establecido en la LPGE 2014, durante el presente ejercicio no se procederá a la contratación de personal temporal, ni al nombramiento de funcionarios/as interinos, salvo en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables, que se restringirán a los sectores, funciones y categorías profesionales que se consideren prioritarios, o que afecten al funcionamiento de los servicios públicos esenciales.

Se definen como **servicios y sectores prioritarios** en el Ayuntamiento de Vigo a tal efecto los siguientes:

1.- Servicios cuyo ámbito funcional se corresponde con el listado de competencias propias de los ayuntamientos, contemplado en la nueva redacción del artículo 25.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, tras la modificación operada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre:

«1. El Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover actividades y prestar los servicios públicos que contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal en los términos previstos en este artículo.

2. El Municipio ejercerá en todo caso como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias:



Copia auténtica do orixinal - Concello de Vigo

Data impresión: 03/09/2014 13:18

Páxina 7 de 10

Expediente 25599/220

Código de verificación: 25EE3-B4D84-BECAB-5EB82

Pode validar e/ou obter copia electrónica do documento utilizando o código QR da esquerda ou o código de verificación na dirección da sede electrónica <http://www.vigo.org/csv>

- a) *Urbanismo: planeamiento, gestión, ejecución y disciplina urbanística. Protección y gestión del Patrimonio histórico. Promoción y gestión de la vivienda de protección pública con criterios de sostenibilidad financiera. Conservación y rehabilitación de la edificación.*
- b) *Medio ambiente urbano: en particular, parques y jardines públicos, gestión de los residuos sólidos urbanos y protección contra la contaminación acústica, lumínica y atmosférica en las zonas urbanas.*
- c) *Abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales.*
- d) *Infraestructura viaria y otros equipamientos de su titularidad.*
- e) *Evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social.*
- f) *Policía local, protección civil, prevención y extinción de incendios.*
- g) *Tráfico, estacionamiento de vehículos y movilidad. Transporte colectivo urbano.*
- h) *Información y promoción de la actividad turística de interés y ámbito local.*
- i) *Ferias, abastos, mercados, lonjas y comercio ambulante.*
- j) *Protección de la salubridad pública.*
- k) *Cementerios y actividades funerarias.*
- l) *Promoción del deporte e instalaciones deportivas y de ocupación del tiempo libre.*
- m) *Promoción de la cultura y equipamientos culturales.*
- n) *Participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria y cooperar con las Administraciones educativas correspondientes en la obtención de los solares necesarios para la construcción de nuevos centros docentes. La conservación, mantenimiento y vigilancia de los edificios de titularidad local destinados a centros públicos de educación infantil, de educación primaria o de educación especial.*
- o) *Promoción en su término municipal de la participación de los ciudadanos en el uso eficiente y sostenible de las tecnologías de la información y las comunicaciones.*

2.- Servicios que incidan directamente dentro del ámbito de los **servicios obligatorios** contemplados en el artículo 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, tras la modificación operada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre:

"1. Los Municipios deberán prestar, en todo caso, los servicios siguientes:

- a) *En todos los Municipios: alumbrado público, cementerio, recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado, acceso a los núcleos de población y pavimentación de las vías públicas.*



Copia auténtica do orixinal - Concello de Vigo

Data impresión: 03/09/2014 13:18

Páxina 8 de 10

Expediente 25599/220

Código de verificación: 25EE3-B4D84-BECAB-5EB82

Pode validar e/ou obter copia electrónica do documento utilizando o código QR da esquerda ou o código de verificación na dirección da sede electrónica <http://www.vigo.org/csv>

- b) *En los Municipios con población superior a 5.000 habitantes, además: parque público, biblioteca pública y tratamiento de residuos.*
- c) *En los Municipios con población superior a 20.000 habitantes, además: protección civil, evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social, prevención y extinción de incendios e instalaciones deportivas de uso público.*
- d) *En los Municipios con población superior a 50.000 habitantes, además: transporte colectivo urbano de viajeros y medio ambiente urbano."*

3.- Fuera del listado competencial expuesto, y dentro del actual marco legal de restricción en el ejercicio de las competencias municipales, únicamente podrán ser reforzados **aquellos servicios internos o centrales, de carácter transversal**, cuya actividad permanente resulta imprescindible para el adecuado funcionamiento interno de los órganos de gobierno, gestión económica y tributaria municipal, tecnologías de la información y comunicación (TICs), ejercicio de funciones reservadas a funcionarios con habilitación de carácter estatal y/u órganos directivos municipales; sectores concretados en:

- Secretaría General (Pleno, Junta de Gobierno Local y Administración Municipal).
- Intervención General Municipal.
- Titularidad de la Asesoría Jurídica Municipal.
- Servicios Económicos (Tesorería Municipal y Área de Ingresos)
- Servicios Jurídicos municipales: Servicio de lo Contencioso y Servicio de Recursos y Asesoramiento de la Asesoría Jurídica Municipal.
- Área de Régimen Interior y servicios o unidades dependientes.
- Recursos Humanos.
- Administración Electrónica.

El recurso al personal funcionario interino -o, de ser el caso, laboral temporal- se realizará únicamente en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables, restringiéndose a los sectores, funciones y categorías profesionales indicados anteriormente como prioritarios o que afecten al funcionamiento de los servicios públicos esenciales, que deberá acreditar debida y motivadamente el servicio o unidad peticionaria del efectivo, bajo la responsabilidad de la jefatura de servicio correspondiente, y que requerirá la previa emisión de informe técnico cuantificativo del estado de ejecución del Capítulo I y de la incidencia en el mismo del gasto a proponer, el cual deberá ser incorporado al expediente administrativo.

4.- El Ayuntamiento de Vigo podrá determinar otros sectores o servicios de carácter prioritario dentro de la organización municipal a los efectos de lo previsto en el presente apartado, siempre en tanto las Administraciones Públicas competentes, previa la tramitación legal que proceda, autoricen el ejercicio de competencias distintas de las propias o el ejercicio de competencias delegadas, en los términos de lo previsto en el marco legal vigente y siempre que se acredite el cumplimiento de los requisitos previstos en este.

En cuanto al ejercicio de competencias distintas de las propias y de las delegadas, se estará a lo establecido en la **Instrucción 1/2014, de la Intervención General Municipal**, resultando de aplicación lo dispuesto en el artículo 3.3 de la Ley 5/2014, de 27 de mayo, que dispone que no se entenderá como ejercicio de nuevas competencias:

- a) La continuidad en la prestación de los servicios ya establecidos.



Copia auténtica do orixinal - Concello de Vigo

Data impresión: 03/09/2014 13:18

Páxina 9 de 10

Expediente 25599/220

Código de verificación: 25EE3-B4D84-BECAB-5EB82

Pode validar e/ou obter copia electrónica do documento utilizando o código QR da esquerda ou o código de verificación na dirección da sede electrónica <http://www.vigo.org/csv>

- b) La continuidad de la actividad de fomento ya establecida en ejercicios anteriores.
- c) La modificación de la reglamentación de los servicios o de sus modalidades cuando non lleve consigo la realización de nuevas actividades prestacionales.

3.- MATERIALIZACIÓN DE LO CONTENIDO EN LAS DISPOSICIONES TRANSITORIAS 1ª, 2ª y 3ª DE LA LEY 27/2013, DE 27 DE DICIEMBRE.

Las presentes instrucciones se aprueban sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones transitorias indicadas, así como de las previsiones de carácter transitorio de la Ley 5/2014, de 27 de mayo.”

MDG/

De lo cual se deja constancia, a los efectos legalmente previstos.

Vigo, fecha según firma electrónica

Vº y place, EL CONCEJAL-DELEGADO DEL ÁREA DE GESTIÓN MUNICIPAL.- Carlos López Font



Copia auténtica do orixinal - Concello de Vigo	Data impresión: 03/09/2014 13:18	Páxina 10 de 10
Expediente 25599/220	Código de verificación: 25EE3-B4D84-BECAB-5EB82	
Pode validar e/ou obter copia electrónica do documento utilizando o código QR da esquerda ou o código de verificación na dirección da sede electrónica http://www.vigo.org/csv		

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL EMPLEO PÚBLICO: CUESTIONES DE INTERÉS

Carlos L. Alfonso Mellado

Catedrático de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universitat de València

1. Los principios generales en materia de negociación colectiva	2
2. La obligatoriedad de la negociación	5
3. La negociación conjunta para todos los empleados públicos	6
4. La eficacia de lo negociado y la posibilidad de suspender su aplicación.....	10
5. El contenido de la negociación colectiva funcionarial	18
6. Duración y prórroga de los Pactos y Acuerdos.....	24
7. La negociación colectiva del personal laboral.....	24
8. Solución extrajudicial de conflictos.....	25

La negociación colectiva en el empleo público presenta notables cuestiones de interés, algunas de las cuales han cobrado mayor importancia en los últimos tiempos, especialmente las relativas a la inaplicación, suspensión o modificaciones de las condiciones negociadas.

En la presente aproximación pretendo pasar revista a las más relevantes.

En todo caso lo primero que debe destacarse es que en el empleo público coexisten dos sistemas de negociación colectiva; uno es el que se aplica al personal funcionario que viene regulado en el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) y que en buena medida se aplica también a la negociación conjunta para personal funcionario y laboral. Otro, es el que se aplica al personal laboral de las Administraciones Públicas, que está regulado en el Estatuto de los Trabajadores (ET) y en algún aspecto concreto, como se verá, en el EBEP. Aún cabría aludir al sistema de negociación colectiva laboral en sentido estricto, con aplicación plena del Estatuto de los Trabajadores que se aplica al personal de todas las entidades y sociedades que forman parte del sector público pero que no son en sentido estricto Administración Pública, rigiéndose incluso en sus relaciones por normas de derecho privado.

De estos sistemas el más específico y menos conocido es el que rige para los funcionarios y a él me dedicaré especialmente en cuanto sigue, sin perjuicio de que en algún momento aluda también a la negociación colectiva para el personal laboral, especialmente en aquello que puede ser más específico o diferente frente a la negociación colectiva en entidades privadas.

Cuanto sigue, pues, salvo que se especifique lo contrario se aplica a la negociación colectiva funcional.

1. LOS PRINCIPIOS GENERALES EN MATERIA DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

La negociación colectiva de los funcionarios públicos (en realidad podría decirse que la de todos los empleados públicos) se sujeta a los principios previstos en el propio EBEP, concretamente (EBEP art. 33.1) los de: legalidad, cobertura presupuestaria, obligatoriedad, buena fe negocial, publicidad y transparencia.

Pero a ellos se añaden unas grandes opciones que esencialmente serían las siguientes:

1ª) La negociación en Mesas de un cierto carácter estable.

2ª) Se configuran los ámbitos de negociación. En efecto, frente a la libertad de ámbitos característica de la negociación laboral, el EBEP opta por determinar de forma más rígida los ámbitos de negociación, estableciendo unas Mesas que necesariamente existirán; incluso en la actualidad se crean necesariamente Mesas de negociación conjuntas de laborales y funcionarios¹. En todo caso se introducen ciertos elementos flexibilizadores.

El primero, ya conocido, es la admisión de las Mesas Sectoriales, incluso remitiendo a la propia negociación colectiva su creación y la determinación de las que existan y sus competencias. El Acuerdo Gobierno-Sindicatos para la función pública en el marco del diálogo social 2010-2012, establece en principio y con carácter transitorio y sin perjuicio de que la Mesa General correspondiente acuerde la creación de otras, que en el ámbito de la Mesa General Interadministraciones existirán las siguientes Mesas Sectoriales Estatales: Educación, Sanidad, Justicia, Universidades.

A su vez, en el ámbito de la AGE, se suscribió el 20 de mayo de 2008, un Acuerdo en la Mesa General Conjunta de Negociación de la AGE sobre ordenación de la negociación en la misma que fue publicado en el BOE de 6 de junio y que, además de establecer diversas comisiones técnicas, establecía Mesas Delegadas (equivalentes a lo que serían las Sectoriales) bien en ámbitos departamentales, bien en organismos y entidades públicas, estableciendo el proceso para crear las mismas y disponiendo que al menos se constituían las siguientes: Instituciones Penitenciarias, Dirección General de Tráfico (las dos en ámbito departamental) y Agencia Estatal de Administración Tributaria, INGESA, Entidades Gestoras de la Seguridad Social (las tres en el ámbito de organismos y entidades públicas). En el citado Acuerdo se establecía que estas Mesas Delegadas podían negociar en sus ámbitos respectivos las siguientes materias: aplicación de las retribuciones y sistemas de clasificación de puestos y demás elementos de ordenación de recursos humanos, aplicación de los horarios, calendarios, jornadas, vacaciones, permisos, etc. (sin duda en referencia a las cuestiones relativas a la aplicación y distribución del tiempo de trabajo), aplicación de las medidas de seguridad y salud laboral, formación y promoción profesional, acción social, provisión de puestos de trabajo, las que desarrollen o afecten a la progresión profesional, las cuestiones propias de su ámbito y aquellas que les encomiende expresamente la Mesa General o no hayan sido objeto de decisión por ésta. Además este Acuerdo fija las reglas de coordinación entre los distintos ámbitos (primacía, complementariedad y competencia), que en resumen conducen a que sea imposible modificar en las

¹ La Ley de Régimen de la Función Pública de Catalunya, Texto único aprobado por Decreto-Legislativo 1/1997, de 31 de octubre, anterior al EBEP está obviamente desfasada y en su art. 107 se remite en esa materia a lo que dispongan las leyes, aludiendo simplemente a una Mesa General para la negociación del personal funcionario y estatutario y a las Mesas sectoriales que la misma pueda establecer.

Mesas Sectoriales lo pactado en la Mesa General, ratificando así que es ésta la que tiene la primacía negocial².

El segundo, más novedoso, es la posibilidad de negociación en el ámbito supramunicipal y en general la posibilidad de adhesión a negociaciones en ámbitos superiores.

La negociación en el ámbito supramunicipal en realidad no se ha utilizado prácticamente y la adhesión ha funcionado, sobre todo, para que entidades que tienen funcionamiento autónomo dentro de una misma Administración se adhieran al acuerdo de condiciones de trabajo fijado en la Administración de la que dependen, sobre todo de los acuerdos conjuntos para los empleados públicos (laborales y funcionarios); en Catalunya el caso de Barcelona es un buen ejemplo de numerosos acuerdos de adhesión al Acuerdo regulador del Ayuntamiento.

En todo caso, es bueno señalar que el EBEP es una norma básica y, por tanto, no agota la regulación en la materia, pudiendo desarrollarse la estructura de mesas de negociación en acuerdos al respecto – como se ha visto – y en las leyes autonómicas que desarrollen el propio EBEP.

Incluso esa consideración ha permitido entender que, a falta de desarrollo posterior, subsisten las Mesas no previstas en el mismo pero que existían con anterioridad³, o admitir Mesas no previstas expresamente en el EBEP pero que pueden crear voluntariamente las Administraciones, como las Universidades⁴

3ª) La sindicalización de la negociación, excluyendo la legitimación negocial de las representaciones unitarias (Juntas y Delegados de personal), en solución que se extiende a la negociación conjunta de personal laboral y funcionario, para la que no se legitima a los Comités de Empresa y Delegados de personal del ámbito laboral, solución absolutamente constitucional, en cuanto que dichas representaciones son de origen legal⁵, y por tanto corresponde a la norma legal fijar sus competencias.

Lógicamente también se excluye la legitimación negocial de los representantes elegidos en candidaturas no sindicalizadas, como grupos de no afiliados y similares.

4ª) La negociación sigue siendo obligatoria para la Administración, en atención a sus competencias y en las respectivas Mesas que procedan, en relación con el personal funcionario y las materias que se enumeran en el artículo 37.1 del EBEP, cuestión sobre la que volveré.

5ª) El EBEP contiene algunas reglas precisas sobre el procedimiento de constitución y actuación de las Mesas de Negociación, reglas que serán aplicables a las Mesas de funcionarios y a las conjuntas.

Estas reglas señalan que las Mesas quedarán válidamente constituidas, sin perjuicio del derecho de presencia proporcional de todas las organizaciones legitimadas (a las que habrá que dar necesariamente la posibilidad de participar), si están efectivamente presentes la Administración que negocia de una parte, y de la otra, las organizaciones sindicales que representan, en su conjunto y como mínimo, la mayoría de los miembros integrantes de los órganos unitarios de representación existentes en el ámbito afectado por el convenio (EBEP art. 35).

Claro es, si no se puede cumplir éste requisito, la negociación colectiva en los términos del EBEP no es posible, quedando únicamente abierta la vía de contactos informales entre las partes que pueden

² Este Acuerdo fue objeto de impugnación especialmente en cuanto a la composición de las Mesas delegadas en aquellos casos en los que no se correspondía la Mesa con una unidad electoral específica y diferenciada, en cuyo caso la delegada reproducía la composición de la Mesa General, opción que fue declarada plenamente legal en STS 21-6-13, Rec. 1227/10.

³ Como se ha resuelto, por ejemplo, en relación con Mesas sectoriales, en STS 3-11-11, Rec. 5199/09, RJ 1839 (2012).

⁴ STSJ (Social) Extremadura 29-11-07, Proc. 7/07, AS 630 (2008), aunque con el discutible argumento de que en todo caso el convenio para los laborales tendría eficacia de extraestatutario, lo que no parece lógico.

⁵ SSTC 37/1983, 118/1983, 98/1985 y 95/1996, entre otras

llevar, pese a todo, a que la Administración acabe aceptando los resultados de esa negociación informal, aunque éstos se expresarán, no bajo la forma de Pactos o Acuerdos, sino bajo la forma de normas reglamentarias de la propia Administración (o en su caso de proyectos de ley), sin perjuicio del consenso social que se haya producido en torno a las mismas.

Las Mesas de negociación reguladas en el EBEP tienen, como se dijo, un cierto carácter permanente; una vez constituidas sólo se revisa su composición cada dos años a partir de la fecha inicial de su constitución.

La revisión será instada por la organización interesada y se producirá, lógicamente, cuando se haya producido un cambio en la representatividad que lleve a dar entrada a nuevas organizaciones, hacer salir de la Mesa a alguna otra que estaba en ella y ha perdido ese derecho, o a replantear el número de miembros que corresponden a las organizaciones presentes en la Mesa.

Por supuesto, si no se pide la revisión, la Mesa se mantendrá con la misma composición.

Todos estas decisiones se adoptarán conforme a las certificaciones que expida la oficina pública de registro de las actas electorales y, como es claro, la exclusión de una organización legitimada, la inclusión de una no legitimada o la concesión de una menor o mayor representación otorgada a cualquier organización, pueden ser objeto de impugnación judicial.

En todo caso la revisión de representatividad se produce exclusivamente en atención a los resultados electorales, por lo que sólo si se han producido nuevos procesos de elecciones puede revisarse la misma. Por el contrario, incidencias como la incorporación de nuevos empleados como consecuencia de un proceso de transferencias y la consiguiente alteración en la representatividad que ello puede ocasionar, no alteran la composición de la Mesa, que permanecerá invariable, pese a ello, hasta la celebración de nuevas elecciones⁶.

Otras cuestiones se dejan al desarrollo reglamentario, como el número de miembros de las Mesas, aunque se fija un máximo de 15 por cada una de las dos representaciones (EBEP art. 35.4)

El EBEP prevé además la posibilidad de que las Administraciones Públicas encarguen los procedimientos de negociación a órganos creados por ellas de carácter técnico (art. 33.2), lo que no alterará, en su caso, las exigencias de ratificación en relación con los Acuerdos a la que se hará mención.

También se prevé que las partes representadas en la Mesa utilicen asesores con voz pero sin voto. No parece que una parte pueda objetar este derecho de la otra, siempre que se utilice en términos no abusivos y no impida la operatividad de la negociación o se pretenda un uso desviado de la misma que intente, por ejemplo, introducir en la Mesa, siquiera con voz, a organizaciones no legitimadas para estar presentes en la misma.

Se establece, a falta de acuerdo al respecto, un plazo máximo de un mes, desde que se promovió la negociación por la mayoría de una de las partes legitimadas, para el inicio de las negociaciones (EBEP art. 34.6).

La excepción a ese plazo es la existencia de causas legales o pactadas que impidan la negociación. Esencialmente hay que tener en cuenta al respecto las reglas sobre duración y prórroga de los Pactos y Acuerdos. Parece lógico que si está vigente un Acuerdo, bien por hallarse en su duración inicial o por estar prorrogado en los términos que se dirá, una parte puede negarse a renegociar el mismo hasta que no finalice su vigencia inicial o prorrogada.

6ª) Por otro lado, el EBEP establece unas reglas generales de comportamiento negocial. Así, se introduce una referencia expresa a la obligación de negociar de buena fe y a la de proporcionarse la información que se precise (arts. 33.1 y 34.7).

⁶ Tal como se establece en STS 19-4-07, Rec. 2498/03, RJ 5744

Como sucede habitualmente en esta materia, no se prevé lo que ocurre si esas obligaciones se incumplen, ni está claro cómo se puede exigir que las mismas se respeten y ni siquiera existe una definición segura de lo que implica negociar de buena fe.

Posiblemente sea más fácil exigir la entrega de una documentación, lo que podría hacerse incluso judicialmente, pero las exigencias de negociar de buena fe aparecen como algo más difuso, aunque alguna consecuencia puede extraerse de esa regla y tampoco debe descartarse que quepa una condena a negociar con buena fe, si bien no es fácil determinar cómo se ejecutaría esa sentencia, ni estén claras las concretas obligaciones que implica la buena fe que, en su caso, pueden reconducirse a cuanto luego se dirá acerca de la obligatoriedad de la negociación y la exigencia de que allí donde sea obligatoria se produzca una auténtica negociación y no un mero formalismo.

7ª) Aunque el EBEP no contempla expresamente la cuestión, parece evidente que los acuerdos se adoptan por mayoría de cada una de las dos representaciones presentes (la de los representantes de la Administración y la de los representantes sindicales), debiendo aplicarse, muy posiblemente y a falta de desarrollo reglamentario que otra cosa dijese, las soluciones utilizadas en el ámbito laboral, optando por el voto personal de cada uno de los miembros presentes en la Mesa, en su caso proporcional a su representación, sin perjuicio del derecho posterior de ratificación de los Acuerdos por los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas. En atención a esto es aconsejable un número impar de componentes en cada representación para evitar que se produzcan empates si la composición de la mesa refleja exactamente la proporcionalidad representativa; debe tenerse en cuenta que de darse un empate entre los miembros de una representación no habría acuerdo al faltar la mayoría en una de las dos partes negociadoras.

2. LA OBLIGATORIEDAD DE LA NEGOCIACIÓN

Una característica de la negociación colectiva en el ámbito de la función pública es que la misma, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito privado, tiene un carácter obligatorio (art. 33.1 EBEP), lo que permite hablar de que despliega una eficacia negativa o excluyente, en cuanto permite la nulidad de cualquier decisión o acto administrativo que, debiendo haberse sujetado a negociación, se apruebe omitiendo ese proceso de negociación.

Se puede, pues, diferenciar claramente entre la eficacia jurídica de la obligación de negociar, de la que deriva este efecto al que me refiero, de la eficacia jurídica de lo negociado, del texto acordado.

La jurisprudencia es clara al respecto de la obligatoriedad de la negociación para la Administración Pública en las materias contempladas como objeto de dicha negociación⁷ y además insiste, con pleno acierto y confirmando que la negociación es algo más que la consulta, en que el trámite de negociación no podía sustituirse por el mero trámite de consulta a que antes aludía la LORAP⁸, sin que tampoco pueda admitirse como suficiente la consulta con muchos o todos los directamente afectados pero no con las organizaciones sindicales legitimadas, privándoles así de hacer observaciones, sugerencias y cuanto en definitiva es propio de un proceso de negociación⁹.

⁷ STS 8-11-13, Rec. 3105/12; STS 18-7-10, Rec. 3157/09 y otras muchas como, por ejemplo, STS 6-2-04, Rec. 7856/98, RJ 972; STS 4-2-04, Rec. 3686/01, RJ 886; STS 23-6-03, Rec. 3720/97, RJ 4444; SAN 4-5-05, Rec. 1/05, JUR 266281; STSJ Comunidad Valenciana 7-2-14, Rec. 1278/11, JUR 122604; STSJ Castilla-La Mancha 27-1-14, Rec. 432/12, RJCA 291; STSJ País Vasco 3-12-13, Rec. 1351/11, JUR 143398 (2014); STSJ Valladolid 24-10-13, Rec. 426/12, JUR 349246 (2013); STSJ País Vasco, Rec. 1684/04, RJCA 97/09 y 24-7-03, Rec. 1792/00, JUR 241866; STSJ Burgos 8-3-02, Rec. 13/02, JUR 89762; STSJ Madrid 22-2-03, Rec. 410/00, RJCA 262/04; STSJ Comunidad Valenciana 15-7-05, Rec. 986, JUR 206968, 7-3-04, Rec. 148/02, JUR 22669 y 18-3-04, Rec. 208/02, JUR 22730; STSJ Castilla-La Mancha 14-2-05, Rec. 109/01, JUR 91825, entre otras muchas.

⁸ STS 23-6-03, Rec. 3720/97, RJ 4444.

⁹ STS 4-2-04, Rec. 3686, RJ 886.

Por otro lado, la obligación de negociación no queda enervada por la autonomía reconocida a determinadas Administraciones, autonomía que conduce ciertamente a una potestad autoorganizativa que debe compaginarse con el respeto al marco legal establecido en materia de negociación colectiva¹⁰.

Finalmente cabe decir que, como es lógico, cada Administración está obligada a negociar en relación con el ámbito competencial que le es propio, no pudiendo negociar aquellas cuestiones cuya regulación corresponde a otra Administración distinta.

Es más, como la negociación es obligada y, como ya se dijo, sólo se admite como tal cuando se realiza por los cauces legales, en estos casos sólo se admite como válida la desarrollada en la Mesa correspondiente y debe hacerse con carácter previo y suficiente antelación a la adopción de cualquier disposición cuyo contenido deba someterse a negociación, sin que se entienda cumplimentada la obligación por una negociación en un ámbito distinto a la Mesa¹¹, o realizada “a posteriori” o con una antelación tan escasa que la impida en la práctica y la convierta en algo meramente formal y sin sentido real¹². Tampoco se considera cumplido el trámite con una mera notificación o comunicación de la posición de la Administración¹³.

La falta de negociación es un defecto insubsanable que conduce a la invalidez radical, a la nulidad de las actuaciones que omitan sujetarse a la misma¹⁴.

En definitiva, la negociación en las Administraciones Públicas tiene un cierto carácter obligatorio para las mismas que no pueden obviar ni directamente, omitiendo la negociación, ni indirectamente, pretendiendo alterar los cauces de negociación legalmente establecidos o asumiendo la negociación de materias que no son de su competencia.

Toda la doctrina anterior es clara, pero deja la duda – que no afecta a la Administración Local - de lo que ocurre en la negociación prelegislativa, pues ¿qué ocurre si el órgano de gobierno no negocia previamente un proyecto de ley que debía haber negociado, lo remite al parlamento correspondiente y éste lo aprueba?

No hay respuestas claras para la cuestión y este es uno de los principales problemas en ese tipo de negociación: ¿Es inconstitucional la ley por vulnerar el derecho de negociación colectiva? ¿Puede entenderse sanada la omisión del trámite por la posterior aprobación parlamentaria? ¿Se puede exigir algún tipo de responsabilidad al órgano de gobierno respectivo?

3. LA NEGOCIACIÓN CONJUNTA PARA TODOS LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

La Mesa General de negociación Interadministraciones implica un ámbito conjunto de negociación para todos los empleados de las Administraciones Públicas; pues bien, esa solución se generaliza y se produce la consolidación de ese ámbito conjunto, lo que se concreta en la previsión de Mesas Generales conjuntas en las distintas Administraciones (Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales).

En este ámbito se podrán negociar las materias comunes a todo ese personal (EBEP art. 36.3).

¹⁰ Por ejemplo, STS 8-11-13, Rec. 3105/12; STS 19-7-10, Rec. 3157/09; STS 6-2-04, Rec. 7856/98, RJ 972, etc.

¹¹ STSJ Comunidad Valenciana 15-7-05, Rec. 986/03, JUR 206968.

¹² STSJ Castilla-La Mancha 14-2-05, Rec. 109/01, JUR 91825.

¹³ SAN 4-5-05, Rec. 1/05, JUR 266281.

¹⁴ STS 2-7-08, Rec. 1573/04, RJ 6725; SSTSJ Valladolid 24-10-13, Rec. 426/12, JUR 349246; Castilla-La Mancha 14-2-05, Rec. 109/01, JUR 91825 y STSJ País Vasco, Rec. 1684/04, RJCA 97/09, entre otras muchas como la mayor parte de las ya citadas anteriormente.

Es importante matizar el contenido de lo negociable en esta Mesa, sobre todo si queda fuera de la negociación un sindicato que en alguno de los respectivos ámbitos estaría legitimado para negociar al superar el 10% de representatividad, pero que no la alcanza en conjunto ni está en la Mesa General de Negociación Conjunta de todas las Administraciones, por lo que tampoco está en la Mesa conjunta en el ámbito respectivo, algo que, como se verá, puede suceder.

El EBEP alude a aquellas “materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral”.

Podría pensarse que ello sólo afecta, pues, a algunas cuestiones muy concretas en las que la regulación es prácticamente conjunta o coincidente como, por ejemplo, los temas de seguridad y salud laboral.

En este sentido parece claro que existe un núcleo esencial de materias que en el EBEP tienen una regulación general para todos los empleados públicos y que, por tanto, constituyen el ámbito objetivo natural de negociación en estas Mesas.

Dicho núcleo esencial comprendería el incremento de retribuciones en el ámbito respectivo, la seguridad y salud laboral, aspectos relativos a la formación continua y las cuestiones generales – no sus aspectos concretos, excluidos de la obligatoriedad de negociación - más vinculadas a la gestión de recursos humanos: planificación de estos recursos humanos, sistemas de clasificación, evaluación del desempeño y ofertas de empleo público y acceso al mismo.

Parece que en estas materias cabe, en general, una negociación conjunta, pero la misma no debe restringirse exclusivamente a esas únicas cuestiones.

Aunque las regulaciones legales de origen no sean exactamente coincidentes, en la medida en que ambas sean susceptibles de negociación, nada impide que se negocien en conjunto. Claro es, el resultado deberá respetar, en su caso, los mínimos fijados en cada regulación diferenciada, pero siempre que lo haga cabrá que una materia, que en origen contaba con regulación normativa diferente, quede regulada negocialmente de forma conjunta.

La negociación conjunta se puede extender así, sin dificultades, a prácticamente la totalidad de cuestiones relativas a las condiciones de trabajo: retribuciones complementarias, tiempo de trabajo, conciliación de la vida familiar y laboral, sistemas complementarios de protección social, etc.

Parece que hay que partir de la posibilidad general de negociación conjunta y que sólo más excepcionalmente y en algún aspecto concreto puede quedar vedada la misma¹⁵.

Es más, incluso pueden existir temas en los que quepa la negociación conjunta pero luego sea difícil llegar a una solución absolutamente unitaria. Tampoco en este caso es imposible la negociación conjunta. Nada impide que el resultado de esa negociación contenga peculiaridades para determinados colectivos o incluso aspectos de regulación específica para los funcionarios o laborales; es decir, la negociación conjunta se plasmará normalmente en una regulación idéntica para todos los colectivos específicos, pero no es imprescindible que ello se produzca en todas y cada una de las materias negociadas.

Incluso los acuerdos sobre la estructura negocial, posibles conforme al artículo 38.8 del EBEP, pueden articular también esta negociación conjunta, determinando, por ejemplo, en el ámbito de cada Administración los aspectos de una materia que se negociarán en conjunto y los matices específicos que deberán quedar para la negociación diferenciada en cada uno de los colectivos específicos.

¹⁵ Este parece ser el criterio de STS 3-1-13, Rec. 165/11, RJ 1726, que considera además que al someterse el acuerdo a la negociación luego en las mesas separadas de funcionarios y laborales, ello salvaría cualquier aspecto que en sentido muy estricto pudiera considerarse como no común.

Desde luego, la afirmación de que en alguna materia los derechos de alguno de los colectivos serán los reconocidos en la normativa funcionarial o en la laboral, no excluye por sí sola la posibilidad de negociación conjunta. Es cierto que en algún caso esa afirmación puede interpretarse en clave de imperatividad absoluta de lo regulado en la norma legal, en cuyo caso, no es que sería imposible la negociación conjunta, es que sería imposible cualquier negociación, pero en general esas afirmaciones lo que hacen es remitirse a una regulación de partida diferenciada, lo que no impide que, si la misma es susceptible de negociación – por ser norma dispositiva o por ser norma mínima –, se produzca una negociación conjunta.

No parece que pueda trazarse apriorísticamente un listado cerrado de materias negociables o no negociables en conjunto que tenga validez absoluta; esos listados, en todo caso, nos pueden revelar aquellas materias que son negociables en conjunto sin dificultad (por ejemplo ciertas cuestiones sindicales, de seguridad y salud laborales, etc.) y aquellas otras que, por el contrario, puede ser más difícil, aunque en la mayor parte de los casos no imposible, negociar en conjunto (como por ejemplo los complementos retributivos). Es claro, pese a todo, que en algún caso cabe identificar algunos aspectos innegociables en conjunto como, por citar un ejemplo bastante evidente, los relativos a la contratación laboral a los que se refiere el artículo 15 ET (duración del contrato eventual, identificación de trabajos susceptibles de ser atendidos con el contrato por obra, encadenamiento de contratos, orden de llamamiento de fijos discontinuos, etc.), pero esto es la excepción.

En todo caso, que una materia sea susceptible de negociación conjunta no quiere decir que efectivamente ésta se produzca y se obtenga un resultado positivo; conviene matizar al respecto que, aunque la negociación conjunta sea posible en la mayor parte de las materias, ello no obliga necesariamente a que la misma se produzca, correspondiendo a los acuerdos de articulación negocial – a los que se hizo referencia – o, en su defecto, al acuerdo de las partes en la propia Mesa determinar las materias que son objeto de regulación conjunta y aquellas otras que quedan para la negociación en las Mesas diferenciadas, entre las que se encontrarán, sin duda, todas las materias en las que no exista consenso para abordarlas en conjunto o, incluso, en las que no haya existido acuerdo en la Mesa conjunta, lo que no impide que se produzca acuerdo sólo para uno de los dos colectivos afectados, en atención, por ejemplo, a una situación de partida diferente.

Prescindiendo de la posible existencia de una Mesa general en la Comunidad Autónoma cuya regulación se atenderá, en su caso, a lo que en ese ámbito se establezca, en las Mesas a las que se refiere el EBEP la legitimación se regula expresamente.

La representación de la Administración es clara; corresponde a aquella Administración en cuyo ámbito se produce la negociación y lógicamente ella designa a todos los representantes.

En cuanto a la legitimación del lado social, rigen las reglas generales remitidas al ámbito correspondiente, negociando, pues, las organizaciones más representativas en el ámbito estatal y, en su caso (LOLS art. 7), también las más representativas en el ámbito de una Comunidad Autónoma y las suficientemente representativas (representatividad del 10% en el conjunto del empleo público en el ámbito afectado).

No se altera esta conclusión por la mención, en el artículo 36 EBEP, a que se aplicarán las reglas anteriores tomando en consideración en cada caso los resultados obtenidos en las elecciones a los órganos de representación del personal funcionario y laboral del correspondiente ámbito de representación.

Esa mención es de plena aplicación sólo en dos aspectos:

1º) Para determinar que las organizaciones que entran a negociar por acreditar el 10% de representatividad, deben serlo por acreditar dicho porcentaje específicamente en el ámbito afectado por esta negociación, por lo que las que entraron por esa circunstancia en la Mesa general antes citada, no siendo en consecuencia organizaciones sindicales más representativas, no irradian su representación en los ámbitos concretos, salvo que concurra la circunstancia que luego se dirá, y

2º) Para distribuir los puestos en la Mesa entre las organizaciones sindicales con derecho de presencia en la misma; distribución que se producirá según la representatividad que alcance cada organización en el ámbito concreto afectado por la negociación.

En estas Mesas, además, aquellas organizaciones sindicales presentes en la Mesa general de todas las Administraciones que, aun no alcanzando el porcentaje del 10% en conjunto en el ámbito concreto, sí que hayan alcanzado al menos el 10% en uno sólo de los colectivos (funcionarios o laborales) en el ámbito al que se refiera la mesa (estatal, autonómico, local), también tienen derecho a estar presentes en la misma.

Otras organizaciones que puedan haber alcanzado el 10% pero solamente en un colectivo y no estén presentes en aquella Mesa general, quedan fuera de estas Mesas conjuntas, lo que plantea dudas sobre la constitucionalidad de la solución, porque puede darse el caso de que una organización con la misma o incluso mayor representatividad que otra en el ámbito concreto quede fuera, mientras que esa otra pueda participar en la Mesa, pese a su menor representatividad.

En todo caso, salvo declaración de inconstitucionalidad de la norma legal, que tampoco parece fácil, no cabe otra interpretación, lo que puede dejar fuera de esta negociación en ciertos ámbitos a sindicatos de profesión (bomberos, policía local, sanitarios).

Lo que sí es claro es que en modo alguno está prevista la presencia en estas Mesas de los Comités de empresa, Juntas de personal o Delegados de personal.

Las Juntas y Delegados de personal no tienen legitimación negociadora. Los Comités de empresa sí pueden tenerla en el ámbito laboral, que reconoce una legitimación dual que parece criticable y disfuncional y que en este caso el EBEP excluye, legitimando exclusivamente a las opciones sindicales, sindicalizando la negociación como se avanzó, opción absolutamente legal y constitucional, tal como ya se razonó.

En cuanto a las candidaturas de no afiliados y coaliciones sindicales queda excluida la legitimación de las primeras y sujeta la segunda a que la coalición se hubiese formalizado antes de las elecciones, se hubiese concurrido a las mismas como tal coalición y a que ésta alcanzase por sí una representatividad en los términos exigidos (10%).

Por otro lado, los puestos en la Mesa se deben repartir proporcionalmente en atención a los representantes que acredite cada organización sindical en los términos antes citados. Por lo tanto, como ya se dijo, se miden en atención a la representatividad en el empleo público.

En todo caso los acuerdos entre los afectados o las normas de desarrollo reglamentario previstas en el artículo 35.4 del EBEP pueden clarificar la cuestión, pero la regla legal parece clara y su aplicación concreta, a falta de normas de desarrollo o acuerdo de los interesados y tal y como se ha resuelto en el ámbito laboral¹⁶, sería como a continuación se expone.

Se toman todos los representantes obtenidos en cada uno de los ámbitos, se suman y todos aquellos que alcancen el 10% de los mismos estarán en la mesa y con tantos puestos como les conceda su representatividad (por ejemplo 30 sobre 300, el 10%, 60 sobre 300 el 20%, etc.), matizada, en todo caso, por la obligación de presencia de las organizaciones sindicales más representativas y todos los sindicatos legitimados, por lo que puede ser que el ajuste no sea exacto sino aproximado.

Además, entran en el reparto de puestos en la mesa, aquellas organizaciones sindicales que, como ya se dijo, están en la Mesa General Conjunta de todas las Administraciones y tienen en el ámbito concreto del que se trate un 10% de representatividad o más, bien entre funcionarios o bien entre

¹⁶ STS (Social) 7-3-02, Rec. 1220/01, RJ 4667

los laborales, pero no en conjunto. Esto fuerza a un segundo cálculo por separado para determinar si en algún sindicato concurre esta situación.

Todos los sindicatos legitimados, incluso estos últimos que no han llegado al 10% conjunto, tienen derecho de presencia en la mesa, por lo que el número de miembros de la misma tendrá que ser suficiente para así garantizarlo, siempre que sea posible.

Es muy posible que en el reparto de puestos se produzcan fracciones. Por ejemplo, puede ocurrir que a un sindicato le correspondan 2,6 puestos y a otro 1,4, y así sucesivamente.

También aquí los acuerdos y reglas de desarrollo pueden ofrecer soluciones, pero en caso contrario, partiendo de la presencia de al menos un representante de todos los legitimados, los restantes puestos se atribuirán por números enteros.

Los puestos que después de lo anterior sigan quedando sin asignar, se atribuirán por la regla de la fracción mayor, lo que puede conducir a situaciones no totalmente proporcionales.

Es importante destacar que la Ley reguladora de la Jurisdicción Social (Ley 36/2011, de 10 de octubre) atribuye la competencia judicial sobre todas las cuestiones relativas a la negociación colectiva conjunta, incluidas las relativas a la composición de las mesas negociadoras, al orden contencioso-administrativo (art. 3 e) LJS).

La práctica está demostrando que esta negociación conjunta está resultando, como pronostiqué en algún trabajo anterior, absolutamente funcional y empieza a predominar en muchos ámbitos en los que la mayor parte de las cuestiones se regulan en acuerdos conjuntos que están funcionando sin excesivos problemas. Por otro lado es el sistema absolutamente adecuado en el ámbito local para unidades pequeñas en las que la existencia de tres mesas (funcionarial, laboral y conjunta) es totalmente disfuncional.

4. LA EFICACIA DE LO NEGOCIADO Y LA POSIBILIDAD DE SUSPENDER SU APLICACIÓN

Los Pactos, al igual que los Acuerdos, son fruto de la negociación colectiva en el ámbito funcionarial; por lo tanto tienen una finalidad esencial, la regulación de las condiciones de trabajo (en sentido amplio) de los empleados públicos sujetos a una relación funcionarial.

Ese es el concepto de negociación que explícitamente se recoge en el artículo 31.2 del EBEP.

Desde esta perspectiva, desde luego, la negociación colectiva, aunque pueda no identificarse necesariamente con la producción de un convenio colectivo de eficacia inmediata, vinculante y general en su ámbito, similar al vigente en el ámbito laboral, es bastante más que una difusa participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos, aludiendo expresamente el artículo 31.2 del EBEP al derecho “a negociar la determinación de las condiciones de trabajo”.

Es éste un elemento de reflexión, común a los Acuerdos, que debe orientar las consideraciones sobre la naturaleza jurídica y la eficacia de ambos instrumentos negociales.

1º) La eficacia de los Pactos.

Claro es, si se comparte cuanto se ha dicho, debe admitirse una eficacia del Pacto ajustada a esa naturaleza jurídica, porque en caso contrario se produciría una disociación entre naturaleza y efectos de la misma difícilmente explicable.

Los Pactos se celebran sobre materias que se correspondan con el ámbito competencial del órgano que los suscribe y, una vez suscritos, vinculan a dicho órgano y a los representados por los firmantes, generan derechos y obligaciones para quienes están comprendidos en su ámbito, en el que despliegan eficacia general, pues no cabría aplicar condiciones diferentes a los funcionarios del mismo ámbito, y prevalecen sobre los reglamentos anteriores, sin que tampoco puedan ser

alterados o privados de efecto total o parcialmente por normas reglamentarias posteriores, ya que la potestad reglamentaria unilateral sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios sólo se mantiene por la Administración ante el fracaso de la negociación colectiva y tras agotar, previamente, los procedimientos de solución extrajudicial (EBEP art. 38.7).

El EBEP aclara que la naturaleza y eficacia de los Pactos obtenidos en la negociación conjunta para personal laboral y funcionario es dual, equiparándose a la que tengan los Pactos para los funcionarios y a la propia de los convenios colectivos para el personal laboral (EBEP art. 38.8).

Estamos ante un instrumento negociado que es un Pacto para los funcionarios y un convenio para los laborales.

Lo anterior lleva a cuestionarse si debe suscribirse un único texto o dos diferenciados, uno para funcionarios y otro para laborales.

Parece claro que debe estarse a lo primero; precisamente lo segundo, la existencia de dos textos distintos aunque con el mismo contenido, es lo que pretende evitarse con la posibilidad de negociación conjunta.

Así se deduce, además, del propio tenor legal que alude a los Pactos y Acuerdos que *“contengan materias y condiciones generales de trabajo comunes al personal funcionario y laboral”*. Se está aludiendo, pues, a un único instrumento que contiene regulaciones comunes y no a dos instrumentos diferentes.

En función de lo anterior puede existir – y de hecho eso es lo que se ajusta al tenor literal del precepto - un único texto, un único registro, una única publicación, incluso una única comisión de seguimiento, etc.

Lo anterior no impide que en su vigencia pueda haber incidencias diferenciadas.

En efecto, podría darse el caso de que el Pacto fuese legal para un colectivo, pero no para el otro.

Puede existir un Pacto, por ejemplo, contrario a normas imperativas laborales pero no a las funcionariales, o a la inversa; en ese caso el contenido sólo sería ilegal para el colectivo de empleados en relación con el que implicase contravención de normas imperativas.

La eficacia dual conduce a esta relativa paradoja, comprensible por otro lado ante la doble eficacia del instrumento que se contempla. No es imposible, pues, que ese único texto devenga en inaplicable a sólo uno de los colectivos afectados.

En este caso siempre cabrá a las partes, pues no puede entenderse excluida esa posibilidad, una renegociación *ante tempus* para ajustar lo acordado a los términos legales para ambos colectivos, manteniéndose así la uniformidad de regulación en relación con ambos. Incluso al respecto cabe establecer cláusulas de vinculación a la totalidad que conduzcan a esa renegociación si el Pacto conjunto no puede aplicarse a ambos colectivos; estas cláusulas, pese a que pueden provocar una aplicación conflictiva, son vinculantes para las partes y son una buena medida para defender la existencia de un texto único aplicable a todos los colectivos afectados.

En todo caso, recuérdese lo que ya se dijo acerca de la competencia judicial del orden contencioso-administrativo en relación con estos instrumentos negociales conjuntos.

2º) La eficacia de los Acuerdos: la necesidad de ratificación

En cuanto al concepto de los Acuerdos debe partirse, también, de que estamos ante instrumentos fruto de la negociación colectiva, pudiendo repetirse, pues, cuanto se ha dicho al respecto de los Pactos en esa conclusión.

Ahora bien, incluso teniendo en cuenta lo que se acaba de exponer, el concepto de los Acuerdos no es exactamente equiparable al de los Pactos.

Para establecerlo debe atenderse, esencialmente, a lo dispuesto en el EBEP en los apartados 3, 4, 6 y 7 del artículo 38.

Los Acuerdos son lo que no pueden ser los Pactos.

En efecto, los Acuerdos son el instrumento con el que finalizan las negociaciones sobre materias competencias de los órganos de Gobierno de las diferentes Administraciones Públicas (Consejo de Ministros o del órgano de gobierno equivalente de las Comunidades Autónomas o Entidades Locales), competencias que en ocasiones serán propias y que, en otros casos, aunque normalmente no en el de las Administraciones Locales, requerirán la adopción de una norma con rango de ley, por lo que el órgano de gobierno deberá remitir al órgano legislativo el Acuerdo en forma de proyecto de ley para que sea aprobado como tal, supuesto que desarrollará con posterioridad por los problemas que plantea.

En este caso (EBEP art. 38.3) el Acuerdo requiere para su validez y eficacia la aprobación expresa y formal del órgano de gobierno que corresponda en función del ámbito de aplicación del citado Acuerdo.

Los Acuerdos aprobados se sujetan a los mismos trámites de remisión a la oficina pública y publicación que los Pactos, resultando la publicación esencial para la validez de unos y otros, pues sin la misma, en principio, carecen de eficacia normativa¹⁷

Es lógico que la norma se refiera a los Acuerdos aprobados, pues los no aprobados no existen jurídicamente, entendiéndose por finalizado el proceso de negociación sin resultado positivo.

Si el proceso de negociación finalizó sin resultado positivo, la Administración recupera su capacidad de regulación unilateral de las condiciones de trabajo de los funcionarios respectivos, tras el agotamiento de los procedimientos de solución extrajudicial (EBEP art. 38.7).

Si se alcanzó un Acuerdo, pero luego éste no ha sido ratificado o ha existido negativa expresa a incorporar su contenido en el Proyecto de Ley correspondiente, antes de que se produzca lo anterior (la recuperación de la capacidad de regulación por parte de la Administración), deberán reanudarse las negociaciones en el plazo de un mes si así lo pide alguna de las partes.

Efectuada esta petición la renegociación es obligatoria; sólo si fracasa se produce la recuperación de la capacidad de actuación unilateral de la Administración en los términos analizados.

Por lo demás, la eficacia normativa de los Acuerdos, una vez aprobados, y general en el ámbito de aplicación, parece indiscutible al igual que en el caso de los Pactos.

Puede verse que su similitud con los Pactos es evidente pero que existe un elemento diferenciador notable, la necesidad de un acto posterior de aprobación de lo negociado.

La importancia que pueden tener algunos de los temas negociados en los Acuerdos en el ámbito de la función pública y el carácter colegiado del órgano que va a quedar obligado, que además es en cada caso el de mayor importancia en la Administración respectiva, es lo que ha llevado a implantar aquí, con carácter obligatorio, esa institución de la ratificación equivalente a la que existe en los preacuerdo en el ámbito laboral, aunque allí ni es obligatoria ni cuenta con regulación legal expresa.

Esta interpretación parece la más ajustada al EBEP que, en su artículo 38.3, utiliza el término ratificación para referirse al acto de aprobación y señala que, una vez ratificado el Acuerdo, será directamente aplicable al personal incluido en su *“ámbito de aplicación, sin perjuicio de que a efectos formales se requiera la modificación o derogación, en su caso, de la normativa reglamentaria correspondiente”*.

¹⁷ STSJ Madrid 8-12-13, Rec. 405/13, JUR 14932 (2014).

La aplicación directa y la mención a que la modificación o derogación de la normativa reglamentaria lo es a los meros efectos formales, sin afectar en consecuencia a la aplicación material de lo acordado, ratifican cuanto se ha expuesto acerca de la naturaleza del Acuerdo.

Por si lo anterior no fuera suficientemente explícito, las previsiones del EBEP sobre eficacia de los instrumentos negociados conjuntamente para todos los empleados públicos, laborales y funcionarios – ya reconocida legalmente con anterioridad conforme a la Ley 21/2006 -, y en cuanto a la posibilidad de fijar reglas sobre estructura de la negociación, concurrencia de negociaciones y criterios de primacía y complementariedad entre las diferentes unidades negociadoras (EBEP art. 38.8 y 9), por citar sólo algunas de las previsiones relevantes al respecto, abundan en la solución de reconocer a los Acuerdos – también a los Pactos - una naturaleza de contrato colectivo normativo, similar a la del convenio colectivo laboral.

Como la derogación de las normas reglamentarias precedentes y que contradigan lo establecido en un Acuerdo aprobado lo es a efectos meramente formales (EBEP art. 38.3), aunque la misma no se produzca o se retrase, el Acuerdo está ya en vigor y resulta aplicable, produciendo materialmente la derogación de cualquier norma reglamentaria anterior que entre en contradicción con el mismo, e impidiendo durante su duración y en su caso durante su prórroga - que se producirá en los términos que se hayan acordado – que se dicten disposiciones reglamentarias que lo contradigan. Todo ello, como es claro, en relación con el ámbito competencial propio de la Administración que lo aprobó.

Establecido lo anterior, un problema adicional que no debe ignorarse es determinar hasta dónde llega la libertad de aprobación o desaprobación del Acuerdo por el órgano de gobierno respectivo.

Esa libertad queda limitada, una vez admitida la interpretación que se ha hecho, por dos circunstancias.

La primera, las exigencias de la buena fe, que es consustancial a cualquier procedimiento negociador y que ahora se reconoce expresamente como se ha visto (EBEP art. 34.7).

La segunda, la interdicción de la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos, expresamente establecida en el artículo 9.3 CE.

Además, sobre ambas circunstancias juegan también otros dos elementos:

El primero, la obligación legal de negociar determinadas materias conforme al artículo 37 del EBEP y que responde al principio de que esta negociación es obligatoria, como expresamente regula la propia norma (EBEP art. 33.1) al establecer los principios a que se sujeta aquella. Esta obligación no puede convertirse en algo meramente formal, como ocurriría si se negociase por unos representantes sin capacidad real de llegar a ningún acuerdo o estando ya predeterminada la decisión de no asumir lo negociado por ellos, lo que sería un claro fraude a esa obligación legal de negociación.

El segundo elemento, muy relacionado con el que se acaba de exponer, es la posibilidad, ya mencionada, de que las instituciones de Gobierno respectivas, si encargan las negociaciones a órganos técnicos, fijen instrucciones para sus negociadores, instrucciones que, de ser seguidas y alcanzarse un Acuerdo respetuoso con las mismas, deberían en buena lógica llevar a su aprobación.

En atención a todas estas consideraciones, la libertad que en el ámbito laboral pudiera existir para no ratificar un preacuerdo, no sería tan amplia en el supuesto de la negociación en el ámbito funcional.

En ese sentido las posibilidades de no aprobar el Acuerdo alcanzado en la mesa quedarían limitadas y, en una interpretación razonable de cuanto se ha expuesto, esa desaprobación solamente sería posible si:

- Los negociadores no se atuvieron a las instrucciones recibidas (EBEP art. 33.2).

- Existen problemas de legalidad en el Acuerdo alcanzado en aplicación del principio de legalidad y lo mismo cuando existan problemas de cobertura presupuestaria (EBEP, art. 33.1).

- Se ha producido un cambio de circunstancias que justifique disentir de lo acordado por superiores razones de interés general, en aplicación analógica de lo dispuesto para los Acuerdos vigentes (EBEP art. 38.10).

Fuera de estas cuestiones se hace difícil encontrar una razón, que no fuese arbitraria o contraria a la buena fe negocial, para disentir de lo acordado por los representantes de la Administración.

Así pues, establecer estos límites a la libertad de aprobación del Acuerdo, parece la interpretación más coherente con las previsiones negociales del EBEP si es que se quiere asumir, en una dimensión adecuada, el reconocimiento del derecho de negociación colectiva.

Por otro lado el Acuerdo, como se dijo, requiere para su validez y eficacia la aprobación expresa y formal del órgano de gobierno que corresponda en función de su ámbito de aplicación. Por lo tanto, no vincula hasta que esa aprobación se haya producido.

Si ésta se produce, salvo que se trate de supuestos de negociación prelegislativa, en cuyo caso se elaborará el correspondiente proyecto de ley, cuestión que posteriormente se abordará, el Acuerdo vincula de la misma forma y en los mismos términos que se han analizado para los Pactos, sin que, como ya se expuso, se altere su naturaleza, ni consiguientemente su eficacia, por el acto de aprobación explicable perfectamente desde la lógica laboral anteriormente analizada.

En atención a lo expuesto, el Acuerdo, hasta tanto se aprueba, no pasa de ser un preacuerdo, una propuesta si se quiere, que no vincula más allá de la obligación, propia de una negociación de buena fe, de someterlo en plazo razonable a la aprobación del órgano de gobierno respectivo.

Ahora bien, una vez aprobado, vincula y tiene la eficacia propia de un contrato colectivo normativo.

Precisamente por ello tampoco puede el órgano de gobierno respectivo aprobar un Acuerdo modificado o, mejor dicho, no lo puede aprobar como tal Acuerdo modificado.

Si no se aprueba el Acuerdo, la negociación acabó sin resultado y a partir de ahí lo que entra en juego es la previsión del artículo 38.7 del EBEP recuperando, en los términos ya mencionados y en los que permitan los pactos sobre prórroga de Acuerdos anteriores, el órgano administrativo de gobierno la capacidad de adoptar las normas reglamentarias que procedan para regular las condiciones de trabajo de los empleados públicos, normas en las que podrá incorporar, si así lo desea, parte del Acuerdo en su día alcanzado y no aprobado, pero no como contenido pactado, sino como contenido reglamentario que el órgano de gobierno establece por su propia voluntad y, por tanto, con el valor y eficacia propio de tal norma reglamentaria, que en el fondo no difieren esencialmente del que podría tener como Acuerdo aprobado más allá de que en este caso no habrá contado con la conformidad de los representantes de los funcionarios que habían negociado aquél y de que, al no estar acordado y proceder de la voluntad unilateral del órgano administrativo, éste podrá modificarlo libremente por otros reglamentos posteriores previa, en su caso, la negociación que resulte obligada.

3º) La posibilidad de suspensión o modificación unilateral del Pacto o Acuerdo. Pese a que el Pacto o el Acuerdo es plenamente vinculante, en la medida que estamos en negociaciones en el ámbito público cabe una posibilidad excepcional de suspensión o modificación del mismo. Ésta se produce a iniciativa de la Administración y excepcionalmente; en concreto, se admite cuando una causa grave de interés público, derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, lo justifique a criterio de los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas (EBEP art. 38.10).

Aunque la decisión inicial corresponde a la Administración afectada por el Pacto siempre podrá comprobarse judicialmente si concurren las indicadas circunstancias, además de que el EBEP tampoco permite a esos órganos de gobierno cualquier actuación cuando concurren aquellas causas, sino sólo las que se puedan entender como estrictamente necesarias para salvaguardar el interés público, lo que permite que también este aspecto pueda controlarse judicialmente. La posibilidad,

pues, debería ser ciertamente excepcional y residual, aunque ya se ha utilizado en materia de Acuerdos en relación con el régimen retributivo para el año 2010 y desde ese momento en otros numerosos casos, incluso en legislación autonómica.

De darse, permitirá suspender o modificar todo el Pacto o, en su caso, la parte estrictamente necesaria para responder a las circunstancias planteadas y, en principio, sólo por el tiempo en que esas circunstancias así lo justifiquen.

Ahora bien, esta facultad está recogida en la norma legal como un supuesto excepcional y en relación con la misma debe tenerse en cuenta:

a) Que no existía una previsión similar en relación con la negociación colectiva laboral hasta el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, que ha modificado el art. 32 del EBEP para introducir en relación con el personal laboral una medida similar a la establecida para los funcionarios; esto es cuestionable pues en dicho ámbito esta regulación incide en un aspecto esencial del derecho de negociación colectiva y, por ende del derecho de libertad sindical, constitucionalmente reconocidos, pues en ese ámbito la vinculación de los convenios es algo que precisamente la Constitución encarga a la ley garantizar.

b) Para admitir la lógica de esta facultad es esencial la posibilidad del control judicial de la medida, que permita analizar si se dan las razones para activarla y si el grado en el que se utiliza se justifica en atención a las razones y los fines que se planteen.

c) Precisamente por ello la norma legal contempla la medida como una actuación reglamentaria, sujeta, en consecuencia, a un adecuado control judicial. La utilización de normas con rango legal amparadas en esta misma finalidad puede suponer hacer ineficaz el control judicial, al derivar la única posibilidad de cuestionar la medida a la interpretación de constitucionalidad, privando así de la tutela judicial efectiva que resulta consustancial con la posibilidad. En todo caso habría que diferenciar dos cuestiones: una, es la posibilidad de suspender o modificar los Acuerdos ya suscritos; otra, la aprobación de una nueva ley formal que modifique automáticamente por ilegalidad sobrevenida algún aspecto concreto de un Acuerdo, pero claro en esta situación esa actuación legal corresponde esencialmente a la ley estatal, pues la legislación laboral, sindical y de seguridad social es competencia estatal, no autonómica y en cuanto a la regulación de la función pública respectiva, la competencia autonómica ha de hacerse respetando las bases fijadas por la legislación estatal que, en concreto, son en esta materia las del EBEP que no admiten otra vía para dejar sin efecto los Pactos y Acuerdos que la reglamentaria que se comenta, sin que la capacidad presupuestaria de las Comunidades Autónomas puede interpretarse en un sentido tan amplio que les permita legislar en cualquier materia en relación con su personal laboral, alterando incluso las reglas de legislación laboral fijadas en leyes estatales.

d) La medida debe responder a una causa grave, fundada en la alteración sobrevenida de las circunstancias económicas. Lógicamente no pueden justificar la medida causas que ya existían cuando se suscribió el Pacto o Acuerdo pues eso sería contrario a la buena fe negocial. La gravedad parece esencial para hacer que la medida sea admisible, incluso en atención a los compromisos internacionales suscritos por el Estado español en materia de libertad sindical y negociación colectiva; por eso es cuestionable que la Disposición adicional segunda del Real Decreto-Ley 20/2012 asimile a la *“causa grave de interés público derivada de la alteración de las circunstancias económicas”*, que resulta exigible para que se active la medida conforme a los arts. 32.2 y 38.10 EBEP, la simple circunstancia de que las Administraciones Públicas deban adoptar medidas o planes de ajuste, de reequilibrio de las cuentas públicas o de carácter económico financiero para asegurar la estabilidad presupuestaria o la corrección del déficit público. La fórmula es tan amplia que no es claro que realmente en todos los supuestos necesariamente sea esta circunstancia una causa grave. Habrá supuestos en que la adopción de esas medidas económico-presupuestarias justificarán la modificación o suspensión de Pactos, Acuerdos y convenios y otros en los que no.

En todo caso, ciertamente la obligación de someterse a planes de ajuste, reequilibrio financiero o económico-financiero puede evidenciar una situación económica desfavorable que, por tanto, sería cuando menos el primer presupuesto necesario para acogerse a esta posibilidad¹⁸.

Además, en cualquier caso, que esa circunstancia permita activar la posibilidad no excluye la aplicación de la misma en los términos en los que la ley lo permite y, conforme a ellos, lo que podrá suspenderse o modificarse será sólo lo estrictamente necesario y justificado para solventar la situación, es decir la suspensión o modificación sólo se admitirá *“en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público”*.

Por otro lado, la inaplicación, como es lógico, solo surte efectos desde que el órgano de gobierno la aprueba y, por tanto, no debería desplegar efectos retroactivos no pudiendo afectar a derechos devengados con anterioridad¹⁹.

4º) La específica eficacia de los Acuerdos en materias sujetas a reserva de ley.

La eficacia del Acuerdo a que se aludió con anterioridad tiene sentido cuando el contenido del mismo afecta a materias competencia del órgano que lo ratifica, pero no cuando se trata de materias que deben ser reguladas mediante ley, en cuyo caso la negociación no pasa de ser una negociación prelegislativa cuyo contenido y eficacia presenta peculiaridades que deben ser examinadas a continuación.

La negociación prelegislativa se da cuando la Administración está obligada a someter a negociación proyectos de ley o partes de ellos, negociación en la que puede alcanzarse un compromiso, en forma de Acuerdo, sobre el texto que va a presentarse al órgano legislativo correspondiente pero que, evidentemente, no tiene eficacia jurídica directa en cuanto a las previsiones concretas del texto pactado, porque su aplicación dependerá de que el proyecto se convierta en ley.

Lógicamente el proyecto puede no aprobarse o puede aprobarse modificado, correspondiendo la decisión al respecto al órgano legislativo respectivo.

Constitucionalmente no existe ningún fundamento para negar a ese órgano legislativo su capacidad de decisión, o la posibilidad de introducir las enmiendas que estime pertinentes en el texto pactado entre el órgano administrativo y los sindicatos llamados a la negociación prelegislativa.

En estos casos, más que una negociación jurídica, se busca un efecto socio-político, conseguir un cierto consenso de los afectados en los proyectos de ley que vayan a regular las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos y, también, dar participación a los mismos en esos proyectos.

Este tipo de negociación deriva claramente de la distribución constitucional de competencias, que se respeta en el artículo 33.1 del EBEP al establecer, como principios a los que deberá atenerse la negociación funcional, los de legalidad y cobertura presupuestaria.

Es indiscutible, pues, que lo negociado en estas materias queda sujeto al resultado de ese proyecto, resultado que no depende de los negociadores sino del órgano legislativo.

Ni la negociación colectiva puede alterar lo regulado en normas de derecho necesario absoluto, ni invadir el terreno reservado al legislador.

Conviene aquí hacer dos matizaciones.

¹⁸ De hecho ya varias sentencias se han pronunciado admitiendo la suspensión de Acuerdos y Pactos en atención a la existencia de planes de ajuste en la correspondiente entidad municipal, como, por ejemplo, STSJ Málaga 23-1-14, Rec. 1607/13, AS 998 y STSJ Madrid 12-6-13, Rec. 643/12, JUR 14677 (2014)

¹⁹ Al respecto STSJ (Social) Aragón 21-7-14, Rec. 407/14, AS 2073.

La primera es que ello no es exclusivo de la negociación de los funcionarios, sino general a cualquier proceso de negociación colectiva, sujeto siempre a lo que se disponga en las normas de derecho necesario.

La segunda es que será el órgano legislativo el que, en definitiva, adoptará las decisiones que jurídicamente tengan efectos; la eficacia de la mismas no será la propia de un Acuerdo negociado, sino la que corresponda a las normas emanadas de dicho órgano legislativo; estaremos ante una norma estatal – en sentido amplio – que obligará como tal y que se sujetará a todas las reglas interpretativas y aplicativas propias de las mismas.

Si se analiza lo anterior, aquí, aunque a través inicialmente de un proceso de negociación, se ha producido lo que se conoce como legislación negociada, pero no una auténtica negociación colectiva en sentido estricto, ni muchos menos se han creado acuerdos jurídicamente vinculantes para el órgano legislativo.

Así se había interpretado ya en relación con la LORAP, señalando que lo único que existía era una obligación de negociación previa.

En este sentido las sentencias que se han pronunciado sobre la omisión de trámites de negociación obligatoria se han referido, por razones obvias, a la elaboración de disposiciones reglamentarias, pero en todas ellas es claro que se parte del carácter imperativo de la obligación de negociar que se desprendía del artículo 32 LORAP y hoy se mantiene; por tanto, cualquier disposición en la que se omitía el correspondiente trámite negociador previa se consideraba elaborada en forma incorrecta y viciada de nulidad²⁰. Si bien, como es claro, la obligación es someterse a una negociación, pero en ella nada impone, por otra parte, alcanzar acuerdos²¹, por lo que no existe vicio de nulidad si finalizada la negociación sin acuerdo la Administración remite unilateralmente el proyecto de ley en los términos que ella considere convenientes.

El carácter prelegislativo de esta negociación se reforzó con las interpretaciones jurisprudenciales²² que han insistido en la imposibilidad de la vinculación de los órganos legislativos a los pactos sobre incrementos presupuestarios, que han dado un carácter muy formal a esta negociación, permitiendo que se entienda cumplida con un trámite casi de consulta (exposición de las posturas, acreditación del desacuerdo y recuperación de la libertad de decisión gubernamental), y que han resaltado que la negociación sobre el incremento salarial es de carácter anual, si bien algunos de estos aspectos posiblemente deberían reconsiderarse al amparo del EBEP, especialmente en cuanto al carácter tan simple que se le daba al concepto de negociación, que la desvirtuaba y olvidaba que era bastante más que una mera consulta, y al carácter anual de la negociación, que no se establece en la actualidad en el artículo 36.2 del citado EBEP y que ya no tiene sentido, especialmente en atención a la posibilidad comentada de suspensión o modificación de lo acordado pues, en virtud de ella, aunque se haya acordado un incremento plurianual, si cambian las circunstancias económicas en los términos analizados, el órgano de gobierno pueden desvincularse del incremento pactado para alguna anualidad en aras a la defensa del interés público que se concretará en este sentido en la presentación de una norma presupuestaria ajustada a la nueva situación económica.

En cualquier caso estamos, pues, ante una negociación más socio-política que jurídica pero, pese a ello, algún efecto jurídico tiene, no en cuanto a lo que se dispone en el texto acordado, pero sí en cuanto a cómo proceder en relación con el iter posterior de ese texto acordado.

²⁰ Al respecto, aunque siempre en relación con disposiciones reglamentarias, por ejemplo, STS 10-11-94, Rec. 56/92, RJ 9040; STS 6-3-97, Rec. 2797/92, RJ 2165 y STS 29-5-97, Rec. 290/94, RJ 4534.

²¹ STS 9-2-99, Rec. 341/96, RJ 2068 y STS 1-3-99, Rec. 355/96, RJ 2736.

²² STS 21-3-02 (2 sentencias), Rec. 739/96 y 1074/01, RJ 4319 y 4318, respectivamente.

En efecto, si el órgano administrativo obligado a ella aprueba el Acuerdo, después debe obrar en consecuencia, como dispone el art. 38.3 EBEP que, tras reiterar que estos Acuerdos carecen de eficacia directa, reconoce la obligación del órgano de gobierno respectivo que hubiese aprobado uno de estos Acuerdos de remitir, en el plazo acordado, un proyecto de ley conforme al texto acordado a los órganos legislativos.

A partir de esa obligación, que parece clara, se hace más complejo determinar lo que ocurre si se incumple la misma o, incluso, si se remite directamente al órgano legislativo un texto que debió ser negociado pero omitiendo el órgano administrativo ese procedimiento obligatorio de negociación.

Por otro lado, si no se ratifica un Acuerdo adoptado en esta negociación prelegislativa o hay una negativa expresa a incorporar su contenido en el proyecto de ley, el EBEP contempla otro efecto jurídico, la obligación de reiniciar la negociación en el plazo máximo de un mes, siempre que esa reanudación de negociaciones se pida por la mayoría de alguna de las partes negociadoras (EBEP art. 38.3).

5. EL CONTENIDO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA FUNCIONARIAL

El artículo 37.1 del EBEP contiene el listado de materias que pueden ser objeto de negociación en el ámbito público de los funcionarios, comprendiendo prácticamente todas las que afectan a su régimen profesional, negociándose aquellas que en cada proceso negociador las partes acuerden someter a debate. En todo caso dicho precepto debe completarse con otras previsiones.

Así, el número 2 del artículo 37 del EBEP contiene un listado más amplio que el existente anteriormente de materias excluidas de negociación en el que se citan, por un lado, aquellas que ya se mencionaban en el artículo 34 de la LORAP:

- Las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten al ejercicio de sus potestades de organización.
- La regulación del ejercicio de los derechos de los ciudadanos y de los usuarios de los servicios públicos.
- El procedimiento de formación de los actos y disposiciones administrativas.

A las que se añaden, por otro lado, las siguientes:

- La determinación de condiciones de trabajo del personal directivo en referencia al que se contempla en el artículo 13 del propio EBEP.
- Los poderes de dirección y control propios de la relación jerárquica. Referencia ésta que, dependiendo de la forma en que se interprete, puede limitar seriamente la posibilidad de negociar sobre materias muy importantes (por ejemplo, ¿un sistema de control horario o de asistencia?). Es más, en relación con estos poderes ni siquiera se prevé la negociación sobre las repercusiones que las decisiones adoptadas en base a ellos produzcan en las condiciones de trabajo. Este elemento, sin duda, debe conducir a una interpretación restrictiva de lo que puede entenderse excluido de la obligatoriedad de negociación pues, en caso contrario, se limitaría considerablemente el derecho de negociación colectiva en solución poco coherente con el conjunto de un texto legal que busca, precisamente, lo contrario, esto es, fomentarla.
- La regulación y determinación concreta, en cada caso, de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso al empleo público y la promoción profesional. Obsérvese que se excluye de negociación la regulación y determinación concreta, no los términos generales que sí que se someterían a negociación conforme a la letra c) del artículo 37.1 del EBEP, lo que enlaza con lo que se mencionará posteriormente sobre esta cuestión.

En realidad el texto excluye las materias citadas de la obligatoriedad de negociación lo que podría llevar a entender que voluntariamente sí que cabe negociación sobre las mismas, pero en general no

es así. En unos casos porque el propio EBEP en otros preceptos lo impide, como, por ejemplo, en relación con las condiciones de empleo del personal directivo sobre las que el artículo 13.4 de la citada norma señala que no serán objeto de negociación colectiva; y en otros porque la propia índole de la materia evidencia que la misma no es negociable en cuanto está regulada en normas absolutamente imperativas o que afectan a terceros, como por ejemplo las cuestiones relativas a los derechos de los ciudadanos y de los usuarios.

Lo normal, pues, es que estas materias no sean objeto de negociación colectiva.

Además debe tenerse en cuenta la especificación que se hace para clarificar los aspectos negociables en ciertas materias, optando, en general, en todas aquellas materias más complejas por señalar que son objeto de negociación obligatoria los criterios generales aplicables en ellas, lo que debe conducir a la misma interpretación que expresamente hace el EBEP en el artículo 37.2.e), es decir, a que la regulación concreta en cada caso no queda sujeta a la negociación obligatoria.

La fórmula de que se sujetan a negociación “los criterios generales” se usa reiteradamente en el artículo 37.1, así:

- En materia de acceso, carrera, provisión, sistemas de clasificación de puestos de trabajo y planes e instrumentos de planificación de recursos humanos (37.1.c)
- Evaluación del desempeño (37.1.d)
- Planes y fondos para la formación y promoción interna (37.1.f)
- La determinación de prestaciones sociales y pensiones de clases pasivas (37.1.g)
- La acción social (37.1.g)
- Las ofertas de empleo público (37.1.l)
- La planificación estratégica de los recursos humanos (37.1.m)

Puede verse, pues, la importancia que adquiere la identificación de lo que se entiende por esos “criterios generales” por contraposición a la “regulación y determinación concreta”.

En mi opinión debería estarse a una interpretación que favoreciese la amplitud de contenido de la negociación colectiva, entendiendo que su ámbito natural es, precisamente, el de “lo colectivo” y que por tanto, en general, cuando la norma alude a criterios generales se está refiriendo a los aspectos colectivos de todas esas materias, sobre los que existiría obligación de negociación, excluyendo de ella el ámbito de lo individual, esto es, la repercusión concreta e individualizada de aquellos aspectos colectivos.

En la mayor parte de los casos ello conducirá a que se negocie lo que debería concretarse en normas o disposiciones generales y no, por el contrario, lo que sea contenido de los actos administrativos de aplicación, de los actos administrativos aplicativos de aquellas.

En todo caso, es claro que será la interpretación judicial la que, en cada caso, vaya estableciendo los límites aplicables a la negociación colectiva en el empleo público.

Enlazando con esto último existen precedentes, especialmente jurisprudenciales que, aunque en algunos casos sean anteriores al EBEP, permiten identificar en relación con ciertas materias lo que se ha entendido que era obligatorio negociar o, en sentido contrario, aquello que no quedaba sujeto a la obligación de negociación.

Al respecto pueden identificarse en la jurisprudencia contencioso-administrativa (todas las sentencias que se citan en este apartado proceden de ese orden jurisdiccional) pero en conclusiones en general aplicables a la negociación laboral y conjunta, entre otras, cuestiones como las siguientes:

a) Materia retributiva. Además de cuanto se ha dicho, las soluciones jurisprudenciales entienden que no puede dejar de negociarse esta materia, ni siquiera al amparo de la aprobación del presupuesto por el órgano correspondiente²³, o de la argumentación de que la materia retributiva se había regulado mediante la estricta aplicación de la legislación presupuestaria²⁴. En todo caso parece claro que la negociación se ceñirá a aquellos aspectos que se permitan en la legislación presupuestaria y, sobre todo, a la aplicación de los incrementos retributivos previstos en la misma y a las retribuciones complementarias (EBEP art. 37.1. a) y b)²⁵.

b) Materia relativas al acceso, carrera, provisión de puestos, ofertas de empleo, etc. En estas materias se ha entendido, en tesis discutible, que la Administración no está obligada a negociar el contenido general de aquellos procedimientos que no afectan directamente al acceso al empleo público, sino que establecen requisitos previos, como procesos de acreditación o habilitación y similares para poder concurrir posteriormente a pruebas de acceso, como ocurre, por ejemplo, con los procedimientos de acreditación en el ámbito universitario²⁶.

También se ha entendido que como la obligación de negociar afecta a los criterios generales, no debe someterse a negociación una convocatoria concreta que es un mero acto aplicativo²⁷, tesis que cabe calificar de correcta, siempre claro está que ciertamente hubiesen sido de previa negociación los criterios generales en la materia y, por tanto, pudiese entenderse que la convocatoria se limitaba a concretar y aplicar los mismos. En este sentido la absoluta falta de negociación de todo lo relativo a la oferta de empleo público determina que deba entenderse como nula la misma por esa omisión del procedimiento de negociación²⁸ que, como se ha visto, ahora se centrará no en la propia oferta de empleo pública, en sí misma, sino en los criterios generales a los que la misma debe ajustarse (número de plazas y tasa de reposición de efectivos dentro de los límites legales, naturaleza de los puestos, sistemas de selección a utilizar, plazas reservadas a promoción interna, a discapacitados, etc.).

Un aspecto cuestionado ha sido determinar hasta dónde alcanza la obligación de negociar en relación con las relaciones de puestos de trabajo (RPT).

En principio parece imponerse la tesis de que la aprobación y las modificaciones esenciales en las mismas que repercuten, lógicamente, en los empleados públicos deben ser objeto de negociación en el ámbito funcional y, en consecuencia pueden serlo en el laboral – en el que la negociación no es obligada -.

En cuanto a la aprobación se ha entendido que son negociables las relaciones de puestos de trabajo, sin que pueda argumentarse para sostener lo contrario que formarían parte de la potestad organizativa de la Administración²⁹.

²³ Por ejemplo STS 4-7-07, Rec. 612/00, RJ 6764.

²⁴ Entre otras, STS 4-6-08, Rec. 1941/04, RJ 6027

²⁵ En estos términos se han considerado como sujetas a la negociación, por ejemplo, las modificaciones en los complementos retributivos (STS 4-2-04, Rec. 3686/01, RJ 886), la regulación de un complemento de productividad (SAN 4-5-05, Rec. 1/05, JUR 266281) o de los criterios para el reparto del mismo (STSJ Valladolid 13-3-97, Rec. 584/04, JUR 215209).

²⁶ STS 27-1-09, Rec. 192/07, RJ 857.

²⁷ SAN 13-5-05, Rec. 53/03, JUR 238979.

²⁸ STSJ Castilla-La Mancha 14-2-05, Rec. 109/01, JUR 91825.

²⁹ Por ejemplo, STS 9-4-2014, Rec. 514/2013; STS 27-5-09, Rec. 6142/05, JUR 288618 y STS 20-10-08, Rec. 6078/04, RJ 7800, entre otras. Lo mismo se ha establecido cuando adopten la forma de reglamento orgánico y funcional de un ente público como resuelve STSJ Comunidad Valenciana 7-2-14, Rec. 1278/11, JUR 122604. Negociación que además ha de ser real, como señala, STSJ Castilla-La Mancha 27-

No sólo la aprobación general, sino lógicamente también se ha entendido que entrarían dentro de los aspectos generales que deben ser objeto de negociación las modificaciones de estas relaciones que cambian el sistema de acceso a los puestos de trabajo, por ejemplo generalizando el sistema de libre designación en muchos puestos³⁰, o alterando la naturaleza de determinados puestos (por ejemplo reservados a funcionarios de carrera que pasan a ser susceptibles de ocupación por personal eventual)³¹, o exigiendo nuevos requisitos para algunos puestos de trabajo³², o creando nuevos puestos de trabajo que pueden ser susceptibles de promoción profesional para los empleados públicos³³, o amortizando determinados puestos incluso aunque se encuentren vacantes³⁴.

En este mismo sentido se ha entendido que una modificación de la relación de puestos de trabajo que afecta a retribuciones y tiene consecuencias presupuestarias es una modificación esencial y, por tanto, debe (en el ámbito funcional) ser objeto de negociación³⁵ y puede serlo en el laboral.

Por el contrario, cuando las modificaciones son menores porque, por ejemplo, no alteran la naturaleza de los puestos, centrándose más bien la organización de los servicios, pudiéndose entender entonces que se está más ante la potestad de organizar los propios servicios, no sería exigible la previa negociación³⁶.

Lo mismo se ha entendido de modificaciones muy puntuales de relaciones extensas que se justifican, además, por necesidades organizativas³⁷, si bien esta doctrina ha de utilizarse con cautela ante la indefinición de lo que pueden entenderse como modificaciones puntuales. Al respecto debe tenerse en cuenta que el Tribunal Supremo ha determinado que la clasificación de puestos de trabajo debe ser objeto de negociación, sin que influya en ello el mayor o menor número de puestos afectados por la misma³⁸.

También se ha considerado como una modificación menor o puntual que no obliga a someterse al procedimiento de negociación, el mero ajuste del grupo de unos puestos a la titulación normativamente requerida para ocupar los mismos³⁹.

Puede verse, pues, que en la materia cabe diferenciar entre aprobación inicial o modificación sustancial, que obligan a la negociación, y mera modificación menor o puntual que no exige el sometimiento al proceso de negociación previa.

1-14, Rec. 432/12, RJCA 291, lo que no se cumple con una supuesta negociación que no es tal por acelerada, breve y sin posibilidad real de las organizaciones sindicales de argumentar suficientemente, contrastar documentación, etc.

³⁰ STS 2-7-08, Rec. 1573/04, RJ 6725.

³¹ TS 20-10-08, Rec. 6078/04, RJ 7800.

³² STS 18-7-10, Rec. 3157/08 en relación con la exigencia de permiso de conducir.

³³ Entre otras, STSJ Sevilla 21-3-06, Rec. 2194/03, JUR 298434 y STSJ País Vasco 20-6-08, Rec. 1684/04, RJCA 97/09 – que resalta además como esa actuación implica consecuencias retributivas al determinar el nivel de esos puestos, lo que ratifica la obligación de negociar -.

³⁴ STS 8-11-13, Rec. 3105/12, lo que contradice alguna doctrina inferior que había entendido que la amortización de puestos podía no afectar a las condiciones de trabajo tal como entendía STSJ Madrid 29-10-13, Rec. 1125/12, RJCA 964

³⁵ STSJ Asturias 7-4-05, Rec. 1500/03, JUR 130218.

³⁶ STS 6-10-08, Rec. 2966/05, RJ 7467.

³⁷ STSJ Madrid 20-1-06, Rec. 2890/03, RJCA 626 y 20-12-04, Rec. 2477/02, RJCA 834/06.

³⁸ STS 6-2-04, Rec. 7856/98, RJ 972.

³⁹ STS 8-4-09, Rec. 10189/04, JUR 255930.

Precisamente por eso y por considerar que la aprobación de la plantilla que las entidades locales hacen anualmente está vinculada a la RPT, no pudiendo alterar los términos de la misma, se ha entendido que no es obligada su negociación, sin perjuicio, claro es, de su nulidad cuando a través de ella se pretenda alterar la RPT, por ejemplo incorporando nuevos puestos, o modificar los requisitos de los mismos, o se intente ordenar el contenido, valoración, etc. de los puestos de trabajo⁴⁰.

c) Aspectos de protección social. En ellos, como cuestión más polémica, se ha entendido que entra dentro de los criterios generales negociables, no constituyendo ejercicio de la potestad de organización de la Administración, la determinación del sistema de protección frente a accidentes de trabajo y de determinación de la Mutua que dispensará esa protección⁴¹.

También se ha considerado que no constituía materia retributiva y por tanto no entraba en colisión con las limitaciones presupuestarias al respecto, sino que se trataba de negociación sobre medidas propias de la materia asistencial, el establecimiento de un seguro de vida que cubría determinados riesgos de invalidez y fallecimiento⁴² o en general las materias de acción social para activos y jubilados⁴³, sin perjuicio, claro es, de que la propia norma presupuestaria establezca lo contrario y limite la negociación al respecto, directa o indirectamente.

Son ejemplos que pueden perfilar lo que sería o no negociable.

En todo caso, además de esos precedentes, para perfilar exactamente las materias negociables, debe tenerse en cuenta la naturaleza de las normas que regulan el régimen jurídico profesional de los funcionarios públicos pues eso determinará las posibilidades reales de negociación y al respecto no necesariamente son siempre normas absolutamente imperativas; existen también normas de mínimos y dispositivas o remisiones directas al desarrollo reglamentario que, en consecuencia, permiten la negociación en relación con esas cuestiones.

En el EBEP existían buenos ejemplos de esta recepción de normas negociables, por citar sólo algunos casos pueden enunciarse los siguientes: el régimen de prórroga de los Pactos y Acuerdos es una norma dispositiva, que sólo se aplica en defecto de pacto (art. 38.11, 12 y 13).

La jornada de trabajo quedaba en el EBEP sin concretar, remitida a lo que se establezca por las Administraciones en cada ámbito y por lo tanto plenamente abierta a la negociación con previsión incluso de jornadas especiales (art. 47), que por cierto es aplicable en esos mismos términos en las Administraciones Locales. Al amparo de esa posibilidad y previos los trámites de negociación, la Generalitat de Catalunya aprobó el régimen de la jornada y horarios de sus empleados mediante el Decreto 56/2012, de 29 de mayo, publicado en el DOGC de 31 de mayo.

Una norma dispositiva y además de mínimos aparecía en el EBEP al concretar los permisos de los funcionarios - Las Administraciones Públicas determinarán.... (luego se podrá negociar) En defecto... serán, al menos, los siguientes – (luego lo previsto “en defecto” es un mínimo) (art. 48).

Las condiciones de los permisos por motivos de conciliación de la vida familiar y laboral y por razón de género se califican de “condiciones mínimas” (art. 49).

Normas de mínimos aparecen claramente en varios aspectos, por ejemplo, al determinar la retribución de los funcionarios en prácticas (art. 26), al establecer las vacaciones (artículo 50).

⁴⁰ Al respecto STS 9-4-14, Rec. 514/13; y sobre la vinculación de la plantilla a la RPT, además de la indicada, STS 20-10-08, Rec. 6078/04, RJ 7800 – que confirma incluso la inadecuación de la plantilla para alterar el contenido de los puestos de trabajo y su valoración, incluso aunque la RPT estuviese pendiente de aprobación. También, entre otras muchas, STSJ País Vasco 3-12-13, Rec. 1351/11, JUR 143398 (2014).

⁴¹ STS 23-6-03, Rec 3720/97, RJ 4444.

⁴² STS 25-6-07, Rec. 3910/02, RJ 5544.

⁴³ STS 20-12-13, Rec. 7064/10, RJ 8238.

En otras casos aparecen directamente remisiones reglamentarias que, por lo tanto, posibilitan la negociación como, por ejemplo, en cuanto a las indemnizaciones por traslado (art. 81.2).

Son ejemplos, que deberían haberse extendido y que vienen a confirmar que la norma legal no necesariamente ha de ser absolutamente imperativa, sino que, conservando aspectos con esa naturaleza, puede en otros muchos terrenos abrir caminos a la negociación colectiva.

Al respecto es importante señalar, además, la necesidad de que las normas que desarrollen el EBEP y cualquier otra norma en el mismo sentido, especialmente en el ámbito autonómico, respeten esta forma de legislar y mantengan ese carácter mínimo – o dispositivo según los casos – de los preceptos que establezcan.

También es imprescindible que respeten el ámbito regulador de las diferentes Administraciones y especialmente la autonomía local, tan maltratada por algunas disposiciones legales recientes.

En el fondo, allí donde el EBEP remite una materia a lo que en cada Administración se establezca hay una norma básica que respetar que no es otra, precisamente, que la de preservar el ámbito regulador de cada Administración; en estos casos la voluntad legal es que la materia no sea objeto de una regulación que imponga a una Administración soluciones distintas a las que ella adoptaría.

Lo que ocurre es que esta visión del EBEP favorable a la negociación colectiva en el empleo público ha sido corregida por algunas normas posteriores, justificadas en razones de urgencia y sobre las que solo cabe desear que se vuelva a la normalidad en un plazo corto, reabriendo las posibilidades de negociación.

En este sentido, el RDL 20/2012, de 13 de julio, ya citado, altera algunos de los preceptos del EBEP que permitían la negociación sobre ciertos aspectos y precisamente para impedir dicha negociación o, al menos, para limitarla considerablemente.

Así por ejemplo altera la redacción del art. 48 del EBEP sobre permisos de los funcionarios – cuya redacción original ya cité – para eliminar el carácter mínimo de los mismos; ahora la norma dice literalmente: *“los funcionarios públicos tendrán los siguientes permisos:...”*, lo que parece conferir carácter imperativo a la regulación, aunque subsiste la regulación de las condiciones en materia de conciliación, en la que se ha mantenido su carácter de condiciones mínimas.

A su vez, el art. 8.tres de la citada norma suspende y deja sin efecto los Acuerdos, Pactos y Convenios relativos a permisos por asuntos particulares, vacaciones y días adicionales a los de libre disposición o de similar naturaleza. Esta disposición, además de su evidente inadecuación, es claramente objetable por la absoluta falta de urgencia y necesidad de la misma, ya que no se aprecia su impacto sobre la situación económica de las Administraciones Públicas.

Similar disposición, en cuanto a la privación de efectos de Acuerdos, Pactos y Convenios, se establece en el art. 10 del citado RDL en relación con la materia relativa a crédito horario, liberaciones y nombramiento de delegados sindicales, en cuanto excedan de lo dispuesto en las normas legales; aunque aquí al menos se mantiene la posibilidad de que la materia se pueda seguir negociando pero solo en las Mesas Generales. Por otro lado, en materia de delegados sindicales no se entiende muy bien la referencia a lo que exceda de las disposiciones legales, teniendo en cuenta que la Ley Orgánica de Libertad Sindical en cuanto al número de delegados sindicales señala que este será el pactado y solo a falta de acuerdo la propia ley fija una escala; si la regulación del RDL pretende eliminar la primera posibilidad establecida en la norma orgánica, que como tal es la regla general (determinación por pacto), podría cuestionarse si tiene rango suficiente para hacerlo.

En general la suspensión de todos los Acuerdos, Pactos y Convenios contrarios al citado RDL se establece en el art. 16 del mismo.

En materia de jornada, la DA 71ª de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales para 2012, confirmando lo dispuesto en el art. 4 del RDL 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público,

establecía la jornada general de todo el sector público en 37,5 horas de trabajo efectivo semanal en promedio en cómputo anual, suspendiendo los Acuerdos, Pactos y Convenios que contradijesen esa jornada y obligando a la adaptación de las jornadas especiales existentes o que se pudieran establecer a esa regla⁴⁴. Se limitaba así, seriamente, la competencia de las diferentes Administraciones en la materia y, consiguientemente, también las posibilidades de negociación, lo que es difícilmente comprensible, sobre todo en materia de jornadas especiales en las que parece que, la autonomía de cada ente público para conocer sus necesidades específicas, debería justificar mantener el criterio de determinación flexible en cada uno de ellos de las mismas.

Este crecimiento de la imperatividad en las normas limita considerablemente las posibilidades de negociación colectiva en cuanto que, como es lógico, la misma ha de respetar necesariamente las citadas normas imperativas⁴⁵.

6. DURACIÓN Y PRÓRROGA DE LOS PACTOS Y ACUERDOS

Las partes que han negociado los Pactos y Acuerdos son las que deben fijar la duración de los mismos (art. 38.4 EBEP – les corresponde establecer el ámbito temporal -), sin que al respecto existan límites legales, más allá del sometimiento a la legislación presupuestaria que puede hacer que los pactos plurianuales en la materia tengan una eficacia condicionada y de las posibilidades ya analizadas de suspensión o modificación excepcional de lo acordado, así como de las previsiones sobre ratificación de los Acuerdos.

En cambio su vigencia no queda condicionada, tal como se analizó, por la falta de derogación de normas reglamentarias anteriores opuestas a lo pactado, pues dicha derogación es automática a raíz de la publicación de lo pactado, debiendo producirse la derogación expresa solamente a efectos formales.

Corresponde también a las partes fijar el régimen de prórroga de los Pactos y Acuerdos, disponiendo el EBEP (art. 38.11) que la falta de denuncia motiva que los mismos se prorroguen anualmente salvo que otra cosa se haya pactado, luego es una norma como se dijo dispositiva.

En cuanto a la posible prórroga una vez finalizada su vigencia y denunciados, se estará a lo que pueda haberse pactado, pero en su defecto, no parece que se prorroguen (art. 38.12 EBEP), ni siquiera por un año como ocurre con los convenios del personal laboral, sujetos en la materia al art. 86.3 ET, que permite también pactar al respecto pero, en defecto de pacto, establece la prórroga pero sólo durante ese breve período.

Por otro lado en la materia rige el principio de sucesión normativa, por lo que el Pacto o Acuerdo posterior deroga el anterior, sin perjuicio de que, obviamente, puede optar por mantener algunas de sus disposiciones, a cuyo efecto dicho mantenimiento se producirá en los términos que el Pacto o Acuerdo establezca.

7. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DEL PERSONAL LABORAL

La negociación colectiva del personal laboral se sujeta a las previsiones del Estatuto de los Trabajadores, pero en todo caso deben tenerse en cuenta los límites que representan:

1º) La posibilidad de negociación conjunta.

⁴⁴ La modificación legal motivó que se dictase la instrucción sobre jornada y horarios de trabajo del personal al servicio de la Administración General del Estado, aprobada por resolución de 28 de diciembre de 2012, publicada en el BOE de 29 de diciembre, que, por lo menos, confirmaba la obligación de negociación del calendario laboral – que era clara ya con anterioridad, como puede verse por ejemplo en STSJ Valladolid 24-10-13, Rec. 426/12, JUR 349246 - y las posibles jornadas especiales, aunque sujeta a los límites derivados de la propia instrucción.

⁴⁵ Por todas y solo a título de ejemplo de una doctrina sobradamente conocida, STS 18-1-10, Rec. 4228/06.

2º) Las limitaciones presupuestarias, que son de necesario respeto.

3º) El mayor grado de imperatividad que existe en ciertas normas de aplicación general en todo el empleo público que dificulta o impide la negociación en esas materias (régimen disciplinario, dedicación, régimen de ingreso y selección del personal, etc.).

En todo caso la aplicación de la legislación laboral conduce a diferencias importantes en el procedimiento negociador entre las que se pueden destacar, por ejemplo:

1ª) La libertad de ámbitos de negociación

2ª) La legitimación dual para negociar – representaciones unitarias o representaciones sindicales -.

3ª) El régimen de descuelgue o modificación de lo negociado, que antes del RDL 20/2012 parecía sujeto a las previsiones de los artículos 41 y 82 y siguientes ET, pero que después se sujeta a un régimen similar al de los funcionarios, conforme al art. 32.2. EBEP, que por otro lado parece que para este personal laboral excluye la aplicación de las previsiones del art. 82 ET en la materia, pues conforme al citado art. 32 EBEP se garantiza el cumplimiento de los convenios que afectan a este personal, salvo que sea aplicable la previsión del art. 32.2 EBEP que parece así alternativa a las regulaciones específicas de la legislación laboral. Sobre esta aplicación del art. 32.2 EBEP cabe remitirse a cuanto se expuso en relación con los funcionarios, ya que la situación es similar, en todo caso con las dudas de constitucionalidad que suscita, sobre todo por la amplitud de la previsión legal.

Conviene tener en cuenta que la posibilidad es aplicable solamente desde la modificación que introdujo el ya citado RDL 20/2012, pues antes no había ninguna previsión similar a la que existía para los funcionarios que, en atención a su ámbito de aplicación funcional, no regía en relación con el personal laboral⁴⁶.

4ª) La condición de mínimos de muchas de las regulaciones laborales, más que en el ámbito funcional, lo que permite un mayor espacio de negociación⁴⁷.

5º) El régimen de vigencia y prorroga de los convenios – que puede ser pactado – pero que en defecto de pacto hace que los convenios pierdan vigencia al año de haber concluido el período de duración previsto si se han denunciado.

Por otro lado, las conclusiones que anteceden sobre la negociación laboral en las Administraciones Públicas son en general aplicables a las entidades empresariales públicas y a cuantas instituciones de las Administraciones se rijan por reglas de derecho privado.

8. SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS

Lógicamente las relaciones de empleo en el ámbito público dan lugar a numerosos conflictos entre la Administración empleadora y sus trabajadores, ya sean estos funcionarios o laborales.

Dichos conflictos generalmente encuentran cauce de solución en muchos casos a través de los órganos judiciales y en cuanto a los tipos de conflictividad cabe señalar que son muy parecidos, por no decir iguales a los que en el ámbito privado se dan: conflictos de intereses o jurídicos, conflictos colectivos e individuales, conflictos de ruptura de la negociación y de interpretación y aplicación de lo pactado, etc.

Al igual que en el ámbito privado la solución extrajudicial se ha ido abriendo paso, también en el ámbito del empleo público ha empezado a extenderse la sensación de que la solución extrajudicial

⁴⁶ Por ejemplo, STS (Social) 14-11-12, Rec. 241/11, RJ 177 (2013) y STSJ (Social) Catalunya 11-11-11, Rec. 4595/11, JUR 335132.

⁴⁷ Un buen ejemplo de análisis judicial al respecto puede verse en STSJ (Social) Las Palmas 28-7-11, Rec. 1634/10, AS 9 (2012), incluso con extenso análisis de la relación entre el EBEP y las normas laborales estatales y convencionales.

podría encontrar sentido en numerosos conflictos y presentar ventajas sobre la solución judicial o la decisión unilateral de la Administración empleadora.

Ello ha hecho que el EBEP contuviese unas previsiones al respecto en su artículo 45, que son las que seguidamente analizaré, tanto en lo que afecta a las posibilidades que de las mismas derivan, como en relación a la posible concreción en la práctica de esas posibilidades.

Antes de hacerlo conviene introducir dos precisiones:

1ª) Ya en algunos ámbitos ciertos conflictos colectivos relativos al personal laboral de algunas Administraciones Públicas se resolvían en los organismos de solución extrajudicial. En realidad podía entenderse que existía cobertura para ello en el art. 91 del ET pues, en esos supuestos, la Administración actúa conforme al ordenamiento laboral, aunque con la específica posición que le da su carácter público que la sujeta a los principios de legalidad, cobertura presupuestaria, etc.

2ª) Otra parte de lo que económicamente puede considerarse sector público está ya incluida, sin duda, en el ámbito de los organismos de solución extrajudicial creados al amparo del art. 91 del ET y en este caso sin problemas. Se trata de lo que podríamos denominar el sector público empresarial, es decir el conjunto de empresas y entidades que, aunque hayan sido creadas por una o varias Administraciones Públicas, actúan como entes con personalidad propia, muchas veces como sociedades mercantiles, y se sujetan en su actuación al ordenamiento privado. Estas empresas y entidades quedan vinculadas por los Acuerdos ya suscritos y en concreto por el ASAC y los respectivos ASAC de las Comunidades Autónomas.

Cuestión distinta en relación con estas entidades y empresas es si los mismos les son directamente aplicables. Al respecto, como se sabe, hay dos tipos de ASAC, los que requieren un acto posterior de ratificación y adhesión y los que tienen ya eficacia inmediata.

En relación con estos últimos, es evidente que su eficacia alcanza a este sector público empresarial que queda obligado a la solución extrajudicial en los términos del Acuerdo.

En cuanto a los primeros, esto es, a los que requieren ratificación o adhesión, la aplicabilidad dependerá de que se haya producido la misma o no. En ese sentido, si la empresa o entidad cuenta con convenio propio, el instrumento de ratificación o adhesión debería haber sido un pacto, normalmente incluido en el propio convenio. Si la empresa o entidad no cuenta con convenio propio se le aplicará la solución que sectorialmente se haya establecido, esto es, si el sector ha ratificado la aplicación del ASAC estatal o de comunidad autónoma, esa ratificación vincula también a la empresa o entidad en cuestión; por el contrario, si el sector no ha ratificado la aplicación del Acuerdo correspondiente y tampoco se hace mediante un pacto específico en la empresa, éste no vinculará hasta que dicha ratificación se produzca.

En el caso de que el ASAC resulte aplicable, lo será en los términos actualmente establecidos – mediación obligatoria y arbitraje voluntario – y conforme a las previsiones legales en cuanto a supuestos específicos (descuelgues de convenios estatutarios).

Hechas estas precisiones conviene, pues, analizar lo que sigue en relación con el sector público en sentido estricto, esto es, con el personal laboral y funcionario al servicio de las Administraciones Públicas y entidades creadas por las mismas y sujetas en su funcionamiento a un régimen de derecho público en cuanto a las relaciones con sus empleados (por ejemplo, personal estatutario de las instituciones sanitarias), teniendo en cuenta en todo caso que en general estas previsiones aún no han sido objeto del correspondiente desarrollo para que puedan entenderse en vigor.

El EBEP parece establecer sus previsiones en relación especialmente con los conflictos colectivos derivados de los desacuerdos en los procedimientos negociales y de los problemas de interpretación y aplicación de los Pactos y Acuerdos.

Ese sería, pues, el ámbito objetivo sobre el que legalmente se proyecta la posibilidad de solución extrajudicial de los conflictos en el ámbito del empleo público.

Este ámbito no podría desbordarse en atención, entre otras razones, a la vinculación al principio de legalidad en la actuación de los poderes públicos, conviene pues analizar los conflictos que podrían quedar dentro de este marco.

Así podemos enumerar los siguientes conflictos:

1º) La solución de los desacuerdos en los procesos de negociación colectiva

Lógicamente los procesos negociales en el ámbito de la función pública, al igual que en el ámbito privado, pueden acabar sin acuerdo.

A diferencia de ese ámbito privado en el que ninguna parte puede imponer a la otra la regulación de las condiciones, más allá de lo que esté previsto en las normas legales y en su desarrollo reglamentario, en el ámbito de la función pública la Administración recupera, ante el desacuerdo, sus prerrogativas como tal y su superioridad sobre los particulares; en concreto, recupera su capacidad para regular unilateralmente las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos salvo, claro es, que hubiese alguna disposición en el Pacto o Acuerdo anterior al respecto que, por ejemplo, prorrogue la vigencia del mismo hasta que se alcance un nuevo acuerdo, en cuyo caso a ella habría que estar.

En estas situaciones, la recuperación unilateral de la capacidad de regulación administrativa no es congruente con las disposiciones de los artículos 7 y 8 del Convenio 151 de la OIT y las de los artículos 5 y 6 del Convenio 154 de la OIT, bien que este último, en su artículo 1.3, prevé que se puedan establecer a nivel nacional peculiaridades en el ámbito de las Administraciones Públicas.

Era preciso que se estableciese alguna salvedad que limitase la actuación unilateral; eso es lo que precisamente hace el EBEP que prevé en su artículo 45 la creación convencional de sistemas de solución extrajudicial de los conflictos derivados de la negociación, aplicación e interpretación de los Pactos y Acuerdos en relación con todas las materias objeto de negociación salvo, lógicamente, las que cuenten con reserva legal, aunque, en la medida que sí que es negociable el proyecto de ley que en relación con ellas pueda remitirse parece que, salvo en aquellas materias que están expresamente excluidas de la posibilidad de negociación, nada impide la solución extrajudicial en aspectos que luego deban regularse legalmente, solución que versará exclusivamente, eso sí, sobre la propuesta legislativa que en su caso deba realizarse.

Cabe entender, pues, que todos los conflictos derivados de la ruptura de las negociaciones de Pactos y Acuerdos son objeto de los sistemas de solución extrajudicial en el ámbito del empleo público.

2º) La interpretación de los Pactos y Acuerdos.

La interpretación de los Pactos y Acuerdos puede efectuarse de muchas formas, desde una reclamación individual, que conducirá a que, para un supuesto concreto, se interprete de un determinado modo el texto convenido, hasta la propia utilización de los sistemas de solución extrajudicial a los que se acaba de hacer mención.

El EBEP afecta a dos posibilidades de interpretación: la interpretación interna mediante las comisiones paritarias de seguimiento y la solución extrajudicial.

En cuanto a la solución extrajudicial, baste señalar que normativamente se contempla que los procedimientos de solución extrajudicial, concretamente de mediación y arbitraje (EBEP art. 45), puedan solucionar, no sólo los conflictos de negociación a los que ya se hizo referencia, sino también los de aplicación e interpretación de los Pactos y Acuerdos, equiparando las soluciones a la eficacia de éstos siempre que se hubiesen respetado las respectivas reglas de legitimación, por lo que en realidad en estos procedimientos, como regla general y en atención a que debe buscarse esa solución general, tendrán que estar presentes, o al menos ser llamados, todos los sujetos con legitimación negocial en el ámbito del conflicto.

El precepto determina también las posibilidades de impugnación contra las soluciones que se produzcan en estos procedimientos extrajudiciales, incluso permitiendo un control relativo de fondo sobre la solución obtenida en sede extrajudicial, pues entre los motivos de impugnación se incluye la ilegalidad de la misma.

Se puede apreciar que el ámbito normal de actuación de estos procedimientos de solución extrajudicial es la conflictividad que gira en torno a la negociación colectiva (inexistencia de acuerdo, problemas de aplicación, problemas de interpretación). En general se aprecia, también, que se está pensando esencialmente en la conflictividad colectiva.

3º) La exclusión de los conflictos individuales.

Como se acaba de decir, toda la regulación del EBEP está pensada para los conflictos colectivos.

Las cuestiones individuales están sujetas a trámites administrativos específicos (reclamación previa para el personal laboral, recursos administrativos para el personal funcionarial). En la medida que nada se dice acerca de la posible sustitución de esos trámites administrativos, parece claro que no se contempla la solución de estos conflictos individuales, lo que parece acertado, al menos en un primer momento, por el número y diversidad de los mismos que podría hacer inviable su gestión por un organismo de solución extrajudicial.

En la medida que los trámites o recursos administrativos específicos no se sustituyan – lo que el EBEP posiblemente podía haber hecho, pero no lo ha hecho (recuérdese que la vigente regulación del procedimiento administrativo permite la sustitución de algún recurso por el acogimiento a órganos incluso arbitrales) -, no parece lógico que se añada a los mismos un intento de solución extrajudicial.

Puede decirse, pues, que conforme al EBEP y por el momento los conflictos individuales están fuera de las previsiones legales acerca de la solución extrajudicial de los conflictos de los empleados públicos.

4º) El papel reservado a las comisiones paritarias o de seguimiento en relación con los conflictos sujetos a solución extrajudicial.

Que se prevea la solución extrajudicial de los conflictos de interpretación y aplicación, no quiere decir que se prive de esta función a las comisiones paritarias o de seguimiento o que se disminuya o minusvalore su importancia.

Al contrario, el artículo 38.5 del EBEP prevé la posibilidad de que las partes firmantes de los Pactos y Acuerdos establezcan comisiones de seguimiento de los mismos.

La composición de estas comisiones y sus funciones quedan indeterminadas en la norma, que simplemente alude a ellas, señalando que serán paritarias y que su composición y funciones serán las que decidan las partes negociadoras.

En cualquier caso parece claro que resulta aplicable la doctrina establecida en materia laboral acerca de la diferenciación entre comisiones de seguimiento y comisiones negociadoras, entendiéndose que en las primeras sólo tienen derecho a estar presentes los sindicatos que han negociado y firmado el Acuerdo o el Pacto, conclusión que, por supuesto, es la que habría que tener en cuenta en materia de comisiones paritarias en el ámbito laboral.

Debe destacarse, pues, que no todos los sindicatos legitimados para estar en la Mesa estarán, en su caso, en estas comisiones, sino solamente los firmantes del Acuerdo.

Teniendo en cuenta cuanto se acaba de exponer, corresponde a las partes fijar la concreta composición de la comisión y el reparto de puestos en la misma, que deberá responder a criterios de proporcionalidad o razonables, pues incluso en relación con cualquier tipo de comisiones se ha establecido, con acierto, el criterio de que el respeto a la libertad sindical, al principio de no discriminación, y podría añadirse que la interdicción de la arbitrariedad, obligan a que su

composición responda a criterios de “*objetividad, adecuación, razonabilidad y proporcionalidad*”⁴⁸. Así pues, no sólo deberá respetarse el derecho a formar parte de todos los sindicatos firmantes del Pacto o Acuerdo, sino que la distribución de puestos entre los mismos deberá responder a esos criterios razonables y de proporcionalidad mencionados.

En cuanto a las funciones, pueden ser muy variadas: estudio de temas, preparación de futuras negociaciones, recomendaciones, etc. pero, además, pueden realizar actuaciones interpretativas y en orden a la eficacia de lo pactado, tal como ocurre con las comisiones paritarias de los convenios, pues no parece difícil incardinar dichas funciones en el seguimiento de lo pactado y está expresamente prevista en el art. 45 del EBEP.

La duda no está, pues, en cuanto a los límites de sus funciones, sino en la determinación de la eficacia que pueda atribuirse a esas actuaciones relativas a la interpretación y aplicación de lo pactado.

Sin duda al respecto hay que remitirse, en primer lugar, a lo negociado, admitiendo que, si así se ha acordado, esas actuaciones interpretativas o de seguimiento pasen a formar parte del Pacto o Acuerdo o gocen de la misma eficacia que éste.

Claro es, ello en materia de Pactos no plantea especiales problemas, pero en materia de Acuerdos suscita la duda de si el órgano de gobierno tiene también reservada la facultad de aprobación del acuerdo de la comisión de seguimiento.

A este respecto nuevamente hay que remitirse a lo pactado y no parece imposible admitir que, si así se acordó y fue ratificado por el correspondiente órgano de gobierno al aprobar el Acuerdo, pueda prescindirse del acto de ratificación siempre, claro es, que la actuación de la comisión de seguimiento se atenga a sus funciones (interpretativas y de seguimiento) y no altere los términos del Acuerdo.

Por lo demás, nada impide que las partes atribuyan en sus Acuerdos o Pactos otras funciones a estas comisiones, lo que es perfectamente negociable⁴⁹.

Al margen de este papel reservado a las Comisiones de seguimiento y volviendo a la solución extrajudicial, el EBEP alude a procedimientos de mediación, obligatoria a petición de una de las partes, y de arbitraje voluntario, atribuyéndose a los acuerdos en mediación y a los laudos arbitrales la eficacia propia de los Pactos y Acuerdos, sujeta, claro está, a los requisitos de legitimación correspondientes y permitiéndose su impugnación, determinándose expresamente que cabrá recurso contra el laudo cuando no observe los requisitos y formalidades de procedimiento establecidos – aunque deberá cometerse una infracción grave de ellos –, o cuando la resolución verse sobre puntos no sometidos a arbitraje o contradiga la legalidad vigente.

Puede verse que esta regulación es, como por otra parte cabía esperar, relativamente similar a la que en el ámbito laboral se contempla en el artículo 91 ET y que permite un recurso relativamente amplio contra el posible laudo.

La previsión se completa, con pleno acierto, con la afirmación de que la recuperación de la capacidad de regulación unilateral por la Administración se producirá solamente tras el agotamiento, en su

⁴⁸ STSJ Burgos 24-5-04, Rec. 10/04, RJCA 436.

⁴⁹ Resolviendo supuestos concretos, se admite judicialmente que ningún vicio hay al respecto de la atribución de funciones a estas comisiones si sus decisiones no son vinculantes sin posibilidad de recurso para la entidad y los funcionarios (STSJ Comunidad Valenciana 9-11-05, Rec. 1208/02, JUR 26007), incluso aunque comprendan facultades lógicas de interpretación y aplicación del acuerdo e incluso labores conciliadoras y arbitrales (laudos), siempre que se reconozca la posibilidad de acudir a la jurisdicción competente, lo que hace que no puedan considerarse absolutamente vinculantes los mismos (STSJ Castilla-La Mancha 28-2-05, Rec. 398/01, RJCA 222).



caso, de los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos y a salvo de lo dispuesto en materia de prórroga de los Pactos y Acuerdos, en los términos ya analizados.

Hasta aquí un repaso a algunas de las cuestiones esenciales en torno a la negociación colectiva en el empleo público, cuyo reconocimiento constituyó, en mi opinión, una opción acertada con la que se debería ser más consecuente, incluso en los momentos de crisis y recortes.

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL EMPLEO PÚBLICO

Carlos L. Alfonso Mellado

Catedrático de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universitat de València

Principios generales

- Dos sistemas de negociación
 - Funcionarios y negociación conjunta laborales-funcionarios, regulado en el EBEP (ley 7/2007)
 - Laborales exclusivamente, regulado en el ET (lo confirma 149 LFPV)
- Principios de la negociación funcional (en realidad aplicables casi siempre)
 - Legalidad, cobertura presupuestaria, obligatoriedad, buena fe, publicidad y transparencia
- Además tener en cuenta en la negociación funcional
 - Determinación legal de ámbitos, Mesas Permanentes, Sindicalización de la legitimación, etc.
- En la CV, tener en cuenta Ley 10/2010 de ordenación y gestión de la función pública valenciana (LFPV)
 - Regula específicamente las Mesas de Negociación I (conjunta) y II (funcionarios de GV) y posibles sectoriales dependientes de la II. Art. 153

Obligatoriedad de la Negociación colectiva funcionarial

- Deriva de obligación de negociar. No de lo pactado. Tener en cuenta 37 EBEP
 - Nulidad de las disposiciones aprobadas sin sujetarse a la obligación de negociar.
 - Además la negociación ha de ser real y en la Mesa y con la antelación necesaria ¿Se ajusta a ello la doctrina sobre incremento salarial?
 - La falta de negociación es un defecto insubsanable
 - Problemas sin solución:
 - ¿Si se remite proyecto de ley incumpliendo la obligación de negociar?
 - ¿Si se remite un proyecto modificado sobre lo acordado?

Negociación conjunta para todos los empleados públicos

- Posibilidad expresamente admitida en el EBEP
 - La LFPV regula mesas conjuntas en el art. 153:
 - Mesa I condiciones comunes a todos el personal de la GV (incluido docente, sanitaria y de justicia)
- Mesas compuestas en atención a la representatividad en los dos ámbitos: laborales y funcionarios.
- Se rige por las reglas de la negociación funcional y la competencia para los litigios que surjan sobre esta negociación corresponde al orden c-administrativo.
- Posibilidad de negociar todas las materias que puedan ser de aplicación conjunta. Pueden ser muchas, pero requiere acuerdo en la Mesa sobre temas a negociar.

Eficacia de la negociación colectiva

- Debe tenerse en cuenta que en el EBEP se pueden diferenciar dos tipos:
 - Negociación Prelegislativa: Se aprueba el compromiso de remitir un proyecto de ley. Lo acordado no vincula más allá
 - Negociación en sentido estricto: Acuerdos que no requieren proyecto de ley y Pactos
- Los pactos vinculan y tienen eficacia general sin necesidad de ratificación basta el acuerdo en la Mesa.
- Los Acuerdos han de ser objeto de ratificación por el órgano de Gobierno, hasta que esa ratificación se produzca no vinculan. Una vez ratificados son vinculantes y despliegan eficacia general
- Posibilidad excepcional de suspender o modificar la vigencia de lo negociado por causa grave sobrevenida derivada de una alteración de las circunstancias económicas.

Contenido de la negociación colectiva

- 37 EBEP: Lista de materias negociable (coincide con 154 LFPV)
 - Pero tiene aspectos que pueden implicar restricciones.
 - También otros que suponen ampliación o posibilidad de interpretaciones más amplias y favorables a la negociación
 - Más materias excluidas de negociación como, por ejemplo:
 - Personal directivo
 - Poderes de dirección y control propios de la relación jerárquica ¿Qué son?
 - Regulación y determinación “concreta” de ciertas materias. Se combina con reiteradas menciones en numerosas materias a que se negocian los “criterios generales”. Como se interpretará ¿Lo colectivo?
 - En todo caso el grado de imperatividad de las normas fija las posibilidades reales de negociación (RDL 20/2012)

Duración y prórroga

- 38 EBEP: Corresponde a las partes fijar la duración de los Pactos y Acuerdos. Libertad al respecto
- También ellas deben decidir lo que ocurre a su finalización.
 - Si no han pactado nada y no se denuncian, se prorrogan de año en año.
 - Si se han denunciado no parece que se prorroguen salvo que así se pacte.
- El nuevo Pacto o Acuerdo puede disponer plenamente de los derechos del anterior
- En todo caso si duran más de un año están sujetos siempre a la legislación presupuestaria
- Además existe, como se dijo, posibilidad excepcional de suspender o modificar su contenido

Negociación colectiva personal laboral

- Regulación en el ET, 82 y siguientes ET
- Tener en cuenta:
 - Libertad de ámbitos
 - No sindicalización de la negociación: los comités de empresa y delegados también pueden negociar
 - El contenido es algo más libre pues hay menos imperatividad
- Algunos de los límites de la negociación funcional también son aplicables:
 - Legalidad presupuestaria
 - Selección de personal, etc.
- Procedimiento de modificación o suspensión de los convenios similar al de los funcionarios. Regulación 32.2 EBEP (Redacción RDL 20/2012).
 - Plantea dudas de constitucionalidad

Solución extrajudicial de los conflictos

- 45 EB pero está pendiente de desarrollo (igual que el 155 LFPV que prevé sistemas a los que puedan adherirse otras administraciones).
 - Solución extrajudicial en relación con los conflictos relacionados con los Pactos y Acuerdos.
 - Son de dos tipos: bloqueo de negociación y cuestiones relativas a la interpretación.
 - Sistemas de solución extrajudicial de creación convencional (por Acuerdo)
 - Mediación obligatoria a petición de una parte
 - Arbitraje voluntario (Habilitación a la Ad. Para someterse a él)
- La Administración solo puede regular tras agotar estos procedimientos
- Hay previsión de Comisiones de Seguimiento de Pactos y Acuerdos que pueden asumir funciones de interpretación

Impugnación judicial

- Impugnación de Pactos y Acuerdos de funcionarios y conjuntos: orden jurisdiccional contencioso-administrativo (art. 3. e) Ley reguladora jurisdicción social (LJS)
- Impugnación de convenios colectivos: orden social 161 y siguientes (LJS).
- En orden contencioso-administrativo cabe impugnación directa por cuestiones de procedimiento o de fondo (sobre todo ilegalidad). Pretensión que se anule el Pacto o Acuerdo en todo o en parte.
- Cabe también impugnación indirecta por un particular para que no se aplique a su situación concreta. No se ve impedida por la falta o desestimación de la impugnación directa,