



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.



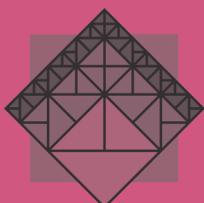
Sense obres derivades. No podeu alterar, transformar o generar una obra derivada d'aquesta obra.

- Quan reutilitzeu o distribuïu l'obra, heu de deixar ben clar els termes de la llicència de l'obra
- Algunes 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

1a sessió
30/10/15

2a sessió
25/11/15

3a sessió
16/12/15

Introducci6

Un any més la Federació de Municipis de Catalunya organitza una nova edició del Seminari de Relacions Col·lectives que compta amb una dilatada trajectòria.

Enguany, el Seminari, manté l'estructura habitual de tres sessions durant les quals tractarà temes diversificats i d'actualitat, amb ponents d'enorme experiència i vàlua professional i acadèmica, i amb un contingut també molt actual i 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 professor Carlos Luis Alfonso Mellado, catedràtic de Dret del Treball i de la Seguretat Social de la Universitat de València que tractarà dels temes d'actualitat en matèria de negociació col·lectiva i d'altres, com ara les novetats que introdueix el Reial Decret-Llei 10/2015, d'11 de setembre.

Tot seguit introduirà la taula rodona sobre l'Acord comú de condicions per als empleats públics dels ens locals de Catalunya, especialment per als petits municipis, i que ha estat promogut per les entitats municipalistes i les organitzacions sindicals, per tal d'oferir un marc adequat als ens locals de menys població.

En la sessió del mes de novembre, el director de RRHH del Consorci Provincial de Bombers de València i professor de la Universitat de València, el senyor Javier Cuenca Cervera, abordarà la Llei 19/2014, de 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern, fent un repàs exhaustiu de tots aquells elements als que afecta aquesta llei

en matèria de personal. En la mateixa sessió, el professor de Dret Administratiu de la Universitat de Barcelona, Joan Mauri i Majós, analitzarà les diverses alternatives extrajudicials que poden afavorir la resolució conflictes laborals.

En la darrera sessió, Susana Rodríguez Escanciano, professora titular de dret del treball i de la seguretat social de la Universitat de León, ens parlarà sobre la remunicipalització dels serveis públics en totes aquelles qüestions que afecten a l'ocupació pública, i relatives a personal i a l'àmbit laboral.

Finalment, de la mà del catedràtic de Dret Administratiu de la Universitat de Granada, Federico Castillo Blanco, farem un repàs als aspectes més significatius i controvertits de la Llei de racionalització i sostenibilitat de l'Administració local i els seus efectes en matèria de personal.

Confiem doncs que el programa que us presentem sigui del vostre interès i us animem a participar en aquesta 17a edició del Seminari de Relacions Col·lectives, un espai de debat i de reflexió, que pretén també contribuir a assolir una millor gestió dels serveis públics, vetllant pels interessos dels empleats de les nostres entitats locals.

Ponéncias

1^a sessió 30/10/15

Qüestions actuals en matèria de negociació col·lectiva. Les novetats que introdueix el Reial Decret-Llei 10/2015, d'11 de setembre.

Carlos Luis Alfonso Mellado, catedràtic de Dret del Treball i de la Seguretat Social de la Universitat de València.

**CUESTIONES ACTUALES
EN MATERIA DE
NEGOCIACIÓN COLECTIVA.
LAS NOVEDADES QUE
INTRODUCE EL REAL DECRETO
LEY 10/2015 DE 11 DE SEPTIEMBRE**

Carlos L. Alfonso Mellado
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat de València
Barcelona - 2015

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 las limitaciones a su contenido en virtud de las normas legales de respuesta a la crisis y las relativas a la inaplicación, suspensión o modificaciones de las condiciones negociadas.

En esa larga lista de normas que han impactado directa o indirectamente en la negociación colectiva en el empleo público la última ha sido, como veremos, el Real Decreto Ley 10/2015, de 11 de septiembre, que en parte ha mantenido la dirección normativa de los últimos años, limitativa de la negociación colectiva, pero en otra parte ha vuelto a abrir algún cauce a la misma.

En esta aproximación pretendo pasar revista a algunas de las cuestiones más esenciales en la materia.

1. Los distintos tipos de negociación colectiva en el empleo público.

En el empleo público coexisten cuatro sistemas de negociación colectiva:

1º) Uno es el que se aplica al personal funcionario que viene regulado en el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), esencialmente en los artículos 31 y 33 a 38 EBEP.

2º) El segundo, al que en buena medida se aplican las reglas del anterior, es la negociación conjunta para personal funcionario y laboral que se ha potenciado notablemente después de su reconocimiento legal, en realidad algo anterior al EBEP pero consolidado en el mismo, en concreto en el artículo 36.3 EBEP.

3º) El tercer tipo 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, esencialmente en cuanto a la posibilidad de suspensión o inaplicación de los convenios. A esta negociación le resultan de aplicación, esencialmente, los artículos 31 y 32 EBEP y los artículos 82 a 91 ET.

4º) El cuarto tipo es el sistema de negociación colectiva laboral en sentido estricto, con sujeción 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 y que se rigen en sus relaciones por normas de derecho privado y, en cuanto a su personal, mediante fórmulas de contratación laboral. Les serían de aplicación las normas citadas en el caso anterior, aunque esencialmente las del ET.

En realidad cada uno de estos sistemas cuenta con sus propias reglas y situaciones, pero en sentido amplio los podemos reducir a dos: el sistema de negociación colectiva funcionarial, que en general se aplica también a la negociación colectiva conjunta para todos los empleados públicos, cuya regulación está en el EBEP; y el sistema de negociación colectiva laboral que se utiliza cuando el instrumento negociado va a afectar solamente a empleados públicos sujetos a relación laboral, regulado pues, sobre todo, en el ET.

Es bueno retener esta diferenciación porque, como se ha dicho, las reglas no son siempre las mismas e incluso en ocasiones son abiertamente divergentes, aunque a la hora de delimitar las posibilidades negociales, como veremos, los sistemas no son tan diferentes como parece.

En definitiva también en materia de negociación colectiva hay que tener en cuenta la diferencia entre Administraciones Públicas y Sector Público, concepto este último más amplio y que engloba a numerosas entidades que se rigen por reglas de derecho privado¹.

Ello no obstante, en alguna Administración se han aplicado reglas previstas para la negociación funcionarial a acuerdos suscritos con el personal laboral pero en situaciones en las que no resultaba aplicable el ET, por ejemplo con el personal que prestaba servicios en el exterior, cuya negociación se

¹ Esta diferencia se aprecia claramente en materia de negociación colectiva en STS (Social) 26-12-13, Rec. 291/11, que entenderá que el III convenio colectivo único del personal laboral al servicio de la AGE se aplica exclusivamente en el ámbito previsto en el mismo y, por tanto, no a las sociedades mercantiles públicas, que no forman parte de la AGE ni de sus organismos autónomos, ámbito de aplicación del convenio, que no comprende, pues, todo el sector público.

Normalmente todas las sentencias que se citen, salvo que otra cosa se indique como ocurre en este caso, corresponden en general al orden contencioso-administrativo.



había producido en forma analógica a la funcional y plasmada finalmente en un Acuerdo del Consejo de Ministros².

Salvo casos muy especiales como este, cada tipo de personal, funcional y laboral, negocia con sus propias reglas³.

De estos sistemas el más específico es el que rige para los funcionarios y a él me dedicaré especialmente en cuanto sigue aunque sin olvidar establecer conclusiones sobre las cuestiones más interesantes y actuales a tener en cuenta en la negociación colectiva laboral en el ámbito de las Administraciones Públicas.

2. Los elementos esenciales para que la negociación colectiva pueda desarrollarse.

Un elemento de reflexión que debe introducirse, es la determinación de cuáles son los elementos necesarios para que la negociación colectiva pueda desplegar sus efectos naturales y establecer si los mismos, realmente, se dan en la negociación en el sector público.

En este sentido lo primero que debe hacerse, si se quiere que la negociación colectiva sea real, es reconocer el derecho de negociación colectiva y este ciertamente está reconocido, tanto en el EBEP para los funcionarios y en general para todos los empleados públicos (art. 32 EBEP), como en el ET para el personal laboral.

Incluso, aunque pueda entenderse superado el debate sobre si el derecho encuentra fundamento constitucional en todos los casos o no, es bueno tener en cuenta que el reconocimiento del derecho de libertad sindical

² STS 24-6-13, Rec. 434/12, aceptará la suspensión de partes de dicho Acuerdo en atención al artículo 38.10 EBEP, razonando, precisamente, que fue una negociación no sujeta a la legislación laboral. Normalmente todas las sentencias que se citen, salvo que otra cosa se indique, corresponden en general al orden contencioso-administrativo.

³ Así, por ejemplo, se considerará no aplicable al personal laboral la obligación de negociación sobre las materias listadas en el artículo 37 EBEP cuando afecten exclusivamente a personal laboral. Al respecto STS 6-5-13, Rec.1547/12 y la misma conclusión en el orden social en STS (Social) 14-9-15, Rec. 368/14. O, por citar otro caso, se insistirá en la diferencia de vías impugnatorias: ante el orden jurisdiccional social para los convenios colectivos que afecten exclusivamente al personal laboral, ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo en los restantes casos, como recuerda STS 26-2-13, Rec. 1333/11.



que alcanza a los funcionarios, en todo caso con matices y alguna exclusión en relación con clases de funcionarios muy concretas (art. 28 CE y art. 1 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical), implica necesariamente el derecho de que los empleados públicos puedan participar en la negociación de sus condiciones de trabajo y concluir acuerdos al respecto, incluso aunque no se reconociese expresamente el derecho de negociación en la legislación interna (STEDH 12-11-2008, caso Demir y Baikara contra Turquía, en sentencia precisamente sobre la anulación por parte del Estado de un acuerdo suscrito entre un sindicato y una entidad local).

Es más, conviene tener presente una declaración muy contundente del art. 31.8 EBEP en cuanto a que el derecho de negociación colectiva reconocido a los empleados públicos se ajustará a los convenios y acuerdos internacionales ratificados por el Estado español.

Pues bien, en la sentencia citada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya se alude a la Carta Social Europea (Consejo de Europa), concretamente a su art. 6.2, y a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (UE), art. 28, pero sobre todo a los Convenios de la OIT 98 y 151.

El Convenio 151 OIT me parece que es el esencial pues va dirigido precisamente a los empleados públicos y en su art. 7 establece la necesidad de fomentar procesos de negociación reales (se alude al pleno desarrollo y utilización de los mismos) para que los empleados públicos participen en la determinación de sus condiciones; además en el art. 8 se señala que los desacuerdos deben solventarse *“mediante procedimientos independientes e imparciales, tales como la mediación, la conciliación y el arbitraje, establecidos de modo que inspiren la confianza de los interesados”*.

No deben existir, pues, dudas en la actualidad sobre el reconocimiento legal del derecho de negociación colectiva.

En segundo lugar hace falta, lógicamente, que la negociación cuenta con cauces, partes legitimadas y con un reconocimiento de la obligación de negociar y todo ello, como se verá, existe, pues tanto la legislación laboral como la funcionarial (ET y EBEP) determinan los cauces – mesas de



negociación -, las partes legitimadas para la negociación y, aunque en forma diferente, establecen la obligación de negociar. Sobre alguna de estas cuestiones volveré posteriormente.

Pero, establecido todo ello, la negociación debe encontrar un campo de actuación propio y aquí es donde surgen problemas serios en el ámbito del empleo público.

En efecto, es evidente la prevalencia de la ley sobre los convenios, pactos y acuerdos, existiendo numerosas sentencias sobre dicha prevalencia en relación con los convenios laborales con los que podría existir más dudas⁴.

Ese sometimiento de los convenios, pactos y acuerdos a la ley está establecido en el art. 33 EBEP en relación con la negociación funcional (sometimiento a los principios de legalidad y cobertura presupuestaria), pero también en la negociación colectiva laboral en el art. 85.1 ET que señala que el contenido de los convenios se debe producir “*dentro del respeto a las leyes*”.

El respeto a las leyes es, pues, indiscutible, pero estas deben dejar margen a la negociación colectiva; si las leyes agotan la regulación de los temas y lo hacen además en forma absolutamente imperativa la negociación no podrá funcionar o se limitará a temas anecdóticos.

Para que la negociación laboral haya podido funcionar, una vez reconocida, ha hecho falta un complemento esencial, la autolimitación de la propia ley que, en el ámbito laboral, en general se configura como normas de mínimos mejorables pues a través de la negociación y ese es el sentido que tiene el artículo 3.3 ET.

⁴ STS (Social) 27-3-14, Rec. 73/13. En el mismo sentido, por ejemplo, STS 18-1-10, Rec. 4228/06 y STSJ Cataluña 30-6-15, Rec. 452/13..

Son numerosas las sentencias al respecto, confirmando la constitucionalidad de las leyes que restringen derechos de los empleados públicos (legislación regresiva de ajuste), entendiendo perfectamente lícitos que dejen sin efecto derechos derivados de normas pactadas (convenios, pactos y acuerdos). Solo a título de ejemplo pueden citarse, además de las indicadas, STS (Social) 14-9-15, Rec. 368/14; 12-12-14, Rec. 40/2014; 6-2-14, Rec. 261/11; 17-10-13, Rec. 142/11, etc. STS 30-10-14, Rec. 41/14, etc.

Además sobre la cuestión existen numerosas resoluciones del Tribunal Constitucional, por ejemplo Autos 85/2011, 101/2011, 162/2012, 206/2012 y, en general sobre el sometimiento del convenio a la ley, SSTC 177/1988, de 10 de octubre; 171/1989, de 19 de octubre; 92/1994, de 21 de marzo; 62/2001, de 1 de marzo, etc.



Seminari **sobre relacions col·lectives**

Es ese carácter mínimo de las normas el que ha permitido que la negociación funcione, pero a él se ha unido también una contención legislativa que ha renunciado a regular todos los temas e incluso de forma creciente abriendo más juego a lo que se puede negociar: sistema de clasificación profesional, estructura retributiva, jornada y salarios – partiendo de los mínimos -, horas extraordinarias, retribución por nocturnidad, etc.

A ello se ha unido el descubrimiento de técnicas legislativas modernas como la dispositividad, en la que la regulación legal existe pero cede frente a lo que las partes puedan negociar, en casos incluso individualmente; por ejemplo esas técnicas se utilizan mucho en la regulación del tiempo de trabajo (distribución irregular de la jornada o número de horas de jornada diaria, art. 34.2 y 3 ET), pero también en materia salarial (por ejemplo determinación del carácter consolidable o no de los complementos salariales, art. 26.3 ET).

Todo ello es lo que ha permitido que la negociación colectiva funcione en el ámbito laboral. Sin esto, el reconocimiento del derecho y los cauces que se establezcan quedan vacíos de contenido real.

Es cierto que en el empleo público muy posiblemente los márgenes no pueden ser tan amplios, pero hay que ser conscientes de que el reconocimiento del derecho de negociación colectiva implica que las normas que regulen las condiciones de trabajo de los empleados públicos no necesariamente han de ser siempre normas absolutamente imperativas; pueden existir también normas de mínimos y dispositivas o remisiones directas al desarrollo reglamentario que, en consecuencia, permiten la negociación en relación con esas cuestiones.

El núcleo de imperatividad debe quedar reducido a lo que se considere esencial para el funcionamiento correcto de la propia Administración Pública, pero no para las demás 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 podía 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 (o aparecían) claramente en varios aspectos, por ejemplo, al determinar la retribución de los funcionarios en prácticas (art. 26), al establecer las vacaciones (artículo 50 en su versión original).

En otros 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.

Algo parecido ocurre en materia de vacaciones, pues si la redacción original del art. 50 EBEP aludía al derecho a unas vacaciones mínimas de 22 días naturales (se fijaba el derecho a esos días “como mínimo”), el art. 8.2 del RDL 20/2012 eliminaba esa referencia y fijaba imperativamente el disfrute de 22 días hábiles, impidiendo así la negociación al respecto.

A su vez, el art. 8.tres de la citada norma suspendió y dejó 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 en diversos aspectos, ya que no se aprecia su impacto sobre la situación económica de las Administraciones Públicas, pese a lo que los órganos judiciales la han asumido.

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 materia retributiva, como se sabe, el RDL 20/2012, en su artículo 2 suprimía la paga extraordinaria de Navidad de 2012 o una cantidad equivalente en el salario de 2012 a todos los empleados públicos, pues la medida iba destinada a todo el sector público.

Por su parte, el artículo 9 limitaba los posibles complementos por incapacidad laboral transitoria que podían abonar las Administraciones Públicas, permitiendo completar esas prestaciones pero dentro de los límites establecidos y suspendiendo todos los convenios, pactos y acuerdos que no se ajustasen a esas limitaciones. No se impedía, pues, una actuación de futuro que podía conducir a nuevas negociaciones, pero la misma quedaba limitada en los términos fijados en la norma.

En general la suspensión de todos los Acuerdos, Pactos y Convenios contrarios al citado RDL se estableció en el art. 16 del mismo.



En materia de jornada, la DA 71^a 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 regla⁵. 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.

Todo ese conjunto de normas iba dirigido en algunos casos a todos los empleados públicos, pero en otros podía dudarse de su aplicación exclusiva a los funcionarios, aunque en general los órganos judiciales han extendido las medidas a todos los empleados públicos⁶.

Además, las normas presupuestarias, como se sabe, vienen fijando los incrementos presupuestarios en forma imperativa, prácticamente eliminando cualquier margen de negociación al respecto y últimamente también el posible crecimiento de las plantillas sujetas en general a las denominadas tasas de reposición. Esa determinación legal imperativa impide, pues, la negociación sobre estas cuestiones.

La aplicación de estas normas a la Administración Local es manifiesta, pues las normas se declaran aplicables, en general, a las Administraciones

⁵ 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 y fijando la jornada en cómputo anual en 1664 horas para todo el sector público.

⁶ En materia de jornada así puede verse, por ejemplo, en cuanto a vacaciones, permisos, etc. en STS (Social) 14-9-15, Rec.368/14.



Públicas sin distinción y en otros casos comprenden a las entidades locales por sus propias disposiciones reguladoras, como ocurre, por citar un ejemplo, en materia de jornada al remitirse el artículo 94 de la Ley 7/1985, de 2 de abril (LBRL), de Bases de Régimen Local, en materia de jornada de los funcionarios locales, en cuanto a cómputo anual, reducciones y equivalencia, a lo dispuesto en la normativa estatal, y lo mismo en cuanto a estructura retributiva con la única salvedad de la determinación de la cuantía de las retribuciones complementarias, sujeta en todo caso a lo que se disponga en las normas presupuestarias (art. 93 LBRL).

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 imperativas tal como ya se dijo.

Un ejemplo claro de esas limitaciones, entre los muchos que pueden encontrarse, es el Acuerdo suscrito para los empleados públicos de entes locales de Cataluña de menos de 20.000 habitantes, suscrito el 19 de diciembre de 2014 y publicado en DOGC de 9 de marzo de 2015.

En numerosos artículos de ese Acuerdo se ve como las partes tienen que remitirse a la legislación estatal o asumir la misma – que en general no deja margen al respecto ni permite otra solución-. Al respecto, por ejemplo, los arts. 11 (jornada), 21 (vacaciones), 22 (permisos), 23 (reducciones de jornada), 34 (excedencias), 41 (incremento retributivo), 59 (régimen disciplinario), etc.

Sobre la cuestión de los límites a la negociación incide, precisamente y de ahí la referencia a esa norma en este trabajo, el RDL 10/2015, de 11 de septiembre.

En dicho RDL se aprecian elementos que insisten en la limitación de la negociación colectiva, optando por adoptar directamente desde la norma legal la solución que procede aplicar, pero en otros se abren espacios a la negociación colectiva, al menos tácitamente.

En efecto, el artículo 1 del citado RDL 10/2015 dispone la recuperación de un 26,23% de la paga extraordinaria o cantidad equivalente suprimida en 2012.



La cuantía a recuperar queda así determinada sin posibilidad de negociar, pero sí se deja imprejuizado el momento de recuperación que se remite a que, si la situación presupuestaria lo permite la recuperación de esa parte de la paga se produzca en el ejercicio de 2015 y, si la situación no permite esa recuperación en ese ejercicio, se producirá en el primero en el que la situación presupuestaria lo haga posible.

Como el momento de recuperación debe establecerse por cada Administración, el mismo puede ser objeto de negociación colectiva, aunque, demostrando de nuevo la opción por regular legalmente, en el Estado el numero dos del citado art. 1 del RDL 10/2015 determina ya las reglas aplicables e incluso el momento de recuperación.

A su vez, el artículo 2 del RDL 10/2015 modifica el EBEP, pero de nuevo lo hace sin optar claramente por la ampliación de la negociación colectiva.

En efecto, en dicho artículo se modifica el artículo 48 del EBEP que regula los permisos de los funcionarios, pero se mantiene el carácter imperativo del precepto, manteniendo la supresión de la referencia a que esos permisos eran mínimos; lo que se hace es modificar la letra k) para ampliar el permiso por asuntos particulares a los 6 días tradicionales que habían sido reducidos.

El permiso de 6 días se recupera y sobre la cuestión no cabe negociación, más allá en todo caso de la existente sobre el período en el que los empleados públicos podrán disfrutar de los días recuperados.

Donde sí existe posibilidad de negociación en relación con este permiso es en la modificación que supone la introducción de una Disposición Adicional decimocuarta en el EBEP, permitiendo ampliar el permiso por asuntos propios hasta en dos días al cumplir el sexto trienio, incrementándose como máximo en un día adicional por cada trienio cumplido a partir del octavo. Así se establece en el apartado dos del art. 2 del RDL 10/2015.

En todo caso esto es algo que las Administraciones Públicas pueden acordar pero no están obligadas a ello. Cabe, pues, que la materia sea objeto de negociación colectiva que determine si el derecho se establece y los términos en los que se hace, en todo caso sin poder mejorar los límites que se



determinan legalmente que aparen así como cortapisas a lo que pudiera negociarse al respecto.

Algo similar ocurre con lo que el mismo artículo 2 del RDL 10/2015, pero en su apartado tres, hace en materia de vacaciones, permitiendo que cada Administración establezca hasta un máximo de cuatro días adicionales de vacaciones en función del tiempo de servicios prestados por los funcionarios públicos. La norma es, como ya se dijo, indirectamente aplicable a los laborales y permite volver al concepto anterior al RDL 20/2012, considerando los 22 días hábiles de vacaciones como un mínimo. Ahora lo vuelven a ser, pudiéndose negociar una mejora de los mismos que cada Administración llevará a efecto con sus empleados públicos. En todo caso se establece un máximo imperativo a esa negociación; no podrá ampliarse más allá de cuatro días hábiles, llegando hasta 26, y esa ampliación se producirá en función del tiempo de servicios, es decir, de algún modo condicionada a una cierta antigüedad en el servicio.

Ignorando que lo lógico es que esto se hubiese negociado y optando una vez más por despojar de su sentido a la negociación colectiva, en el ámbito de la AGE la Disposición Adicional segunda del RDL 10/2015 aplica ya la ampliación del permiso por asuntos propios – como no podía ser de otro modo – y en la Disposición Adicional tercera establece ya una escala de ampliación de las vacaciones (23 días hábiles con 15 años de servicio, 24 con 20, 25 con 25 y 26 días hábiles con 30 o más años de servicio).

Como se ve, pues, el RDL 10/2015 opera en direcciones contradictorias; por un lado sigue optando por ampliar el papel de la norma legal en detrimento de la negociación colectiva, pero en algún caso y sobre todo en relación con las Administraciones distintas de la AGE, abre algún cauce nuevo de negociación, recuperando lo que debe ser lógico en un Estado Social.

3. Algunas cuestiones sobre los principios generales en materia de negociación colectiva y legitimación negocial.



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.

De estos principios los de legalidad y cobertura presupuestaria están presentes en la mayor parte de los problemas planteados en tiempos recientes, remitiéndome a lo que ya se ha dicho y a lo que se dirá en materia de contenido negocial.

Pero a ellos se añaden unas grandes opciones que esencialmente serían las siguientes:

1ª) La negociación en Mesas de un cierto carácter estable – su composición se revisa cada dos años desde su constitución-. Incluso en realidad cada Administración debería tener un mínimo de tres mesas: funcional, laboral y conjunta. Esto, sin duda, es exagerado para entidades pequeñas.

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 funcionarios⁷. En todo caso se introducen ciertos elementos flexibilizadores.

El primero, ya conocido, es la admisión de las Mesas Sectoriales, incluso remitiendo a las normas de desarrollo y a la propia negociación colectiva su creación y la determinación de las que existan y sus competencias⁸.

⁷ 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.

⁸ 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.



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 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 cuanto a la negociación supramunicipal se ha utilizado sobre todo para dar cobertura, mediante la adhesión a los Acuerdos, a entidades locales pequeñas en las que la negociación, incluso en diversas mesas, podía ser demasiado compleja para la estructura de esas Administraciones. Un buen

En estos momentos la Disposición Adicional decimotercera del Estatuto establece legalmente la existencia de mesas sectoriales para el personal funcionario o estatutario, lógicamente por lo que se deriva de la regulación en el ámbito estatal correspondiendo a las CC.AA. crearlas en su caso en sus ámbitos, de los siguientes ámbitos: personal docente no universitario, personal de la Administración de Justicia y finalmente personal estatutario de los Servicios de Salud.

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 constituirían 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 Mesas Sectoriales lo pactado en la Mesa General, ratificando así que es ésta la que tiene la primacía negociadora.

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.



ejemplo es el Acuerdo suscrito en Cataluña para entidades menores de 20.000 habitantes al que ya se hizo referencia, que permite que las entidades que se sumen al mismo hayan cumplido, en realidad, con su obligación de negociación, amortizando así, salvo en lo que resulte necesario, las diversas mesas que tendrían que tener.

La legitimación negocial en ese ámbito supramunicipal se concede a las Asociaciones de Municipios - como ha ocurrido en Cataluña - y a las entidades locales supramunicipales, y la duda que cabe es si podrían suscribir vinculantes para sus asociados. Es posible que el respeto a la autonomía de cada Administración lleve a entender que esos Acuerdos solo podrían ser aplicables a las Entidades Locales que se adhieran, aunque esa adhesión puede ser previa a la negociación – incluso figurando posiblemente en los estatutos de la Asociación – o sucesiva, durante la negociación del Acuerdo o una vez conocido el mismo.

Por otro lado cabe la duda de si, para surtir plenos efectos, la adhesión debería ser objeto de negociación con los empleados públicos. Parecería que sí, pero no puede ignorarse que la legitimación de la parte sindical, la misma que en cualquier otra Mesa suscita la duda de si no sería suficiente para entender que si la Entidad Local aprueba su vinculación al Acuerdo supramunicipal, los empleados públicos quedan ya vinculados al mismo. Aunque pudiera ser así las dudas al respecto hacen aconsejable – y posiblemente obligan a ello – que el acto de adhesión sea negociado entre la Entidad Local y los representantes de su personal.

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 anterioridad⁹, o admitir Mesas no previstas expresamente en el EBEP pero que pueden crear voluntariamente las Administraciones, como las Universidades¹⁰.

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 legal¹¹, 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

⁹ Como se ha resuelto, por ejemplo, en relación con Mesas sectoriales, en STS 3-11-11, Rec. 5199/09, RJ 1839 (2012).

¹⁰ 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.

¹¹ SSTC 37/1983, 118/1983, 98/1985 y 95/1996, entre otras



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 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 elecciones¹².

Por otro lado es importante tener en cuenta que en las Mesas de negociación las organizaciones sindicales más representativas tienen derecho de presencia con independencia de la representatividad mayor o menor que ostenten en el ámbito concreto y sin que se les exija un mínimo del 10% de representatividad en el mismo¹³.

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 exigencia 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

¹² Tal como se establece en STS 19-4-07, Rec. 2498/03, RJ 5744

¹³ STS 26-11-14, Rec. 3514/13, en relación con Mesa de la Administración autonómica andaluza.



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).

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.

4. 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 y de lo que luego señalaré en el ámbito laboral, 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 negociación¹⁴ 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 LORAP¹⁵, 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 negociación¹⁶.

¹⁴ STS 8-4-15, Rec. 1813/14; 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.

¹⁵ STS 23-6-03, Rec. 3720/97, RJ 4444.

¹⁶ 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 colectiva¹⁷.

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 Mesa¹⁸, 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 real¹⁹. Tampoco se considera cumplido el trámite con una mera notificación o comunicación de la posición de la Administración²⁰ o cuando se pretende que la negociación se desarrolle sin suministrar con suficiente antelación las informaciones necesarias para que pueda negociarse con pleno conocimiento de causa²¹.

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 misma²².

En definitiva, la negociación en las Administraciones Públicas tiene un cierto carácter obligatorio para las mismas que no pueden obviar ni

¹⁷ 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.

¹⁸ STSJ Comunidad Valenciana 15-7-05, Rec. 986/03, JUR 206968.

¹⁹ STSJ Castilla-La Mancha 14-2-05, Rec. 109/01, JUR 91825.

²⁰ SAN 4-5-05, Rec. 1/05, JUR 266281.

²¹ STS 27-10-14, Rec. 3452/13.

²² 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.



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?

5. 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).

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 misma²³.

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.

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.

²³ 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.



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.



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.

6. 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.

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 desarrollaré 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 normativa²⁴.

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.

Esa misma recuperación se produce cuando existe una negativa a ratificar el Acuerdo, siquiera tácita y no se solicita la apertura de nuevas negociaciones sobre la cuestión y aún más si el compromiso no tenía otro contenido que el compromiso de elaborar un texto reglamentario²⁵.

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.

²⁴ STSJ Madrid 8-12-13, Rec. 405/13, JUR 14932 (2014).

²⁵ Es lo que se resuelve, por ejemplo en SSTs 8-7-15, Rec. 1452/14, TOL 5.391.389 y 30-3-15, Rec. 1718/14, TOL 4.831.662.



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”*.

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 o prenormativa (si en este último caso lo que se acordó es simplemente la posterior elaboración de una norma infralegal), en cuyo caso se elaborará la correspondiente norma reglamentaria o, en lo que plantea más problemas, el 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 respectivo²⁶.

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.

²⁶ No en atención al EBEP aunque razonando en atención al mismo, sino en atención a normas que establecen la misma obligación, la STS 22-6-15, Rec. 2536/14, TOL 5.205.758, ha insistido en la obligación de someter el Acuerdo a ratificación, permitiendo actuar contra la inactividad de la Administración al respecto.



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.

En este sentido aunque se ha reconocido una amplia capacidad de actuación de las Comunidades Autónomas al respecto, respetando numerosas medidas adoptadas en lo que se ha denominado legislación anticrisis, como ya se avanzó, tampoco se admite en general que en materias laborales o básicas, estas Administraciones lleguen más lejos de lo autorizado en la



correspondiente normal estatal, lo que es especialmente claro cuando está en juego legislación laboral²⁷.

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 RDL 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 posibilidad²⁸.

²⁷ Al respecto, por ejemplo, STS (Social) 27-3-14, Rec. 73/13, en relación con un decreto-ley autonómico que dejaba sin efecto convenios al amparo del RDL 20/2012, pero afectando a permisos distintos a los de asuntos particulares, vacaciones y días adicionales a los de libre disposición. En consecuencia al no existir legislación estatal habilitante, la Comunidad Autónoma no podía vulnerar los convenios en relación con otros permisos, ni siquiera al amparo de modificaciones en el EBEP previstas para el personal funcionario pero no para los laborales.

²⁸ 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)



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”*.

La prueba de que concurren las causas y de que la medida resulta necesaria para solucionar la situación planteada, corresponde lógicamente a la Administración que pretende suspender o inaplicar el Acuerdo o Pacto, por lo que lógicamente si no lo prueba, la medida debe anularse²⁹

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 anterioridad³⁰.

Finalmente como es claro esta posibilidad es la utilizable y exigible cuando se quieran dejar sin efecto Pactos y Acuerdos, pero no es necesario acudir a ella cuando se dejen sin efecto normas reglamentarias que no fueron objeto de negociación³¹. Claro es, si se quiere regular posteriormente esa misma materia habrá que tener en cuenta cuanto se dijo acerca de la obligación de negociar.

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.

²⁹ Con esa doctrina, por ejemplo, STS 20-10-14, Rec. 3415/13.

³⁰ Al respecto STSJ (Social) Aragón 21-7-14, Rec. 407/14, AS 2073.

³¹ Como señala STS 31-10-14, Rec. 3525/13 en relación con un reglamento municipal.



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.

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 las 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 nulidad ³². Si bien, como es claro, la obligación es someterse a una negociación, pero en ella nada impone, por otra parte, alcanzar acuerdos³³, 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 jurisprudenciales³⁴ 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,

³² 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.

³³ STS 9-2-99, Rec. 341/96, RJ 2068 y STS 1-3-99, Rec. 355/96, RJ 2736.

³⁴ STS 21-3-02 (2 sentencias), Rec. 739/96 y 1074/01, RJ 4319 y 4318, respectivamente.



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 camino posterior de ese texto acordado.

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).

7. El contenido de la negociación colectiva funcional

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. Como ya se dijo el precepto no es en sí mismo y en sentido estricto aplicable a la negociación colectiva laboral.

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, 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 correspondiente³⁵, o de la argumentación de que la materia retributiva se había regulado mediante la estricta aplicación de la legislación presupuestaria³⁶, aunque lógicamente la mera aplicación de una norma legal, como puede ser la que imponga la congelación de las retribuciones no es negociable como no lo es, en general, cualquier aplicación de una norma legal que no deje espacio a la negociación, por eso 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)³⁷ o a la estructura

³⁵ Por ejemplo STS 4-7-07, Rec. 612/00, RJ 6764.

³⁶ Entre otras, STS 4-6-08, Rec. 1941/04, RJ 6027

³⁷ 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).



retributiva general creando o suprimiendo conceptos retributivos³⁸, en tanto en cuanto no exista prohibición legal al respecto.

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 universitario³⁹.

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 aplicativo⁴⁰, 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 negociación⁴¹ 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.).

³⁸ STS 8-4-15, Rec. 1813/14.

³⁹ STS 27-1-09, Rec. 192/07, RJ 857.

⁴⁰ SAN 13-5-05, Rec. 53/03, JUR 238979.

⁴¹ STSJ Castilla-La Mancha 14-2-05, Rec. 109/01, JUR 91825.



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 Administración⁴².

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 puestos⁴³, o alterando la naturaleza de determinados puestos (por ejemplo reservados a funcionarios de carrera que pasan a ser susceptibles de ocupación por personal eventual)⁴⁴, o exigiendo nuevos requisitos para algunos puestos de trabajo⁴⁵, o creando nuevos puestos de trabajo que pueden ser susceptibles de promoción profesional para los

⁴² 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 27-1-14, 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.

⁴³ STS 2-7-08, Rec. 1573/04, RJ 6725.

⁴⁴ TS 20-10-08, Rec. 6078/04, RJ 7800.

⁴⁵ STS 18-7-10, Rec. 3157/08 en relación con la exigencia de permiso de conducir.



empleados públicos⁴⁶, o amortizando determinados puestos incluso aunque se encuentren vacantes⁴⁷.

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 negociación⁴⁸ 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 negociación⁴⁹.

Lo mismo se ha entendido de modificaciones muy puntuales de relaciones extensas que se justifican, además, por necesidades organizativas⁵⁰, 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 misma⁵¹.

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 mismos⁵².

⁴⁶ 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 -.

⁴⁷ 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

⁴⁸ STSJ Asturias 7-4-05, Rec. 1500/03, JUR 130218.

⁴⁹ STS 6-10-08, Rec. 2966/05, RJ 7467.

⁵⁰ STSJ Madrid 20-1-06, Rec. 2890/03, RJCA 626 y 20-12-04, Rec. 2477/02, RJCA 834/06.

⁵¹ STS 6-2-04, Rec. 7856/98, RJ 972.

⁵² STS 8-4-09, Rec. 10189/04, JUR 255930.



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.

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 trabajo⁵³.

Exactamente lo mismo se ha entendido en materia de reglamentos organizativos de entes públicos porque estos directamente no inciden en las condiciones de trabajo y sin perjuicio de que, lógicamente, si de ellos se derivase la pretensión de posteriores repercusiones en condiciones de trabajo las mismas sí deberían ser objeto de negociación⁵⁴.

c) Otros aspectos. Al respecto se puede citar la materia relativa a acción social y asistencial; en ella, 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 la determinación de la Mutua que dispensará esa protección⁵⁵.

También se ha considerado que no constituía materia retributiva, y por tanto no entraba en colisión con las limitaciones presupuestarias al respecto,

⁵³ 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).

⁵⁴ Son muy numerosas las sentencias recientes al respecto, solo a título de ejemplo STS 6-7-15, Rec. 1425/14.

⁵⁵ TS 23-6-03, Rec 3720/97, RJ 4444.



entendiendo 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 fallecimiento⁵⁶ o en general las materias de acción social para activos y jubilados⁵⁷, sin perjuicio, claro es, de que la propia norma presupuestaria establezca lo contrario y limite la negociación al respecto, directa o indirectamente, en cuyo caso a ello habría que estar.

También conviene tener en cuenta cuanto se dijo en materia de jornada, pues las reglas actuales han superado construcciones jurisprudenciales anteriores. En este sentido, actualmente no cabe negociar la jornada anual ni semanal que están fijadas normativamente, pero sí cabe negociar el calendario o la distribución de la misma. Tampoco cabe negociar permisos, salvo las condiciones de disfrute de los permisos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la ampliación de los días de asuntos propios en los términos que ya se dijo; en el mismo sentido cabe negociar la ampliación de las vacaciones en función de los años de servicio, si bien hasta un máximo de cuatro días hábiles más.

Son ejemplos que pueden perfilar lo que sería o no negociable en materia funcionarial y, como veremos, en buena parte también en la negociación laboral.

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, como se dijo, determinará las posibilidades reales de negociación, remitiéndome a lo que al respecto se expuso.

8. 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

⁵⁶ STS 25-6-07, Rec. 3910/02, RJ 5544.

⁵⁷ STS 20-12-13, Rec. 7064/10, RJ 8238.



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.

9. 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.
- 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.). Incluso, como se ha visto, ciertas normas en materia de jornada y otras son imperativas y aplicables a todo el sector público o, cuando menos, a todo el personal, incluido el laboral, al servicio de las Administraciones Públicas. Como ejemplo de lo anterior puede verse la nulidad de incrementos superiores a los presupuestariamente permitidos o el simple hecho de suscribir convenios sin cumplir los requisitos exigidos en la legislación presupuestaria como cuando esta exige informe previo de otros órganos administrativos en materia de hacienda, administración pública, etc.⁵⁸

4º) La inexistencia de un listado de materias en las que la Administración Pública esté obligada a negociar ya que, como se analizó, el del art. 37 EBEP no es aplicable a la negociación laboral. Por ello las partes deben ponerse de acuerdo en las materias a negociar; en principio quien promueva la negociación indica el listado de temas que desea negociar (art. 89 ET) pero luego ha de existir acuerdo al respecto. En todo caso sí existe obligación de negociar pues la parte de la que se solicite negociar no puede negarse salvo causa legal o convencional, entre las que se encuentra la posibilidad de que ya exista un convenio vigente sobre esas materias. La obligación de negociar debe ajustarse a las reglas de la buena fe (art. 89 ET), lo que plantea los problemas que ya se analizaron al respecto de la negociación funcional.

Además la aplicación de la legislación laboral conduce a diferencias importantes en el procedimiento negociador y en alguna otra cuestión, de entre las que se pueden destacar, por ejemplo:

⁵⁸ Por todas STSJ (Social) Comunidad Valenciana 11-12-14, Rec. 1215/14.



1ª) La libertad de ámbitos de negociación. La negociación laboral se sujeta al principio de libertad de ámbitos, pues esta es una materia a pactar entre las partes (art. 83.1) ET⁵⁹.

En virtud de lo anterior nada impide a una Administración tener diferentes convenios, e incluso sujetarse a convenios sectoriales del ámbito privado cuando no disponga de convenio propio o realice actividades no comprendidas en su propio convenio.

Si aplica convenios sectoriales negociados para el ámbito privado, las normas imperativas en el ámbito del sector público prevalecen sobre la aplicación de dichos convenios, como se ha resuelto reiteradamente, por ejemplo, en materia salarial⁶⁰.

La libertad de ámbitos permite, por ejemplo, todas estas posibilidades:

- Que la Administración suscriba un convenio para todo su personal laboral y el de todas las entidades dependientes de la misma, lo que propiamente sería un convenio de grupo de empresas, plenamente admisible y negociable conforme al art. 87.1 ET.

- Que la Administración suscriba un convenio solo para su personal, sin perjuicio de que las entidades de ella dependientes negocien sus propios convenios. Este convenio sería de empresa con ámbito personal íntegro y se negociaría conforme al art. 87.1 ET. Las otras entidades tendrían, igualmente, su propio convenio de empresa o grupo de empresas, según como negociaran.

- Que la Administración suscriba varios convenios para su personal, por ejemplo una entidad local que tenga un convenio para el personal de limpieza y otro para el resto de su personal. Serían convenios de empresa – en su caso limitados a un centro o a una actividad -, pero igualmente lícitos y negociables conforme al art. 87.1 ET.

⁵⁹ Ya se citó alguna sentencia que respetaba plenamente el pacto de las partes sobre ámbito del convenio de personal laboral de una Administración Pública, como STS (Social) 26-12-13, Rec. 291/11.

⁶⁰ Por todas y con cita de otras muchas, STS (Social) 16-4-13, Rec. 2521/12.



- Que la Administración suscriba un convenio para parte de su personal y para las otras actividades aplique los convenios sectoriales que puedan existir. Solución que ya se dijo que era posible.

- Que la Administración no disponga de convenio, en cuyo caso aplicará los convenios sectoriales correspondientes a las actividades que realice.

Cuando se apliquen convenios sectoriales hay que tener en cuenta lo que se dijo sobre prevalencia de las normas específicas que afecten a todo el empleo público y, además, se plantea el problema de su posible inadecuación para el ámbito público.

Por otro lado, la libertad de ámbitos comprende también la posibilidad de que exista personal fuera de convenio si así lo acuerdan las partes.

2ª) La legitimación dual para negociar – representaciones unitarias o representaciones sindicales -, pues aunque tienen preferencia las representaciones sindicales para negociar, si lo desean y representan a la mayoría de los representantes unitarios (comités y delegados), no está excluida la posibilidad de que estos últimos negocien directamente (87.1 ET), teniendo en cuenta que las reglas aplicables son las de la negociación en la empresa.

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 laboral⁶¹.

4ª) La condición de mínimos de muchas de las regulaciones laborales, más que en el ámbito funcional, lo que permite un mayor espacio de negociación⁶², aunque al respecto ya se avanzaron conclusiones que evidenciaban que la diferencia no era tan grande como aparentemente se pueda suponer.

5º) El régimen de vigencia y prórroga 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; si no hay denuncia se prorrogan de año en año, de nuevo salvo que otra cosa se pacte (artículo 86 ET).

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.

10. 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.

⁶¹ 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.

⁶² 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.



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 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).

3ª) Puede ser que algún Acuerdo establezca un procedimiento de solución propio, pues no parece imposible que se pueda negociar sobre esta cuestión porque no hay prohibición al respecto y existen precedentes, como se verá al analizar el papel de las comisiones de seguimiento.

De hecho el Acuerdo suscrito para Entidades Locales de menos de 20.000 habitantes de Cataluña, al que ya se ha hecho referencia, contempla en su artículo 6 un acertado procedimiento de mediación, gestionado por la comisión paritaria general de seguimiento si ella misma no es capaz de resolver la cuestión, todo ello sin perjuicio de acogerse a un sistema de solución extrajudicial supramunicipal tan pronto exista el mismo en Cataluña, conforme se establece en la Disposición Transitoria segunda del Acuerdo.

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 funcional). 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, entendiendo 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*”⁶³. 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.

⁶³ STSJ Burgos 24-5-04, Rec. 10/04, RJCA 436.



Por lo demás, nada impide que las partes atribuyan en sus Acuerdos o Pactos otras funciones a estas comisiones, lo que es perfectamente negociable⁶⁴.

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 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 que se plantean con mayor actualidad 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.

⁶⁴ 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).



**CUESTIONES ACTUALES EN MATERIA
DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA.
LAS NOVEDADES QUE
INTRODUCE EL REAL DECRETO LEY
10/2015 DE 11 DE SEPTIEMBRE**

Carlos L. Alfonso
Universidad de Valencia
Barcelona - 2015

Los distintos tipos de negociación colectiva en el empleo público

- Cuatro sistemas:
- Funcionarios: arts 31 y 33 a 38 EBEP.
- Negociación conjunta para personal funcionario y laboral: art. 36.3 EBEP.
- Personal laboral: arts. 31 y 32 EBEP y 82 a 91 ET.
- Personal de entidades y sociedades que forman parte del sector público pero que se rigen por derecho privado y contratación laboral. Esencialmente ET.
- Cada tipo tiene sus propias reglas y es esencial diferenciar.
 - No es lo mismo sector público que Administración Pública
 - EBEP no se aplica en general a negociación laboral

Los elementos esenciales para que la negociación colectiva pueda desarrollarse. (1)

- Reconocimiento del derecho 32 EBEP
 - Obligado internacionalmente y 28.1 CE (STEDH Demil y Baikara 12-11-2008)
 - 31.8 EBEP conforme a Tratados Internacionales: OIT 151
- Cauces, Partes Legitimadas y Obligación de negociar
 - Prevalencia de la ley sobre el convenio es clara. 33 EBEP y 85.1 ET y jurisprudencia constitucional y ordinaria
 - Pero la ley no puede agotar la regulación pues no habría negociación: Normas mínimas (3.3 ET), dispositivas, etc.
 - Ciertamente empleo público núcleo más imperativo pero en el propio EBEP había ejemplos
 - En los últimos años crecimiento de la imperatividad: leyes presupuestarias y RDL 20/2012: Corrección de preceptos, suspensión de pactos, acuerdos y convenios, etc.

Los elementos esenciales para que la negociación colectiva pueda desarrollarse. (2)

- Jornada DA 71^a 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 y resolución de 28 de diciembre de 2012, publicada en el BOE de 29 de diciembre: 1664 horas.
- Crecimiento de imperatividad limita las posibilidades de negociación, obliga a remitirse a la ley.
 - Ejemplo Acuerdo de Cataluña para EE.LL. de menos de 20.000 habitantes: arts. 11 (jornada), 21 (vacaciones), 22 (permisos), 23 (reducciones de jornada), 34 (excedencias), 41 (incremento retributivo), 59 (régimen disciplinario), etc.
- Justificación: crisis y ajuste no siempre es cierto
- Necesidad: volver a una cierta normalidad

Los elementos esenciales para que la negociación colectiva pueda desarrollarse. (y 3)

- RDL 10/2015, de 11 de septiembre: elementos contradictorios: se insiste en la limitación pero a la vez se abren espacios
- Determina expresamente porcentaje de devolución de paga extra reducida en 2012 art.1
 - pero no obliga a que sea en 2015 si presupuestariamente hay problemas. Negociación: cuándo.
- Art. 2 modifica 48 EBEP pero mantiene la imperatividad introducida en 2012, devuelve 6 días de asuntos propios:
 - Negociación hasta cuándo se pueden disfrutar
- Pero introduce DA 14 EBEP: permitiendo ampliar hasta en dos días al cumplir el sexto trienio, incrementándose como máximo en un día por trienio a partir del octavo: Negociable
- Y además permite ampliar vacaciones hasta en 4 días en función del tiempo de servicios: negociable
- Pero en AGE (DA 2ª y 3ª RDL 10/2015, deciden sin negociar.

Principios generales

- 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, pero posibilidades flexibilizadores: sectoriales, negociación supramunicipal (Acuerdo Cataluña/Adhesión previa o sucesiva)
 - Mesas Permanentes,
 - Sindicalización de la legitimación (más representativos derecho)
 - Negociación obligatoria
 - Reglas concretas de procedimiento
 - Negociación de buena fe (ver lo que se ha resuelto en obligatoriedad: documentación, antelación, etc.)
- En cada Comunidad tener en cuenta Ley de ordenación y gestión de la función pública pues el EBEP es básico
 - En Catalunya Ley precedente al EBEP

Obligatoriedad de la Negociación colectiva funcional

- Deriva de obligación de negociar. No de lo pactado. Tener en cuenta 37 EBEP
 - Es diferente en el ámbito laboral
 - 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
 - La falta de negociación es un defecto insubsanable: ejemplos
 - Problemas sin solución (no en ámbito local):
 - ¿Si se remite proyecto de ley incumpliendo la obligación?
 - ¿Si se remite un proyecto modificado sobre lo acordado?

Negociación conjunta para todos los empleados públicos

- Posibilidad expresamente admitida en el EBEP
 - La Ley Catalana no está adaptada, otras, sí, por ejemplo la LFPV (2010) 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: eficacia vinculante ¿qué es?
- 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. 38.10 EBEP

Contenido de la negociación colectiva

- 37 EBEP: Lista de materias negociable amplia
- 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? RPT/Plantilla - Bases generales/Convocatoria
 - En todo caso el grado de imperatividad de las normas fija las posibilidades reales de negociación (RDL 20/2012)
 - Ejemplos de materias negociables: remisión

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 posibilidad excepcional de suspender o modificar su contenido ¿Cómo se hace?

Negociación colectiva personal laboral

- Regulación en el ET, 82 y siguientes ET
- Tener en cuenta:
 - El contenido es algo más libre pues hay menos imperatividad pero algunos de los límites de la negociación funcionarial también son aplicables: Legalidad presupuestaria, Selección de personal, etc.
 - Hay obligación de negociar de buena fe, pero no hay un listado exacto de materias sobre las que exista obligación de negociar.
 - Libertad de elección de ámbitos: posibles diversas situaciones y diversos convenios.
 - Legitimación dual en la negociación colectiva
 - Condición de muchos derechos laborales como mínimos
 - Específico régimen de vigencia y prórroga
- Modificación o suspensión de los convenios similar al de los funcionarios. Regulación 32.2 EBEP (Redacción RDL 20/2012).

Solución extrajudicial de los conflictos

- 45 EB pero está pendiente de desarrollo
 - 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
- Posibilidad de sistemas en Acuerdos: Mediación Acuerdo de Cataluña EE.LL. de menos de 20000 habitantes (art. 6)
- Para el personal de entidades de derecho privado aunque de capital público: ASAC/TLC

- Sin duda quedan otras muchas cuestiones, pero las expuestas dan un panorama actualizado de la situación de la negociación colectiva en el empleo público.

MUCHAS GRACIAS

2a

sessió

25/11/15

Resolució de conflictes en l'àmbit de la ocupació pública.

Joan Mauri Majós, professor de Dret Administratiu de la Universitat de Barcelona.

Llei 19/2014, de 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern. Un compromís en matèria de publicitat activa. Les RLT.

Javier Cuenca Cervera, director de RRHH del Consorci Provincial de Bombers de València i professor de la Universitat de València.

Resolució de conflictes en l'àmbit de l'ocupació pública

Joan Mauri

Professor de dret administratiu de la Universitat de Barcelona

1. Negociació col·lectiva i mitjans de solució de conflictes

Aquest treball té el seu fonament en una única idea que es vol exposar des del primer moment: els mitjans, els procediments de solució de conflictes són en essència mitjans i procediments de negociació. Hi ha per tant una íntima connexió entre el contingut i la funció de la negociació col·lectiva en un sistema de relacions laborals i el contingut i la funció dels mitjans de solució de conflictes.

D'aquesta manera volem descartar des del principi una concepció excessivament "judicial" dels procediments de solució, posició que s'adopta quan es defineix aquesta tipologia d'instruments com a mitjans extrajudicials o mitjans no judicials de solució de conflictes deixant entreveure la creença que aquests procediments són fonamentalment vies alternatives o de substitució de la solució de conflictes en seu judicial. A partir d'aquí s'entén que el procediment judicial i el no judicial de solució de conflictes són fórmules que s'han de construir des de la identificació, procurant assimilar els procediments al procés en seu judicial i assumint els inconvenients i les dificultats de convertir la mediació i l'arbitratge en meres rèpliques del procés.

Òbviament no es vol negar que aquestes fórmules es volen utilitzar per la solució de conflictes que es poden acabar residenciant davant dels tribunals de justícia, ni tampoc es vol negligir el fet objectiu que aquest tipus de procediments poden ésser considerats mitjans d'ús alternatiu a la resolució judicial, però al nostre parer els mitjans de solució de conflictes es caracteritzen per resultar ésser procediments autònoms de solució a través dels quals els agents socials assumeixen la solució dels conflictes sense diferir-los o traslladar-los a un tercer aliè a l'àmbit específic de relacions col·lectives. Senzillament, el procediment de solució de conflictes és un mitjà a través del qual el sindicat i la mateixa Administració, que actua com a contrapart social, prenen al seu càrrec la solució d'un conflicte, de la mateixa manera que ho fan quan compareixen i actuen en una instància de negociació. De fet els procediments de solució de conflictes col·lectius són procediments

de negociació col·lectiva i, per tant, són més equiparables, no al procés judicial sinó als procediments seguits en una negociació col·lectiva. Encara més, al meu entendre els procediments de solució de conflictes no s'han de basar en la determinació de la raó jurídica de les parts de conformitat amb el que estableixen les normes, sinó en una activitat que fomenta l'adopció de postures confrontades amb la finalitat última d'aconseguir un acord que satisfaci les pretensions de les parts. Inclús en els conflictes de naturalesa jurídica, molt sovint estem davant de formes distintes d'interpretació i aplicació d'un determinat postulat normatiu i el que s'ha d'aconseguir és que les parts acabin concertant quina de les interpretacions possibles maximitza les expectatives en presència.

Lògicament, si entenem els procediments de solució de conflictes com a fórmules de negociació aquest plantejament comporta un seguit de conseqüències:

a) La primera és que la instauració d'un sistema de solució de conflictes s'ha de portar a terme a través de la negociació col·lectiva, amb independència que pot resultar necessari i convenient que la regulació legal promogui la utilització dels mitjans de solució, asseguri el seu suport institucional i contempli aquells aspectes derivats dels procediments que guardin una directa relació amb les normes de dret objectiu.

b) La segona de les derivacions que arrastra la consideració dels procediments de solució des de l'òptica de la negociació és la necessitat de revisar els conflictes que es volen abordar a través d'aquests mitjans, conflictes que han de guardar una directa relació amb el contingut i la funció que es vulgui assenyalar a la negociació i amb els problemes sorgits en el procediment de la negociació i en l'aplicació dels acords col·lectius obtinguts mitjançant un procediment convencional. De fet, la tendència innata a imitar el procés per part dels mitjans de solució de conflictes ha convertit en objecte dels mateixos alguns conflictes que difícilment poden casar amb la seva funció d'element instrumental del procés negocial com poden ser els conflictes sobre l'aplicació i interpretació de les normes estatutàries de dret objectiu, que no han d'ésser objecte de negociació, o els conflictes individuals.

c) L'estreta relació que es pretén entre la solució de conflictes i la negociació ens ha de portar sempre a privilegiar la mediació sobre l'arbitratge. La raó d'aquesta preferència és senzilla d'explicar: la mediació està més pròxima que l'arbitratge al procediment de negociació col·lectiva. De fet la mediació sovint no és una altra cosa que un mitjà de prossecció de la negociació, mentre que l'arbitratge resulta més proper a una fórmula de justícia en la qual s'acaba substituint la voluntat pròpia de les parts i la seva capacitat de dirimir els conflictes a través dels seus propis mitjans.

d) La proximitat entre negociació i mitjans de solució de conflictes porta també a la consideració d'aquests instruments com un mitjà auxiliar dels procediments de negociació des de

el primer moment. És a dir, els mitjans de solució de conflicte poden adoptar un perfil propi com a mitjans de prevenció dels conflictes, han d'estar preventivament des del moment inicial de la negociació a disposició de les parts, no exclusivament per resoldre els conflictes que puguin sorgir amb posterioritat a la frustració, el bloqueig o la conclusió d'un procés de negociació.

e) Lògicament, també des d'aquesta perspectiva convé adoptar un estricte criteri de subsidiarietat dels mitjans institucionals de solució de conflictes atorgant la prioritat deguda als instruments de composició constituïts per les parts negociadores per a la interpretació i aplicació d'un acord, en atenció a la seva proximitat a l'objecte de la controvèrsia o discussió. Per tant, cal atendre i promocionar la funció de les comissions paritàries de seguiment com a l'òrgan adequat de solució d'un conflicte sobre un pacte o acord donat, i cal "interioritzar" aquestes mateixes comissions dintre dels sistemes institucionals de solució.

f) Aquesta connexió aconsella també que els subjectes col·lectius titulars del dret de negociació, fonamentalment les organitzacions sindicals representatives en l'àmbit específic de constitució d'un sistema, hagin de participar directament en les institucions de promoció i gestió dels mitjans de solució, conveniència que es reforça si tenim present que l'article 2.2.d) de la Llei Orgànica 11/1985, de 2 d'agost de llibertat sindical (en endavant, LOLS), aplicable també a l'acció sindical en la funció pública, assenyala que la llibertat sindical, en la seva dimensió col·lectiva, compren, entre d'altres facultats, el dret al plantejament de conflictes col·lectius; així mateix, els articles 6 i 7 de la mateixa norma, estableixen que les organitzacions sindicals representatives tenen dret a participar en els sistemes no jurisdiccionals de solució de conflictes.

En base a aquesta mateixa relació, una qüestió més resulta convenient plantejar d'una forma específica i separada: la necessitat de no identificar els sistemes de solució de conflictes propis del sector privat i de la negociació col·lectiva laboral amb els sistemes de solució de conflictes propis del sector públic i de la negociació col·lectiva de l'ocupació pública. De fet, la dependència directa dels sistemes de solució amb els models de negociació fa que els primers guardin una estricta relació amb l'evolució i funció dels segons.

Aquí és important tenir presents els canvis introduïts en la legislació laboral durant el període d'emergència provocat per la crisi econòmica. Aquestes modificacions s'han fonamentat en la idea essencial promocionada pel legislador estatal de dotar a la negociació i al conveni col·lectiu d'una nova funcionalitat com instrument al servei de la gestió empresarial, i de substituir els sistemes d'intervenció administrativa sobre determinades iniciatives i actuacions pròpies del poder de direcció de l'empresa per

períodes de consulta, dels que resulten alternatius per exprés mandat legal procediments per a la resolució de les discrepàncies sorgides en els esmentats períodes de consulta. La idea del legislador d'utilitzar la negociació col·lectiva com element d'adaptabilitat de la regulació de les condicions de treball a les necessitats econòmiques acaba convertint el conveni en un instrument de flexibilització i d'adaptació de l'empresa a les canviants necessitats econòmiques i de mercat, i en aquest viatge s'assignen noves cometes i funcions als procediments i instruments col·lectius que ha d'ésser ara també un mitjà més dinàmic i deixar de banda la seva estàtica funció de regulació de les condicions de treball.

Un dinamisme que es vol aconseguir consagrat el principi de modernitat en la successió de convenis i eliminant la tradicional ultraactivitat de les normes col·lectives, modificant el règim de denúncia del conveni col·lectiu, permetent la revisió total o parcial del conveni amb anterioritat a la pèrdua de la seva vigència, possibilitant, si s'escau, la modificació substancial de les condicions de treball pactades en conveni col·lectiu i fomentant l'empresa com a unitat preferent de negociació.

Però no es tracta només d'això. La tradicional negociació col·lectiva laboral identificada amb la determinació de les condicions de treball es veu forçada d'incorporar nous paràmetres, de manera que el contingut obligatori de la norma col·lectiva materialitza objectius políticament irrenunciables pel legislador però que no es volen abordar directament sinó que es vol que es portin a terme a través de la negociació.

Aquí apareix, el previst a l'article 85.1 ET, en el qual es recorda que un contingut substancial dels convenis col·lectius, a més de les matèries d'indole econòmica, laboral, sindical i, en general, les que afectin a les condicions d'ocupació i a l'àmbit de les relacions dels treballadors i de les seves organitzacions representatives amb l'empresari i les associacions empresarials, han d'ésser els procediments per resoldre les discrepàncies sorgides en els períodes de consulta previstos en els articles 40 (mobilitat geogràfica), 41 (modificacions substancials de condicions de treball), 47 (suspensió de contracte o reducció de jornada per causes econòmiques, tècniques, organitzatives o de producció o derivades de força major), i 51 ET (acomiadament col·lectiu).

S'identifiquen i signifiquen així els sistemes de solució de conflictes com a matèries de convenient tractament pels convenis col·lectius. Una conveniència que s'intensifica si pensem compte de la necessitat d'establir procediments per a resoldre les discrepàncies que poden sorgir en el marc de la negociació per a la modificació substancial de les condicions de treball pactades en un conveni col·lectiu estatutari que preveu l'article 82.3 ET. Encàrrecs legislatius que es completen amb el contingut a l'article 86.3 ET, en el qual s'assenyala explícitament que mitjançant els acords interprofessionals d'àmbit estatal o autonòmic, previstos a l'article 83 ET, s'hauran d'establir procediments d'aplicació general i

directa per resoldre de manera efectiva les discrepàncies existents després del transcurs del procediment de negociació per a la revisió d'un conveni sense assolir-se un nou acord.

Cal dir-ho d'una manera clara: el foment dels mitjans de composició de conflictes és el mecanisme essencial que el legislador ha articulat per emmascarar la seva voluntat de flexibilitzar i dinamitzar el conveni col·lectiu. El tema és rellevant per afirmar que el protagonisme donat als mitjans de solució de conflicte en el si de la reforma laboral apareix i es reflexa en aquells processos de contradicció i discrepància que es poden acabar resolent per una decisió empresarial de caràcter unilateral o per una intervenció decisòria d'un òrgan administratiu com és la Comissió Consultiva Nacional de Convenis Col·lectius, el que ens permet afirmar des d'una perspectiva estricta que aquesta necessitat legal d'existència i ús dels esmentats mitjans resulta ésser molt sovint un últim recurs de caràcter subsidiari un cop esgotada la bateria de successives possibilitats de caràcter autònom i negociat.

D'aquí es pot deduir, que els mitjans de solució prenen un paper quasi legitimador de les opcions de les polítiques laborals que acaben avalant el poder empresarial, de manera que es pot adduir que la norma de reforma laboral facilita i promou l'exercici de l'autonomia col·lectiva mitjançant la previsió i seguiment dels mitjans de solució, el que permet al legislador situar-se en una posició reformista que propicia la implantació de sistemes de composició, prioritzant la solució negociada de les controvèrsies i permet que aquestes puguin evitar una decisió empresarial i administrativa de característiques unilaterals, tal com es diu a la STC 119/2014, de 16 de juny, posició que facilita, tal com s'ha dit, emmascarar que amb mitjans de composició o sense, el que hi ha al final del camí és la decisió del poder empresarial i no una solució negociada.

Deixant de banda els raonaments adduïts, certament es pot afirmar que la reforma laboral ha comportat una modificació i ampliació del tipus de conflicte col·lectiu que ha d'ésser objecte de resolució a través d'un mitja de composició. Als tradicionals conflictes d'interessos en la negociació i d'interpretació i aplicació de les normes convingudes es sumen ara els volguts i indicats per la norma jurídica com poden ser els de bloqueig de la negociació per la renovació del conveni denunciat i amb un temps límit d'ultraactivitat, els provocats per la voluntat empresarial d'inaplicació de les normes convingudes o els derivats dels períodes de consultes propis de la flexibilitat interna i de l'ajust del volum de la plantilla a través de la suspensió de contractes, la reducció de la jornada de treball i en última instància els acomiadaments. Sens dubte s'obren nous àmbits d'actuació per a la mediació i l'arbitratge que no s'han de magnificar en base a les seves possibilitats teòriques.

Tanmateix, l'últim informe de seguiment dels procediments tramitats en 2014 per la Fundació del Servei Interconfederal de Mediació i Arbitratge (en endavant, SIMA), assenyala d'una forma concloent que el 72% dels procediments gestionats a l'any 2014, van versar sobre interpretació i aplicació de normes col·lectives i que únicament el 4% d'aquests procediments van tenir com objecte les discrepàncies en els períodes de consulta, mentre que els procediments per inaplicació de conveni col·lectiu van ser únicament d'un 1%, més concretament es va conèixer d'un únic supòsit. Aquestes dades ens adverteixen de la desproporció que es produeix entre els tipus de conflicte regulats, que en el sistema SIMA ascendeixen a onze classes distintes, i la realitat dels procediments que es tramiten que principalment es limiten a dos: interpretació i aplicació de convenis (72%) i vaga (20%), amb la qual cosa ens trobem que determinats tipus de conflicte tenen una utilització ridícula o nul·la en un sistema donat de composició.

Encara més, existeixen un seguit de conflictes com poden ser els de reestructuració o modificació unilateral de les condicions de treball que en la pràctica han de ser vistos com a veritables decisions empresarials que resulten en si mateixes considerades poc susceptibles de mediació, i sobre tot d'arbitratge, atès que en última instància resulten ser una expressió de l'exercici d'uns poders empresarials poc susceptible d'ésser evitat o graduat per una negociació amb els sindicats, inclús amb la intervenció d'un tercer. De la mateixa manera, és molt difícil introduir sistemes de composició en aquelles controvèrsies en les quals la decisió suposarà sempre una disminució o un deteriorament de les condicions de treball; senzillament aquí les possibilitats de trobar solucions de compromís amb beneficis per ambdues parts, que és la base última de la composició, és molt escassa, per no dir que és pràcticament inexistent.

Traslladar aquest plantejament d'ampliació de camps a l'àmbit de l'ocupació pública resulta complicat i delicat. Aquesta possibilitat d'assimilació es veu molt condicionada pels fets següents:

a) Les mesures de modificació de les condicions de treball dels empleats públics s'han imposat directament per l'Estat a totes les Administracions públiques a través de lleis bàsiques comunes al personal funcionari i laboral, i a l'anomenat sector públic administratiu i sector públic institucional, tal com ens diu en una afortunada expressió la STSJ de Canàries, Santa Cruz de Tenerife, de 21 de maig de 2013, ROJ: 1463/2013, quan assenyala que vestida la llei de decisió patronal en la seva modificació de condicions de treball, com a tal llei ha d'ésser considerada, sense que sigui possible convertir-la en el que veritablement és: una decisió patronal unilateral de modificació substancial de condicions de treball. I les lleis, les normes estatals en llenguatge laboral, no poden ser objecte de composició a través de mitjans de solució.

b) L'articulació d'un model de solució de conflictes que tingui com objectes els propis de la suspensió del contracte de treball i reducció de la jornada en les Administracions públiques no té raó d'ésser. Senzillament, la disposició addicional dissetena ET ens adverteix que la previsió de l'article 47 ET no serà d'aplicació a les Administracions públiques i a les entitats de dret públic vinculades o dependents d'una o varies d'elles i d'altres organismes públics, llevat que aquelles es financin majoritàriament amb ingressos obtinguts com a contrapartida d'operacions realitzades en el mercat.

c) La modificació de les condicions de treball pactades en acord o conveni col·lectiu estatutari és perfectament possible en les nostres Administracions sense necessitat de recórrer al complex itinerari previst a l'article 82.3 EBEP. Aquí s'ha de recordar que l'article 32.2 EBEP, conté la garantia del compliment dels convenis col·lectius i acords que afectin al personal laboral, llevat que excepcionalment i per causa greu d'interès públic derivada d'una alteració substancial de les circumstàncies econòmiques, els òrgans de govern de les Administracions suspenguin o modifiquin el compliment de convenis col·lectius o acords ja signats en la mesura estrictament necessària per a salvaguardar l'interès públic. Un plantejament que es repeteix a l'article 38.10 EBEP, pels pactes i acords signats per les Administracions per a tots els empleats públics o pels funcionaris, assenyalant-se al respecte que en ambdós supòsits les Administracions hauran d'informar a les organitzacions sindicals de les causes de la suspensió o modificació. Un procediment d'informació en el qual no hi ha espai per una solució negociada dels conflictes que es poden crear per una decisió unilateral de l'Administració que, no ho oblidem, s'ha de prendre sempre per la salvaguarda dels interessos públics en presència.

d) De la mateixa manera, cal advertir que en el si de la negociació col·lectiva per a la determinació de les condicions de treball dels funcionaris públics s'ha admès tradicionalment la falta d'utilitat de les clàusules d'ultraactivitat. De fet, l'article 38.12 EBEP, ens diu que la vigència del contingut dels pactes i acords un cop conclosa la seva duració es produirà en els termes que els mateixos haguessin establert, sense que es prevegi un particular període d'activitat de la norma convinguda, denunciada i vençuda. Encara més, tal com és diu a la STSJ del País Basc de 14 de maig de 2001, RJCA/2001/1423, la vigència i ultraactivitat pactada en un acord col·lectiu no es pot oposar a la recuperació de les facultats unilaterals de l'Administració quan, un cop complerta l'obligació de negociar de bona fe i constatada la situació de bloqueig en la negociació, es passin a determinar unilateralment les condicions de treball, afegint que en aquest tipus de situacions, la determinació unilateral, una vegada intentada la negociació, produeix un efecte assimilable a la derogació o pèrdua de vigència de la norma convinguda.

Per tant, entenc que essencialment el paper fonamental dels sistemes de solució de conflictes segueix estant tal com ens diu l'article 7 del Conveni 151/OIT, sobre la protecció del dret de sindicació i els procediments per a determinar les condicions d'ocupació en l'Administració, en acompanyar els processos de negociació que es plantegin per a la determinació de les condicions de treball dels funcionaris o en constituir una alternativa a la falta o la impossibilitat de negociació. I aquí queda un llarg camí per recórrer.

2. La solució de conflictes en la legislació d'ocupació pública

La legislació d'ocupació pública conté un seguit de preceptes referits als conflictes col·lectius i a la seva solució: l'article 15, l'article 45 i, per connexió, les referències que es preveuen a article 38.5 i 7 EBEP.

L'article 15 EBEP, assenyala que els empleats públics tenen com a drets individuals que s'exerceixen de forma col·lectiva el plantejament de conflictes col·lectius de treball, d'acord amb la legislació aplicable en cada cas. Aquesta norma s'ha de llegir en una doble direcció: la que afirma el dret individual a plantejar conflictes a través dels pertinents subjectes col·lectius i la que pressuposa el dret a establir els mitjans i els procediments de solució per a solucionar-los; senzillament, el dret a plantejar conflictes col·lectius pressuposa l'existència d'uns mitjans i d'uns procediments per resoldre'ls.

L'estructura de l'article 45 EBEP és relativament senzilla en base als elements següents:

- a) La creació, configuració i desenvolupament dels sistemes de solució de conflictes a través de la negociació col·lectiva, i la regulació del procediment de solució mitjançant un reglament elaborat en base a un acord col·lectiu previ amb les organitzacions sindicals.
- b) La compatibilitat del sistema de solució de conflictes amb les possibles funcions atribuïdes a les comissions paritàries de seguiment dels pactes i acords previstes a l'article 38.5 EBEP per al coneixement i la resolució dels conflictes derivats de la seva aplicació i interpretació.
- c) L'assenyalament d'un àmbit objectiu dels procediments de solució centrat en els conflictes derivats de la negociació, aplicació i interpretació dels instruments col·lectius que versin sobre les matèries que han d'ésser objecte de negociació en el sistema d'ocupació pública, exceptuant les reservades a la llei.
- d) La disposició de dos tipus de procediments de solució de conflictes, com poden ser la mediació obligatòria a demanda d'una de les parts, i l'arbitratge previ l'acord voluntari de les parts per a la resolució del conflicte plantejat.

e) La configuració del sistema de mediació com un procediment formal, atès que la mateixa llei preveu expressament que és funció del mediador oferir propostes de solució que podran ésser lliurement acceptades o rebutjades per les parts.

f) La definició de la naturalesa i validesa dels acords assolits a través dels sistemes de solució, que tindran la mateixa eficàcia jurídica i tramitació dels pactes i acords col·lectius sempre que els qui hagin adoptat l'acord, o subscrit el compromís arbitral, tinguin la legitimació que els permeti acordar, en l'àmbit del conflicte, un pacte o acord col·lectiu.

g) La possibilitat que els acords de mediació i les resolucions arbitralis siguin susceptibles d'impugnació, preveient específicament la possibilitat d'interposar recurs contra la resolució arbitral en cas que no s'hagin observat en el desenvolupament del procediment arbitral els requisits i les formalitats establerts a l'efecte o quan la resolució hagi versat sobre punts no sotmesos a la seva decisió, o que aquesta contradigui la legalitat vigent.

De fet, la regulació així plantejada té unes característiques pròpies de compliment i rigor que permeten la seva vigència i aplicació directa. L'article 45 EBEP, regula els instruments de creació i configuració dels sistemes de solució, la seva subsidiarietat envers a la funcions compositives assumides per les comissions paritàries, l'àmbit objectiu dels conflictes que poden ser tractats a través del sistema de composició, els procediments de solució que es poden utilitzar i les parts que els poden instar, l'eficàcia jurídica de les solucions obtingudes a través d'aquests mitjans i els supòsits de la seva impugnació. En tot cas, es vol advertir que aquest precepte no regula expressament els possibles dissenys orgànics i funcionals dels sistemes institucionals de suport i gestió dels procediments de conflictes que tenen una importància essencial en la posició promocional d'aquests instruments pels diferents poders públics, matèria d'una importància cabdal que necessitaria d'un estudi aprofundit que aquí no estem en condicions de fer. En canvi, del que s'ha dit més amunt tractarem a continuació.

3. La creació i configuració dels sistemes i els procediments de solució de conflictes

L'article 45.1 EBEP preveu que les Administracions públiques i les organitzacions sindicals a què es refereix el capítol IV EBEP podran acordar la creació, configuració i desenvolupament de sistemes de solució de conflictes. D'aquesta afirmació es poden deduir les conseqüències següents:

a) La primera és que la creació d'un sistema de solució de conflictes és fruit de la negociació, però també de l'acord. És a dir, la creació d'un sistema de composició és una matèria reservada al procediment de negociació i a l'acord col·lectiu, el que exclou la

possible creació i configuració d'aquest mitjà a través de una disposició o mesura de caràcter unilateral.

b) La segona afirmació és que la creació d'aquest tipus de sistemes es reserva a una negociació realitzada entre l'Administració i les organitzacions sindicals referides al capítol IV EBEP, és a dir, a les que tinguin capacitat representativa en l'àmbit específic definit per la corresponent unitat de negociació, àmbit que pot adoptar una geometria variable però que a l'article 33.1 EBEP compren les organitzacions sindicals més representatives a nivell estatal, les organitzacions sindicals més representatives de comunitat autònoma, així com els sindicats que hagin obtingut el 10 per 100 o més dels representants en les unitats electorals compreses en l'àmbit específic de la seva constitució.

c) Finalment, no estarà de més advertir que en l'àmbit de l'ocupació pública no existeix un instrument o una seu preferencial per a la creació d'un sistema de composició, a diferencia del que succeeix en el treball privat en el qual tradicionalment s'ha considerat que la via d'implantació dels sistemes de solució era sens dubte l'acord sobre matèries concretes de l'article 83.3 ET, un tipus específic i singular de conveni col·lectiu que formulat des d'una unitat de negociació molt ampla, a nivell d'Estat, permetia el condicionament de les unitats més estretes a nivell de sector i d'empresa, que s'havien de subordinar a l'acord estatal sobre solució de conflictes, una via que troba un declarat suport legislatiu a l'actual article 85.3.e) ET. Aquesta particular via consisteix en l'articulació d'un sistema des del cim que a l'ocupació pública s'haurà de construir més dificultosament, des de la base, bastint els acords corresponents, acords de definició però també d'adhesió a un sistema predefinit però no vinculant.

La creació i configuració d'un mitjà de solució de conflictes es fonamenta a l'ocupació pública en una regulació bifront. Com s'ha dit, a la vista de l'article 45.1 EBEP, la definició d'aquests sistemes es fonamentarà en la negociació col·lectiva i l'acord. Tanmateix, l'apartat 5 d'aquest mateix precepte assenyala que la utilització d'aquests sistemes s'efectuarà conforme als procediments que reglamentàriament es determinin previ acord amb les organitzacions sindicals representatives. La previsió formal d'un reglament negociat no ens ha de portar a engany. El reglament que reguli el procediment de solució de conflictes s'ha de fonamentar també en un acord col·lectiu, acord que a tots els efectes té rang i naturalesa de disposició general. Encara més, no hi ha cap base per sostenir que aquesta norma hagi pretès atribuir un encàrrec normatiu directe a un determinat òrgan de govern de l'Estat o de les Comunitats Autònomes per regular el procediment de solució de conflictes. Senzillament, la regulació "reglamentària" de la utilització dels mitjans de solució i la determinació dels mateixos s'haurà de ratificar per un òrgan de govern però sempre després d'aconseguir el corresponent acord a la mesa de negociació del pertinent àmbit convencional.

Aquesta regulació bifront consistent en un acord de creació i configuració i un reglament de procediment té una explicació que s'ha de buscar en la forma tradicional de regulació dels mitjans de solució de conflictes en el sector privat i en l'àmbit nacional. La lògica d'acord de creació dels sistemes de solució i "reglament" d'aplicació i desenvolupament que presti una especial atenció als aspectes relacionats amb els procediments resulta ser la plantejada en l'àmbit de l'Estat i de les comunitats autònomes en l'etapa anterior a l'aprovació del III Acord sobre Solució Extrajudicial de Conflictes Laborals (2005).

En conseqüència es pot afirmar que en l'evolució de les institucions compositives existeix una opció mantinguda fins a dates molt properes a l'aprovació de l'EBEP que distingeix entre els acords que implanten els mitjans de solució i els seus "reglaments" d'aplicació, una curiosa denominació importada des de l'àmbit públic a l'àmbit privat, que no té transcendència ni significat, atès que els anomenats "reglaments" no són una altra cosa que acords negociats en la mateixa instància convencional que els acords de creació dels sistemes, participant de la mateixa naturalesa i eficàcia; altra cosa és que s'hagi volgut utilitzar impròpiament la denominació de "reglament" per indicar la dependència i relació d'aquest contingut normatiu de l'acord col·lectiu de creació i articulació dels mitjans de solució, advertint d'aquesta manera que els esmentats "reglaments", que a l'efecte podrien ser considerats com a normes secundàries, venen a desenvolupar i aplicar la norma primària que es l'acord de creació del sistema.

Concloent, és la negociació col·lectiva la que ha de procedir a acordar la creació, configuració i desenvolupament d'un sistema de composició de conflictes i a assenyalar els procediments per a la seva solució, altra cosa és que les lleis bàsiques de l'Estat i les de funció pública de les comunitats autònomes puguin permetre i emmarcar en la negociació col·lectiva la seva materialització i concreció.

4. Les comissions paritàries i la solució de conflictes

La interpretació i aplicació de la norma col·lectiva és un element essencial del procés convencional que comprèn una densa constel·lació d'adopció de mesures subsegüents als moments genètics de negociació, subscripció i aprovació de l'acord. Aquesta activitat permet aclarir d'una manera significativa i actualitzar la voluntat dels subjectes negociadors en base a unes clàusules convencionals determinades en un moment passat, sovint amb una elevada dosis de generalitat i abstracció, que plantejen una multiplicitat de problemes en els moments de l'aplicació o del canvi contextual tant propi de la legislació de mesures que ha impulsat la crisi econòmica.

A banda d'aquests plantejaments de caire més estructural, el cert és que les lleis de reforma laboral en el sector privat han impulsat considerablement la funció de les comissions paritàries com a òrgans de gestió dels sistemes de negociació. En aquesta direcció s'ha de citar l'article 85.3.e) ET que conté l'obligació de designar una comissió paritària de la representació de les parts negociadores, una exigència que inclou la necessitat de establir els procediments i els terminis d'actuació d'aquestes comissions, unes comissions a les quals s'atribueixen un seguit de funcions com poden ser la seva obligada intervenció en els supòsits de conflicte col·lectiu relatiu a la interpretació o aplicació del conveni amb caràcter previ al plantejament formal del conflicte en l'àmbit dels procediments no judicials de solució de conflictes (article 91.3 ET) i el coneixement de les discrepàncies en els períodes de consultes per a la inaplicació de les condicions de treball previstes en conveni col·lectiu estatutari (article 83.3 ET).

En aquest punt s'ha de subratllar la novetat que suposa la introducció en l'article 91.3 ET de l'afirmació que les resolucions de les comissions paritàries sobre interpretació o aplicació del conveni tindran la mateixa eficàcia jurídica i tramitació que els convenis col·lectius regulats en la llei, el que dit sigui de pas suposa una correcció en regla de la jurisprudència tradicional sobre el valor jurídic de les resolucions de les comissions que es considerava una simple interpretació autèntica de la norma convinguda, que no vinculava als òrgans judicials.

Al marge d'aquestes funcions esmentades, s'ha de recordar que el precepte regulador de les comissions paritàries en el sector privat, més precisament l'article 83.3.e) ET resulta ser un precepte de textura oberta i clarament habilitant de la seva configuració per la negociació quan ens diu que aquesta comissió està habilitada per entendre: "de aquellas cuestiones establecidas en la ley y de cuantas otras le sean atribuidas". Per tant, aquest reenviament té un doble efecte, primer respecte als mandats del legislador, la comissió ha d'assumir les funcions que li ha encarregat el legislador resultant la seva intervenció obligada i preceptiva en els conflictes d'interpretació, aplicació i inaplicació de la norma convinguda que acabem de citar. Però el segon reenviament és més obert i imprecís doncs s'atribueix a la negociació la concreció de les funcions que li han d'ésser atribuïdes. Per últim no estarà de més fer notar que aquests mandats es completen amb una remissió a les normes col·lectives perquè concretin els procediments i terminis d'actuació de les comissions però també perquè incloguin el sotmeti-me'n de les discrepàncies produïdes en el si d'aquestes comissions als sistemes de solució de conflictes.

De fet, tot aquest bloc normatiu està produint un canvi significatiu en el sistema de les comissions paritàries que tendeix a potenciar la institució ampliant la seva funcionalitat i el seu règim de competències, alhora que propicia una major interrelació entre aquestes comissions i els sistemes institucionals de solució de conflictes establerts a nivell de l'Estat i de les comunitats autònomes.

Des d'una perspectiva funcional els blocs temàtics que hauran d'abordar ara aquestes comissions es configuren al voltant dels eixos temàtics següents: funcions de gestió d'assumptes regulats en el conveni; funcions adaptatives dels continguts convencionals per amollar-los a la realitat específica d'aplicació; funcions reguladores d'aspectes no abordats per la comissió negociadora; funcions de vigilància, control i seguiment, i sobre tot, funcions interpretatives i de solució de conflictes.

En aquesta mateixa direcció s'ha de fer palesa la progressiva imbricació de les comissions paritàries amb els sistemes institucionals de composició de conflictes que funciona en una doble direcció: les comissions paritàries poden utilitzar els recursos i els mitjans dels sistemes institucionals per la seva activitat compositiva (seus, llistes de mediadors i arbitres, col·laboració d'experts) i, alhora, els sistemes institucionals intenten influir a través de recomanacions i una adequada política de formació sobre les activitats de composició de les comissions procurant la seva adequada composició i el seu ràpid i efectiu funcionament, de manera que la connexió amb els seus procediments es pugui produir d'una forma eficaç i ordenada. Una relació cada dia més complexa i més viva que en la pràctica ens mostra un veritable sistema escalonat i relacionat de composició de conflictes que es fa patent com s'ha dit quan l'article 85.3.e) ET preveu com un contingut obligatori del conveni col·lectiu propi del dibuix de la comissió paritària el sotmetiment de les discrepàncies produïdes en el seu si als sistemes judicials de solució de conflictes establerts mitjançant els acords interprofessionals d'àmbit estatal o autonòmic previstos en l'article 83 ET.

La translació d'aquesta situació a l'àmbit de l'ocupació pública resulta difícil i demana una consolidació i evolució del perfil de la institució paritària que encara està per produir-se. És important recordar que l'article 38.5 EBEP es limita a ordenar als pactes i acords de condicions de treball dels funcionaris públics l'establiment de composicions paritàries de seguiment dels pactes i acords amb la composició i funcions que les parts determinen, mentre que l'article 45.1 EBEP fa dependre la intervenció d'aquestes comissions en els conflictes derivats de l'aplicació i interpretació dels pactes i acords de les atribucions que els hi hagin fixat les parts.

Aquest redactat relativament obert i poc determinat de les funcions de les comissions paritàries a l'EBEP en la interpretació i aplicació dels acords convinguts ha donat lloc a una doctrina judicial que ha acabat entenent que les comissions paritàries són en essència, tal com diu l'article 38.5 EBEP, de "seguiment", és a dir, de vigilància i control de l'acció de l'Administració en l'execució de les intervencions pactades, però res més. Tal com es diu a la STSJ de Madrid de 8 de setembre de 2009, JUR/2009/67184, l'objecte de les comissions paritàries és el seguiment, sense que es pugui estendre a la interpretació del seu abast i contingut. Aquesta és una interpretació que hores d'ara s'ha de considerar superada per una doctrina judicial que accepta amb naturalitat les funcions d'interpretació de l'acord signat per la comissió de seguiment sense perjudici que es pugui acabar discutint sobre si aquestes funcions d'interpretació pressuposen en la pràctica un desenvolupament de l'acord o un procés de negociació indegudament reservat a les parts signants de l'acord convingut, tal com es pot veure a la STS de 24 de gener de 2012, ROJ: STS 163/2012. Encara més, en els pronunciaments més moderns es recorda que és el propi article 38.5 EBEP, el que permet que les parts negociadores puguin concretar l'abast i les potestats d'aquestes comissions, assenyalant-se expressament que les comissions paritàries són les encarregades d'interpretar el contingut dels pactes i acords sobre matèries concretes dels acords sobre condicions de treball dels funcionaris, com es diu a la SJCA 2 de Barcelona de 17 de juny de 2015, SJCA 417/2015, que amb tota naturalitat resol un problema de percepció de factors retributius en base a un acord de la comissió paritària de l'Acord de condicions de treball dels funcionaris de l'Ajuntament de Montcada i Reixac.

En conseqüència podem afirmar que els pactes i acords poden atribuir a les comissions paritàries i a comissions especialitzades en el seu si, la solució dels conflictes que es plantegin en la interpretació i aplicació dels acords col·lectius. L'article 45.1 EBEP, sembla plantejar clarament aquesta possibilitat quan adverteix que la creació de sistemes de solució de conflictes es produeix: "amb independència de les atribucions fixades per les parts a les comissions paritàries", amb la qual cosa sembla que les dites parts poden atribuir a les comissions de seguiment el coneixement i la resolució de les qüestions derivades de l'aplicació i interpretació dels acords col·lectius en línia amb l'article 91.3 ET.

Tanmateix existeixen un seguit de diferències entre un i altre model d'intervenció de la comissió paritària en la solució dels conflictes derivats de la norma convinguda que es poden plantejar sobre els punts següents:

a) En el sistema de l'Estatut dels Treballadors la intervenció de la comissió paritària és prèvia i preceptiva per un exprés mandat legal, mentre que en el sistema de l'Estatut dels Empleats Públics la naturalesa obligatòria i prioritària de la intervenció de la comissió

paritària passa a dependre de la configuració dels model que s'hagi bastit per les parts negociadores.

b) La gestió dels conflictes per part de la comissió de seguiment s'ha intentat racionalitzar i optimitzar en el sistema privat obligant al conveni col·lectiu a establir procediments i terminis d'actuació de la comissió, mentre que aquests aspectes de funcionament intern no mereixen l'atenció de la legislació del sector públic.

c) El sistema de composició de conflictes existent en el sector privat mostrat un elevat grau d'integració de forma tal que existeix una veritable imbricació entre les comissions de seguiment i els sistemes institucionals de composició, tal com es pot veure a l'annex de recomanacions sobre les comissions paritàries que acompanya al V Acord sobre solució autònoma de conflictes laborals (V ASAC), de 7 de febrer de 2012, imbricació que resulta desconeguda en el sector públic.

d) La naturalesa, eficàcia jurídica i tramitació dels acords de la comissió de seguiment ha estat concretament definida en l'article 91.4 ET, mentre que la legislació de funció pública manté un espèc silenci sobre aquesta essencial qüestió, silenci que contrasta amb algun pronunciament jurisprudencial que ens adverteix que l'atribució de caràcter vinculant als acords de la comissió paritària és nul·la, donat que la prèvia vinculació als acords de la mateixa no té justificació, ni suport legal i excedeix de la competència legalment atribuïda a aquesta comissió paritària, tal com es diu a la STSJ de la Comunitat Valenciana de 20 de juliol de 2010, JUR/2010/405012.

Res de tot això és insuperable però demanda una expressa atenció de les parts negociadores i una reconsideració de la funció i el paper dels sistemes institucionals de composició de conflictes promocionats per les nostres Administracions. Res impedeix que les parts negociadores configuren a les comissions de seguiment com una instància obligatòria i prèvia de composició de conflictes i que prevegi que aquesta mateixa comissió de seguiment es puguin dotar d'unes normes específics sobre procediments i terminis d'actuació de les seves funcions compositives. Tampoc sembla que hi hagi una especial dificultat en entendre que els acords de la comissió de seguiment, en la mesura en què no suposin un procés de negociació, sinó de simple gestió puguin produir els efectes jurídics propis d'un acord o pacte convencional i siguin elevats al corresponent òrgan de govern per la seva aprovació, adquirint d'aquesta manera el corresponent caràcter vinculant a mode de circular, instrucció o ordre de servei que l'Administració dona per a l'execució d'una disposició de base convencional. De la mateixa manera resulta possible i convenient que en les instàncies pertinents es pugui produir una discreta discussió sobre quina és la relació entre els sistemes institucionals promocionats per les nostres Administracions que donen suport al sistema de solució i les comissions paritàries de seguiment.

5. Els conflictes tractats a través dels sistemes de solució

Els conflictes que poden ser tractats per vies compositives a tenor de l'article 45.2 EBEP són els derivats de la negociació, aplicació i interpretació de pactes i acords: "sobre las materias señaladas en el artículo 37, excepto para aquellas en que exista reserva de ley". D'aquesta manera la legislació d'ocupació pública distingeix entre conflictes d'interessos provocats per la negociació col·lectiva per a la determinació de regles reguladores de la relació i conflictes jurídics que versen sobre l'aplicació o interpretació de les regles convencionals prèviament existents.

Aquesta predeterminació planteja un seguit de problemes jurídics d'una indubtable transcendència com poden ser els següents:

a) Els conflictes que han de ser objecte de tractament per aquestes vies es limiten als produïts en el tractament de les matèries que han de ser objecte de negociació llistades a les lletres de l'article 37 EBEP, amb l'única excepció de la lletra k) que contempla com objecte de la negociació les matèries que afecten a les condicions de treball i a les retribucions dels funcionaris, la regulació de les quals exigeixi normes amb rang de llei. Al respecte, també s'ha de tenir present que en el règim jurídic de l'ocupació pública hi ha un seguit de matèries pròpies de l'estatut dels funcionaris que no apareixen entre aquelles que han de ser objecte de negociació com poden ser la correcta definició i delimitació de les classes de personal existents en el si d'una organització, la pèrdua de la relació de servei, els deures dels empleats públics i el seu codi de conducta, les situacions administratives, el règim disciplinari o el sistema d'incompatibilitats. De la mateixa manera, s'han d'excloure dels sistemes transaccionals les matèries que resulten excloses de l'obligació de negociar com poden ser les decisions de les Administracions que afectin a les seves potestats d'organització i no tinguin repercussió sobre les condicions de treball dels empleats públics, la regulació de l'exercici dels drets dels ciutadans i dels usuaris dels serveis públics, així com al procediment de formació dels actes i disposicions administratives, la determinació de les condicions de treball del personal directiu, els poders de direcció i control propis de la relació jeràrquica, la regulació i determinació concreta dels sistemes, criteris, òrgans i procediments d'accés a l'ocupació pública i a la promoció professional.

b) L'article 38.3 EBEP imposa la necessitat que els acords per assolir validesa i eficàcia siguin aprovats "expressa i formalment" pels òrgans de govern de les Administracions, un cop conclòs el procés de negociació i obtinguda una proposta de pacte o acord en la corresponent unitat de negociació. Per tant, resulta possible que l'acord obtingut en una mesa de negociació no sigui ratificat pel corresponent òrgan de govern, cosa que pot

suposar l'inici d'un procés de renegociació si així ho sol·licita la majoria d'una de les parts. És a dir, les possibilitats de producció i exteriorització d'un conflicte d'interessos es poden donar en el si de la negociació produïda en la mesa però també per la falta de ratificació del text convingut per l'òrgan de govern i en el mateix procés de renegociació. Per tant, el possible recurs als mitjans de solució es pot donar en dos moments diferents: en la negociació produïda en la corresponent mesa i en el procediment seguit per la ratificació d'un acord pel corresponent òrgan de govern.

c) En línia de continuïtat amb la reflexió anterior, s'ha de tenir present que l'article 38.7 EBEP assenyala que en cas que no hi hagi acord en la negociació, i una vegada esgotats, si s'escau, els procediments de solució extrajudicial de conflictes, correspon als òrgans de govern de les Administracions establir les condicions de treball dels funcionaris. Si atenem a la literalitat de la norma sembla que la falta d'acord en la negociació o en la renegociació pressuposa el recurs als mitjans de solució, "si s'escau". Una frase críptica que ens introdueix al debat sobre el caràcter obligatori o potestatiu de la utilització dels mitjans de solució com a pas obligatori i previ a la recuperació de la unilateralitat per part de l'Administració quan fracassen les negociacions entre les parts presents i actuant en la mesa del corresponent àmbit. Una expressió que pot guardar una estreta relació amb la de l'article 45.1 EBEP quan assenyala que per al coneixement i la resolució dels conflictes derivats de l'aplicació i interpretació dels pactes i acords, les Administracions públiques i les organitzacions sindicals "poden acordar" la creació, configuració i desenvolupament de sistemes de solució extrajudicial de conflictes col·lectius. La lectura integrada d'aquests dos preceptes és el que ha portat a la nostra doctrina judicial a concloure en un primer moment que el recurs als mitjans de solució de conflictes en els supòsits que no hi hagi acord en la negociació és de naturalesa potestativa tal com es dedueix de l'article 45.1 EBEP que utilitza l'expressió "podran acordar", un plantejament que es conté a la STSJ de Madrid de 5 de maig de 2011, JUR/2011/334168, a la de 6 de maig de 2001, JUR/2011/312612 i a les d'1 de juliol de 2011, JUR/2011/383768 i JUR/2011/383777. Més correctament, la STSJ de Catalunya de 28 de setembre de 2014, ROJ: STSJ CAT 10253/2014, afirmarà al caràcter potestatiu dels mecanismes de solució extrajudicial de conflictes en base a la estreta relació existent entre els articles 38.7 i 45.1 EBEP, que fan referència a la "possibilitat" de la seva existència, "si s'escau", i sense que de la literalitat d'aquests preceptes l'Administració es trobi en l'obligació de pactar els esmentats sistemes, la creació, configuració i desenvolupament dels quals es podrà acordar o no, de manera que no es pot tenir per obligatori el sistema de solució de conflictes mitjançant un mecanisme de mediació que prèviament no s'ha pactat, i que conseqüentment no té cap mena de desenvolupament procedimental, aquí la mediació és impossible perquè no existeix un contingut normatiu general o específic que empari o reguli la genèrica obligació de sotmetre's a mediació abans de la recuperació de la unilateralitat. Un plantejament que

ha fet reflexionar als nostres tribunals, concloent que la pura inactivitat de l'Administració en la creació de mitjans de solució, inclús encara que s'hagi pactat la seva implantació a través d'un marc determinat, impedeix el tràmit de mediació, amb la qual cosa l'Administració pot, per pròpia iniciativa, bloquejar el sistema de solució i l'obligació de sotmetre's a un mitjà de solució afavorint la seva acció unilateral en la determinació de les condicions de treball, tal com es pot veure a la STSJ de la Comunitat Valenciana de 26 de setembre de 2012, ROJ: STSJ CV 8037/2012. D'aquí que s'hagi de subratllar l'encert que representa la doctrina continguda a la STSJ del País Basc de 3 de març de 2011, ROJ: STSJ PV 5301/2011, que introdueix un matís d'extraordinari interès, advertint que l'article 38.7 EBEP, estableix que l'Administració podrà determinar unilateralment les condicions de treball dels funcionaris però condicionant l'exercici d'aquesta potestat, primer, a la falta d'acord en la negociació o en la renegociació i, segon, a l'esgotament dels procediments de solució de conflicte, si existeixen; aquesta és a judici del Tribunal la interpretació correcta de l'expressió continguda a l'article 38.7 EBEP; l'expressió "si s'escau" manegada pel text legal no significa que el procediment de solució de conflictes sigui de sotmetiment potestatiu o voluntari per les parts, el que és potestatiu és l'existència d'aquests procediments, podran existir o no, però si existeixen s'han d'esgotar amb caràcter previ a la recuperació de la unilateralitat. És voluntari, o millor, potestatiu fixar procediments de solució de conflictes, però si es varen fixar, si existeixen, s'han d'esgotar, i no és disponible per l'Administració ignorar-los o decidir la seva no utilització. Una posició aquesta última que al nostre parer resol correctament la tensió existent entre els diversos preceptes de l'EBEP que regulen els sistemes de solució i la seva funció en els processos de negociació i determinació unilateral de les condicions de treball dels empleats públics.

d) Els conflictes susceptibles de sotmetre's a un mitjà de solució són els derivats de la negociació, però aquest plantejament orientat d'aquesta manera significa deixar de banda els conflictes que donin lloc a la convocatòria d'un vaga, una tipologia de conflictes que tradicionalment s'han considerat incorporats a l'àmbit dels mitjans de solució. El tema és important perquè tradicionalment s'ha vist els procediments de solució de conflictes com un mètode alternatiu a les mesures d'acció directa fonamentades en una interrupció de la prestació dels serveis. Tanmateix, el cert és que no podem compartir una posició que defensi l'extensió dels mitjans de solució a qualsevol conflicte que doni lloc a una convocatòria de vaga. Aquesta posició és deguda a la indubtable potencialitat que conté una afirmació d'aquest tipus que en la pràctica suposaria una espècie de clàusula de tancament respecte a la resta de conflictes, doncs la previsió d'intervenció en aquests tipus de conflictes no s'empara en un objecte que pot resultar controvertit sinó en l'aptitud per desencadenar una convocatòria de vaga. Més breument, l'opció que mantenim és que la solució de conflictes ha de venir determinada per l'àmbit material de la negociació i aquest està configurat per la llei, això vol dir que una convocatòria de vaga no podria ampliar

indegudament aquest àmbit per intentar assolir una solució convencional sobre una matèria objecte de conflicte que ha quedat exclosa de la negociació per imperatiu legal. Senzillament, tot allò que poden aconseguir les parts com a resultat d'un acord col·lectiu, es pot transferir per a la seva composició a un mitjà de solució; però també, a la inversa, tot allò que constitueixi un límit insuperable per la negociació, s'acabarà presentant com una frontera pels mitjans de solució, encara que es pugui arribar a justificar com a fonament d'una acció de conflicte col·lectiu com és la vaga.

f) Si atenem ara als possibles conflictes que es poden produir en la interpretació i aplicació dels pactes i acords, és evident que aquests tipus de conflictes es refereixen única i exclusivament als que es desprenen de les normes col·lectives però no als que es puguin provocar per la interpretació i aplicació de les normes de dret objectiu, és dir, de les lleis i dels reglaments que es puguin dictar unilateralment pels corresponents òrgans de govern al marge sempre d'un procediment convencional. Això és així perquè els subjectes legítimits per la negociació i per a la solució dels induïts pels processos negocials no tenen la capacitat jurídica necessària per intervenir en un procés d'interpretació i aplicació que ha d'estar reservat als òrgans de govern i als jutges administratius. Qüestió distinta és que es pretengui contrastar la possible compatibilitat o contradicció de l'aplicació o interpretació d'una clàusula convencional envers a una norma de dret objectiu, resolent els dubtes existents a l'efecte o propiciant una interpretació que pugui resultar conforme amb la legalitat vigent, superant d'aquesta manera les reserves existents sobre un precepte convencional, o, en última instància, promovent una mediació o un arbitratge que es pronunciarà sobre la conformitat de la norma col·lectiva amb la norma legal de contrast. En aquests supòsits el que succeeix es que pretenem buscar una interpretació o una aplicació d'un acord que sigui concorde amb la norma de dret objectiu evitant la comissió d'una il·legalitat o procurant una significació del contingut d'un acord que es pugui ajustar a dret.

6. Els procediments de solució de conflictes

L'article 45.3 EBEP preveu que els sistemes de solució de conflictes estaran integrats per procediments de mediació i arbitratge. El mateix precepte assenyala que la mediació serà obligatòria quan ho sol·liciti una de les parts, mentre que el procediment d'arbitratge és sempre un mitjà de caràcter voluntari que s'ha d'acordar per les parts.

Lògicament, el primer problema que planteja aquest redactat és saber amb exactitud quines són les parts a les quals s'està atribuint la utilització dels sistemes de solució i la iniciació dels pertinents procediments de mediació i arbitratge. Lògicament, al nostre parer les parts són els subjectes legítimits per a negociar o per a interpretar i aplicar un acord col·lectiu, atenent sempre a l'existència d'un criteri estricte de correspondència entre

l'àmbit del conflicte i l'àmbit de la seva possible solució, més concretament les parts són les organitzacions sindicals representatives amb capacitat per estar presents i actuar en la corresponent mesa de negociació o en la pertinent comissió de seguiment.

Tanmateix, aquí s'ha de tenir present que tal com diu l'article 45.4 EBEP, l'acord aconseguit a través de la mediació o de la resolució d'arbitratge té la mateixa eficàcia jurídica dels pactes i acords col·lectius, sempre que els qui hagin adoptat l'acord o subscrit el compromís arbitral tinguin la legitimació que els permeti acordar, en l'àmbit del conflicte, un pacte o acord col·lectiu. Això vol dir que la decisió d'instar el procediment ha de comptar amb la majoria de la representació que el promogui contada en termes d'analogia conforme als criteris exigits per la constitució de la pertinent instància de negociació. Tot i això, aquí es pot diferenciar entre els subjectes legitimats per a la promoció del procediment de solució que, a tenor de l'article 35.1 EBEP, seran les organitzacions sindicals que representin, com a mínim, la majoria absoluta dels membres dels òrgans unitaris de representació en l'àmbit específic de referència, els subjectes que poden intervenir legítimament en el procediment de solució del conflicte que són tots els que tenen legitimació per negociar per ostentar la consideració de representatius en l'àmbit corresponent, i els que necessàriament hauran de donar la seva conformitat a la corresponent solució que hauran de constituir una majoria suficient de la representació, amb totes les dificultats que avui per avui existeixen a la funció pública per saber que és una decisió majoritària en el moment de subscriure un pacte o acord col·lectiu.

Amb tot, aquest plantejament que pot resultar de rebut en la gestió dels conflictes d'interessos admet segurament un seguit de matisos en els supòsits concrets dels conflictes d'interpretació i aplicació que puguin derivar-se de les comissions de seguiment. Aquí es tracta senzillament que l'acord col·lectiu prevegi que la comissió paritària es sotmeti a un sistema de solució com una opció alternativa a l'obertura del procediment d'aplicació o interpretació per les parts signants de l'acord amb capacitat de negociació. Òbviament, en aquest supòsit concret la conflictivitat es trasllada a la correcta delimitació del conflicte que ha d'ésser objecte de solució, la qual haurà de versar sempre sobre una aplicació o interpretació concreta sense que es pugui estendre a qüestions que puguin ésser conceptuals com a matèries objecte de negociació.

En tot cas, sembla que caldrà reconèixer al procés negociador ordenador dels sistemes de solució una certa capacitat per configurar els subjectes legitimats per a la seva utilització, capacitat que es pot ampliar si es té en compte que també es pot arribar a distingir entre els subjectes legitimats per activar una fase introductòria del procediment de solució, que serien totes les organitzacions sindicals amb capacitat per integrar la mesa de negociació o representades a les comissions de seguiment, i un moment posterior de consolidació de la legitimació representativa per presentar el conflicte i instar la seva resolució, en la qual

seria necessària la participació de la majoria obligada per tramitar el corresponent procés de solució.

La mediació obligatòria que pregonja l'article 45.3 EBEP s'ha de considerar sempre en el marc de la prèvia existència i configuració d'un sistema de solució de conflictes. Tal com s'ha dit amb anterioritat el procés de mediació resulta obligatori si el sistema de solució de conflictes i el procediment existeix i les parts s'adhereixen o, alternativament, regulen el mateix. Per tant, s'ha de ressaltar sempre que l'obligatorietat prevista per a la mediació es predica en el marc de la prèvia determinació d'un sistema o procediment de solució però no al marge del mateix. Tanmateix, l'obligació de la mediació com un sistema de promoció legal del mitjans de solució s'ha de relativitzar. La doctrina laboral sempre ha discutit el caràcter obligatori de la utilització dels mitjans de solució per entendre que la mediació necessita sempre del concurs actiu i lliure de voluntats, tot i que algunes veus autoritzades també han assenyalat que l'oposició inicial a una procés d'intervenció externa com és la mediació pot canviar de signe durant el procés medial en el qual es poden utilitzar al màxim la potencialitat de les tècniques expertes en mediació.

A banda d'aquesta qüestió el sistema de mediació que contempla l'article 45.3 EBEP s'apropa a un sistema de mediació formal. Aquest sistema no es limita a propiciar el contacte i l'enteniment entre les parts procurant facilitar la trobada de solucions alternatives. Aquí, tal com diu l'article 45.3 EBEP, el mediador o mediadors han d'oferir propostes de solució que podran ésser lliurement acceptades o refusades per les parts. Sembla, doncs, que el mediador està obligat a realitzar una proposta per a la solució de les controvèrsies més o menys formalitzada, proposta sobre la qual les parts s'han de pronunciar també més o menys formalment. Més enllà d'aquesta qüestió, entenc que seria convenient que la proposta del mediador i la posició de les parts quedés formalitzada per escrit per tal que es puguin fixar els termes del conflicte de la manera més clara possible, identificar els problemes plantejats i dotar de més rellevància, sistematització i base argumental a les distintes propostes i posicions. La proposta escrita del mediador i la resposta posicional de les parts, en un sentit positiu o negatiu, permetrà sempre avançar en la identificació dels punts de discrepància i de les raons en què es suporten els diferents arguments obligant a les parts a justificar les seves posicions, evitant respostes tàcites o sense fonament real, cosa que permet seleccionar per comparació els punts conflictius, i donar pas a una ulterior acció en termes de negociació i producció de noves propostes de solució.

A diferència del que succeeix en la mediació, les parts són lliures per acudir al procediment d'arbitratge. És important recordar que l'arbitratge és per naturalesa una tècnica de resolució voluntària atès que la imposició de la seva obligatorietat pot plantejar seriosos conflictes amb tres preceptes constitucionals: l'article 24 CE, que reconeix la tutela judicial

efectiva, l'article 117 CE, que atribueix l'exercici de la potestat jurisdiccional en tot tipus de processos exclusivament a jutges i magistrats, i l'article 106 CE que encomana a jutges i tribunals el control de l'actuació administrativa. Senzillament, el sotmeti-me'n d'un conflicte a arbitratge exclou o limita l'accés als tribunals, d'aquí que la premissa prèvia per poder considerar l'arbitratge com un sistema de solució de conflictes que es puguin acceptar pel dret constitucional citat sigui la seva voluntarietat. De la mateixa manera, l'arbitratge deixa de qüestionar la potestat jurisdiccional de jutges i magistrats si s'accepta que els arbitres no detenten aquest tipus d'autoritat sinó la reconeguda lliurement per les parts per a resoldre un conflicte a través d'una instància a la que s'acudeix voluntàriament. En aquesta mateixa línia s'ha de recordar que el control judicial de l'acció administrativa no hauria d'impedir una opció determinada i precisa per l'arbitratge en aquelles matèries sobre les que l'Administració està obligada a negociar conforme a la llei, opció que en cap cas portaria a qüestionar la subjecció de l'activitat administrativa a les instàncies jurisdiccionals.

Són aquestes idees i el redactat mateix de l'article 45.4 EBEP que ens porten a afirmar que en principi no pot haver una acceptació prèvia de l'arbitratge en qualsevol situació de conflicte que es pugui afirmar de forma general i incondicionada a través d'un acord col·lectiu. El text de l'EBEP ens diu que mitjançant el procediment d'arbitratge les parts poden acordar voluntàriament encomanar a un tercer la resolució del conflicte plantejat, comprometent-se per endavant a acceptar-ne el contingut. Per tant, l'objecte de l'arbitratge és un conflicte concret i determinat que prèviament s'ha de definir i acotar per les parts, això vol dir que l'autonomia de cada situació exigeix la seva consideració individualitzada a través del corresponent conveni arbitral, amb la qual cosa no seria possible permetre a un acord col·lectiu substituir el necessari consentiment per a cada cas concret per l'existència d'una clàusula de sotmetiment atorgada pels negociadors amb caràcter anticipat i general. En tot cas, d'existir, aquest compromís previ constituiria un estímul addicional perquè les parts en cada cas acudeixin a l'arbitratge, però de la seva existència no es podria derivar l'obligació de l'Administració de sotmetre's necessàriament al procediment arbitral que incidiria sobre la seva posició institucional i resultaria contrari a la delegació precisa d'autoritat per a la subscripció d'un acord de solució d'un conflicte que necessita d'una curosa identificació i delimitació prèvia a través d'un conveni arbitral que ha d'assenyalar amb precisió els punts sotmesos a decisió, punts que per a la seva vàlida determinació poden necessitar també d'un autèntic procés de negociació. Aquí s'ha d'insistir que les parts negociadores tenen l'obligació d'efectuar una tasca determinant en el procediment arbitral, recalcant la ineludible responsabilitat d'efectuar una elaboració prèvia de reconeixement i acceptació dels punts de desacord existents de manera que només es traslladin a l'àrbitre els concrets i específics aspectes de la qüestió que ha de resoldre en el seu laude.

Assumint doncs que l'autonomia i la voluntat de les parts resulten ser el fonament de la institució arbitral sobre un conflicte concret i determinat per aquestes mateixes parts, que es projecta sobre una matèria objecte de negociació o sobre la interpretació o aplicació d'una matèria que ha estat objecte de negociació, s'entén perfectament que l'article 45.4 EBEP ens recordi que es pot interposar recurs contra la resolució arbitral en cas que no s'hagin observat en el desenvolupament de l'actuació arbitral els requisits i les formalitats establertes a l'efecte o quan la resolució hagi versat sobre punts no sotmesos a la seva decisió, o que aquesta contradigui la legalitat vigent, un seguit tancat de causes d'impugnació a les que al meu parer caldria afegir la possible existència de tercers que hagin quedat afectats en els seus interessos pel laude arbitral, als quals no es pot privar de la defensa del seu dret i de l'accés a una tutela judicial efectiva.

7. Eficàcia jurídica dels acords i resolucions obtingudes a través de procediments de solució

Els efectes jurídics dels procediments de mediació i arbitratge es preveuen expressament en l'article 45.4 EBEP. Com ja s'ha dit l'acord obtingut a través de l'acord de mediació o de la resolució d'arbitratge tindrà la mateixa eficàcia jurídica i tramitació dels pactes i acords regulats a l'EBEP. Per tant, al nostre parer l'acord aconseguit en mediació o la decisió que conté el laude arbitral té l'eficàcia jurídica d'un acord obtingut en la mesa de negociació i com a tal ha d'ésser objecte de tramitació. És a dir, en el cas dels acords, per a la seva validesa i eficàcia jurídica serà necessària l'aprovació expressa i formal pels òrgans de govern de l'Administració i el seu corresponent registre, depòsit i publicació oficial. Al nostre parer, la intervenció d'un tercer en el procediment de negociació sobre una matèria que pot ser objecte de transacció no pressuposa un canvi de naturalesa dels efectes jurídics que es poden assolir a través de la negociació, que no resulten ser altres que l'elaboració d'una proposta d'acord, proposta que els òrgans de govern poden acceptar o no en funció de la valoració que es faci dels interessos públics en presència però que no es pot modificar o alterar, limitant-se l'òrgan de govern a aprovar o no aprovar l'acord obtingut a través d'un procés de mediació o de una resolució d'un arbitratge.

Pretendre una altra cosa significaria presumir que la intervenció d'un tercer transmuta els efectes jurídics volguts per la llei pels productes de la negociació col·lectiva en el sistema d'ocupació pública que consisteixen en la producció d'una proposta normativa a la qual l'òrgan de govern a través de la seva ratificació atorga validesa i eficàcia jurídica. Per tant, al nostre parer la representació de l'Administració executa l'acord convingut en mediació o la decisió continguda al laude arbitral amb la seva presentació i tramitació davant del

corresponent òrgan de govern per a la seva aprovació. En tot cas, el que sí es podria considerar, en el cas concret del laude arbitral, és que les possibilitats de no ratificació d'aquest s'han de considerar sempre limitades i s'han de fonamentar en les mateixes raons que permetrien el seu control per la jurisdicció administrativa, és a dir, la falta de procediment o forma en l'actuació arbitral, el excés en la resolució de punts no sotmesos a la seva decisió, la manifesta contradicció de la legalitat vigent o la producció d'una lesió directa, clara i evident dels interessos de tercers.

Barcelona, 17 de novembre de 2015

**LA TRANSPARENCIA ACTIVA Y SU
PROYECCIÓN SOBRE LA GESTIÓN
MUNICIPAL DE RECURSOS HUMANOS
EN CATALUÑA:
UN ANÁLISIS PRÁCTICO**

J. Javier Cuenca Cervera
Universitat de Valencia-Estudi General
Barcelona, 25 de noviembre de 2015

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN
2. SIGNIFICADO DE LA TRANSPARENCIA EN LAS POLÍTICAS MUNICIPALES DE PERSONAL
3. LA TRANSPARENCIA ACTIVA EN LA GESTIÓN MUNICIPAL DE RECURSOS HUMANOS
 - 3.1. Obligaciones de información en materia institucional y organizativa
 - 3.2. Obligaciones relativas a información de relevancia jurídica: criterios, decisiones y actuaciones en materia de personal
 - 3.3. Obligaciones de información económica, presupuestaria y estadística
 - 3.4. Obligaciones referidas a la planificación y programación en materia de recursos humanos
 - 3.5. Obligaciones referidas a la eventual actividad subvencional existente en la gestión de personal
4. EL DERECHO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA. BREVE REFERENCIA AL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO LOCAL
5. CONCLUSIONES

NOTAS

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. INTRODUCCIÓN

El ámbito natural de la idea del buen gobierno es la ciudad. El ejercicio, cívicamente digno, de esa actividad colectiva que conocemos como “política” tiene lugar en el municipio, el espacio socialmente epidérmico en el que testar el verdadero funcionamiento de nuestro entramado político-administrativo. No es necesario remontarnos a las reflexiones sobre la *polis*. Si ya Ambrogio Lorenzetti plasmó en 1340 los ideales y principios que no debían olvidar los ciudadanos que regían el *commune* en los frescos contenidos en una sala del ayuntamiento de Siena y los efectos beneficiosos que un ejercicio atento a procurar el bien procuraba, no olvidaba tampoco en sus alegorías los efectos perversos del mal gobierno: la tiranía, la corrupción y la discordia civil. Otra referencia pertinente, esta vez proveniente del periodismo de denuncia -“*muckraker*”- como la de Lincoln Steffens, integrado en el movimiento reformista de las ciudades estadounidenses y que colaboraría al arraigo en muchas de éstas del sistema de mérito, destacaba en 1906 en su obra “La vergüenza de las ciudades” el peso lastrante de los negocios e intereses privados, de los sobornos y la corrupción política en el funcionamiento anómalo de una estructura formalmente democrática. Ambos personajes por cierto utilizaron la expresión “buen gobierno” en sus obras, lo que nos debería hacer reflexionar acerca de la persistencia del problema y su proyección específicamente urbana¹.

Si me he permitido hacer esta introducción es para situar los problemas acerca del empleo público en el plano específicamente político de la cuestión. Máxime en un momento como el actual donde el reflujo de la marea ha dejado al descubierto nuestras vergüenzas. Si los años fundacionales de los gobiernos locales en nuestro país, los ochenta, caracterizados por lo perentorio de la agenda pública (equipamientos y políticas sociales sobre todo) apoyados por el flujo de dinero proveniente de Europa permitían obviar algunos aspectos, el contexto actual, caracterizado por una crisis económica persistente y un palpable descontento de la opinión pública con sus élites políticas ha evidenciado cómo en esos años han arraigado unas prácticas de gestión incompatibles con el respecto a las fines públicos. Conviene no dejar de lado esta perspectiva en terrenos como el de la gestión de personal, demasiado proclives a pensar en esta dinámica como algo exclusivamente interno. Tras la “Gran Recesión” y dando por descontado que no contaremos con los recursos de los ochenta, solamente generaremos crecimiento sustentable con **calidad institucional**, con un comportamiento de los agentes que interactúan en el ámbito público respetuoso con sus fines y valores. Y ello incluye a los **servidores públicos**, a sus **representantes** y a **quienes los dirigen**.

Es este contexto el que explica el surgimiento de diversas iniciativas tendentes en su mayor parte a relegitimar lo público frente a la ciudadanía. Un paradigma es el del *gobierno abierto* y sus ejes de intervención en el aparato político-administrativo: el énfasis en la participación ciudadana, en la colaboración de los usuarios en los servicios públicos y, sobre todo, un nuevo discurso: el de la apertura y la **rendición de cuentas** en todos los aspectos de su actividad. Si algo caracteriza al concepto de transparencia es que ha venido para quedarse. Lo que inicialmente pudo pensarse que era una moda de gestión de las muchas conocidas se ha transformado en un marco normativo que impone nuevas obligaciones y un nuevo estilo de gestionar los servicios públicos. Añádase a esta idea fuerza el impulso rupturista de todo lo relacionado con la administración electrónica, llamado a alterar los sistemas de trabajo y por ende a cambiar las relaciones sociales dentro y fuera del entorno público y llegaremos a la conclusión de que estamos

asistiendo a los primeros pasos de **una nueva Administración Pública**. Conviene equiparse con nuevas rutinas y modelos mentales. El juego conjunto de obligaciones legales y exigencias ciudadanas no tiene nada que ver con el de los años noventa o dos mil. No digamos con el de la época fundacional de lo local en nuestro país.

Así las cosas, me propongo en este trabajo explorar la afección del nuevo marco legislativo de la transparencia sobre un campo de actividad, la gestión de recursos humanos en los gobiernos locales catalanes. Para ello, partiendo de los objetivos y los valores que informan tanto la ley española, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LET) como de la catalana, la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LCT) analizaré qué supone este paquete legislativo, en primer lugar en lo que respecta a las obligaciones de publicidad o transparencia activa sobre los procesos y las herramientas de gestión de personal, siguiendo la clasificación del propio legislador. Finalizaré con un breve esbozo del impacto que puede suponer todo lo referente al derecho de acceso a la información pública, sobre todo en una materia, el acceso al empleo público, cuestión merecedora de una reflexión específica y que escapa al alcance de este breve trabajo.

2. EL SIGNIFICADO DE LA TRANSPARENCIA EN LAS POLÍTICAS MUNICIPALES DE PERSONAL

¿Cómo pensar la gestión pública de recursos humanos en este nuevo paradigma? A mi modo de ver un buen modo de acercarse a la cuestión es de la mano de la Carta Europea de la Autonomía Local (CEAL). Este documento rector del municipalismo europeo, vigente en nuestro ordenamiento jurídico desde 1989, nos recuerda en su artículo 6.2 que el Estatuto del personal de las entidades locales debe permitir la realización de dos fines: de un lado, reclutar personal “*de calidad*” y gestionarlo de modo adecuado una vez incorporado mediante procesos eficaces de formación, retribución y carrera; de otro, seleccionarlo *garantizando el mérito y la capacidad*. Esta declaración de objetivos tiene una virtualidad, la de enmarcar la gestión municipal de recursos humanos en su contexto, **su marco específicamente público**, que es precisamente lo que la dota de singularidad con respecto a la gestión privada. Tanto en lo que respecta a su acceso –la garantía de la igualdad de oportunidades– principio central en la articulación de los sistemas de mérito en el empleo público como en su otra dimensión, la proyección que sobre la sociedad tienen los trabajadores públicos, garantizando mediante esta institución la neutralidad de la Administración, separando los intereses públicos de los personales de quienes la dirigen o trabajan en ella (Du Gay, 2012: 221). Así pues, el entorno público de la gestión de personal es **singular**. De ahí la insistencia en no pensar los “temas de Personal” como algo exclusivamente interno, que sólo interesa a empleados públicos, representantes sindicales y con suerte, a políticos electos. Nunca lo ha sido y menos ahora.

Y es que hay que concebir la gestión del personal municipal como lo que es, una **política pública**. No se trata solamente de que en la misma encontremos unos actores (gobierno y oposición, partidos, empleados públicos, sindicatos) interactuando en un entorno institucional (organizativo y jurídico) produciendo unos efectos, buenos, malos o regulares de gestiónⁱⁱ. Es que la expresión “política pública” denota el doble objetivo al que se refiere la conocida como “constitución del municipalismo europeo”. Como “*policy*” tiene sentido que analicemos si sus procesos de gestión permiten disponer de

un personal *de calidad*: cómo son los resultados de la gestión en términos de eficacia y eficiencia, el “*value for money*” o valor público de la actividad referido al análisis acerca de si las prácticas de gestión permiten disponer de una plantilla dimensionada con un coste razonable. Pero, sobre todo, es relevante desde el punto de vista con que se iniciaba el artículo: la “*politics*” de la gestión del personal público. Esto es, al modo con que se ejerce dicha gestión, lo que nos conduce a aspectos como el de la responsabilidad, entendida no como algo meramente punitivo o mucho menos moral, sino como algo más práctico, como “*accountability*” en inglés o en castellano, cómo **controlabilidad** (Urdániz, 2015: 60) el grado en que los diversos actores ajustan su conducta a los fines públicos.

Pudiera parecer una aproximación un tanto teórica de la transparencia en el terreno tratado, tan técnico y tan interno. Pero este esquema conceptual se revela útil si realmente queremos analizar los valores implícitos y el significado, profundamente político, de las leyes de transparencia pública. Es, asimismo, el principio justificativo, más o menos explícito, contenido en las leyes, estatal y catalana de transparencia, ambas con un palpable soporte conceptual, el institucional, y con hipótesis similares acerca de cómo intervenir en el maltrecho, por tantos motivos (ajustes, corrupción) del ámbito público.

En efecto, un análisis atento de los **principios justificativos** de ambas normas permite explicitar las hipótesis manejadas por el legislador para justificar la introducción del principio de transparencia. Para el legislador estatal, la calidad democrática va estrechamente asociada a la **calidad institucional**, generadora a su vez de crecimiento económico. No carece de soporte teórico y empírico este discurso a luz de la reciente literatura y la investigaciónⁱⁱⁱ. También desde el plano normativo, de los valores, se ha destacado la relevancia de los arreglos institucionales garantes de la legitimidad derivada de la objetividad, la igualdad y el largo plazo, donde destaca la Función Pública cuando de asegurar el bien común se trata (Rosanvallon, 2010: 70). Es este conjunto de “ideas de política” el que hace posible entender el planteamiento de las leyes de transparencia, mediante las que el “(...) **sistema busca que los ciudadanos cuenten con servidores públicos que ajusten sus actuaciones a los principios de eficacia, austeridad, imparcialidad y, sobre todo, de responsabilidad**” (exposición de motivos de la ley 19/2013). La filosofía de la transparencia se revela así con una claridad meridiana: asegurar que quien tiene como responsabilidad gestionar lo público (los agentes) ajuste su comportamiento al interés de quienes en cuyo nombre actúa (el principal, la ciudadanía). Más conciso es el legislador catalán, que hace de la **legitimidad política** que puede venir también de la mano de una mayor responsabilidad de los gestores el objetivo de la norma (exposición de motivos de la ley 19/2014). Como fuere, así es como entender el objeto de las leyes: la transparencia de la **actividad** pública: el contenido material de la misma y el referido a la **conducta** de los agentes administrativos. Ambas dimensiones son las comprendidas en la noción técnica, política y jurídica, de transparencia.

3. LA TRANSPARENCIA ACTIVA EN LA GESTIÓN MUNICIPAL DE RECURSOS HUMANOS

El **art. 5.1 de la LET** impone unas obligaciones de publicidad o transparencia *activa*: “*las Administraciones Públicas publicarán de forma periódica y actualizada la información cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actividad pública*”. Establece así el **cuándo** (de forma periódica), la **calidad** de la información (siempre actualizada) y el **tipo** de información (la relevante para garantizar el conocimiento de la actividad y la controlabilidad a la que se ha hecho referencia). Este importante objetivo, que concreta la filosofía de la transparencia se completa con otro no menos relevante contenido en el **artículo 11 de la LET**: la información publicada deberá ajustarse a los principios de **accesibilidad** (hacer posible la identificación y búsqueda de la información), **interoperabilidad** (conforme al esquema nacional, recientemente modificado, por cierto) y **reutilización** (que haga posible su elaboración posterior).

Este planteamiento normativo es el que complementa la filosofía de los textos expuesta en el epígrafe anterior. Para realizar un análisis práctico se sigue la propia clasificación de la información empleada por el legislador, analizando de forma conjunta las leyes española y catalana. Al respecto hay que indicar que esta última siempre mejora y amplía lo establecida en la primera, siguiendo así la regla del art. 5.2 que indica que las obligaciones contenidas en la Ley 19/2013, “*(...) se entienden sin perjuicio de la aplicación de la normativa autonómica correspondiente o de otras disposiciones específicas que prevean un régimen más amplio en materia de publicidad*”. Referida al campo de la gestión del personal público su calidad técnica es notable, de ahí la conveniencia de efectuar el análisis práctico de la mano de la correspondiente legislación de empleo público, estatal, autonómica o local.

3.1.OBLIGACIONES REFERIDAS A LA INFORMACIÓN INSTITUCIONAL Y ORGANIZATIVA

Según la LET la información comprendida en este apartado incluirá las funciones que desarrollan, la normativa aplicable, la estructura organizativa que incluirá un organigrama actualizado y la suficiente para identificar a los responsables de los diferentes órganos y su perfil y trayectoria profesional (**art. 6.1 LET**). La ley catalana (**art. 9.1 LCT**), más explícita, reitera la referencia a los órganos y sus responsables, las funciones que tiene atribuidas la Administración y ya de modo más conciso diversos instrumentos de la gestión.

Como es sabido, la estructura organizativa es el modo en que la organización divide el trabajo y luego procede a coordinarlo (Mintzberg, 1983: 26). De ahí que sea obligatorio para el legislador estatal el **organigrama**, la plasmación gráfica de esa horizontalidad, la división funcional (unidades) y la altura de la misma (los niveles jerárquicos). *Órganos*, como tal en la Administración Local lo son el Pleno, la Alcaldía, la Junta de Gobierno Local y las Comisiones informativas en su caso. Es decir, aquellos que dictan resoluciones o con atribuciones capaces de producir efectos a terceros (art.5.1 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, LRJSP). Pero junto a la arquitectura política de las competencias (el cartapacio municipal o la división entre delegaciones, tenencias de alcaldía y concejalías) es pertinente la información sobre la estructura administrativa, esto es, las *unidades* administrativas. Y conviene no olvidar que las

unidades se crean mediante las relaciones de puestos de trabajo (antiguo art. 7.1 de la LOFAGE y actual art. 59.3 de la LRJSP), que concretan cómo se materializan las funciones asumidas y los puestos de trabajo encargados de asumir las tareas respectivas, de ahí la relevancia del instrumento comprensivo. Hablando de funciones, en el ámbito local lo pertinente es hablar de *competencias*. Y a mi juicio la mejor manera de informar es a través de hacer pública la “**cartera de servicios**” de la respectiva Entidad Local, con la clasificación que se estime conveniente: por áreas sectoriales, grupos de población o más jurídica, por servicios obligatorios o impropios.

En este apartado lo más relevante es la ley catalana. Si el art. **8.1.d** obliga a hacer pública la plantilla, la relación de puestos de trabajo y el “régimen retributivo”, su detalle lo encontramos en el **art. 9.1**. Así, la información a suministrar comprende la **Relación de Puestos de Trabajo (RPT)**, incluyendo al personal funcionario, laboral y eventual, la Plantilla (de plazas), la relación de contratos temporales y los interinajes no vinculados a ningún puesto de la RPT. En este punto conviene echar mano de la legislación sectorial para aclarar el alcance de las obligaciones. En primer lugar, manejar una noción amplia de qué significa *RPT*. El Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP, Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba su texto refundido) habla de un instrumento que sirve para “estructurar” la organización administrativa, sea relación de puestos “*u otro instrumento organizativo similar*”. Encontraríamos aquí la variada casuística local: bien como mínimo los “**catálogos**” a que se refiere la disposición transitoria segunda del Real Decreto 861/1986, de 25 de abril, sobre régimen de retribuciones de los funcionarios de Administración Local (RRFAL) bien documentos denominados “manuales de funciones y perfiles”, “relaciones descriptivas” o similares, que contengan la información mínima del art. 74 del EBEP: denominación de los puestos, las plazas que pueden desempeñarlos (los grupos y las escalas), los sistemas de provisión y las retribuciones complementarias. Encontramos aquí por cierto una obligación adicional, ya vigente, de publicidad. En el caso catalán el contenido de estos instrumentos de ordenación está fijado además en los artículos 25 y 29 del Decreto 214/1990, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Personal al servicio de las Entidades locales. Se hace público, por tanto, en primer lugar, la relación de plazas de plantilla, su número, agrupado por regímenes jurídicos (funcionario, laboral, eventual), por Escala, Subescala y en su caso, Clase y Categoría y lógicamente Grupo y Subgrupo de titulación (A1, A2, B, C1, C2 y Agrupaciones Profesionales). El contenido de la RPT junto a la información expuesta del elemento objetivo de la organización, incluye tanto las **tareas** atribuidas a los puestos, de estar desarrolladas, como el concreto **sistema retributivo**: el nivel del complemento de destino y el tipo, código y cuantía del complemento específico. Ambos complementos, por cierto, en algún apartado deben contener su cuantía, bien por remisión a la Ley de Presupuestos en el caso del complemento de destino, bien con la cuantía concreta de cada uno de la tabla de específicos en el último caso. El objeto es disponer de información suficiente sobre el “*régimen retributivo*”. Y a este respecto la casuística es variada. La referencia al “régimen” y no solo a la RPT permite pensar que junto a las complementarias ligadas al **puesto de trabajo** deben hacerse públicas otras remuneraciones, como el complemento de **productividad**, público por definición (antiguo art. 23.1.c de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas de reforma de la función pública y at. 5.4 del RRFAL), en toda su variada problemática: bien porque remunera elementos materialmente ligados al puesto (dedicaciones, tipos de jornada, “operativos”) bien si remuneran la consecución y el logro de objetivos. También constituyen información pública las “**gratificaciones por servicios extraordinarios**”, sus criterios y sus cantidades. Habida cuenta de que en este

apartado no hablamos de puestos sino muy probablemente de personas (aparte de los criterios hay que incluir las **cantidades percibidas**) hay que estar atento a los límites de la información contenidos en los artículos 14 y 15 de la LET y 20 y 21 de la LCT. Si bien los referidos a la protección de datos personales a que se refiere la legislación estatal (el art. 7.3 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre) no se hallan comprendidos en el supuesto (ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial, salud o vida sexual) es conveniente recurrir a la opción de la disociación de datos (art. 15.4 LET) de modo que se conozca la información sin identificar las concretas personas. Esta es la solución también de la ley catalana (art. 24.1) pero no hay que olvidar otro principio de la ley catalana: los límites no son discrecionales. Salvaguardando la identidad, pero facilitando la información (art. 20.3), referida a mi juicio sin problema a lo que la legislación catalana denomina “(...) *información directamente relacionada con la organización y el funcionamiento de la actividad pública de la Administración* (...)”. Este tipo de datos lo son claramente, y para facilitar su ejercicio, el legislador catalán, además de la opción de la disociación, proporciona otro principio al que acudir: el de la proporcionalidad (art. 22).

RPT, Plantilla de Plazas y “régimen retributivo” aportan información de calidad acerca de la actividad de la entidad local en materia de gestión de personal. Pero nuevamente el legislador catalán destaca por su esfuerzo al respecto al referirse a **la relación de contratos temporales e interinajes** no vinculados a ningún puesto permanente. ¿Qué incluye este epígrafe? En primer lugar, si los laborales fijos se encuentran incluidos en la RPT y los temporales deben hacerse públicos, no ofrece dudas interpretativas el que los laborales “*indefinidos no fijos de plantilla*” deben incluirse en la información pública. Así, junto a la previsión de contratos o plantilla temporal, la entidad local debe informar sobre aquellas situaciones irregulares que, aun subjetivamente no permanentes, formar parte de modo objetivo de la plantilla de personal “estructural”, en su variada problemática, bien por sentencia, bien por su carácter continuado. Son una clase de personal (art. 8.2.c) del EBEP. Por lo que respecta a los interinos, junto a los más habituales de interinos “por vacante” o “accidentales” (art. 10.1 del EBEP, apartados a y b), ligados a puestos incluidos en la RPT, encontramos la obligación, pertinente, de incluir los no vinculados a puestos permanentes. Ello supone proporcionar información fiable y actualizada, bien sobre los interinos “por acumulación de tareas”, bien los ligados a algún programa de carácter temporal, figuras ambas como es conocido, introducidas en 2007, reformadas por la Ley 15/2014 y finalmente consolidadas en el actual 10.1 del EBEP (apartados c y d). Deberán hacerse públicos **el programa, la duración y su justificación**. Los destinos concretos y las tareas asumidas. El objetivo es claro: conocer los efectivos para prestar los servicios públicos, su situación y problemática, incluyendo tanto los directos, donde la entidad local es la empleadora, como los indirectos, los **contratados y subcontratados** por los adjudicatarios de los diversos servicios públicos (**art. 9.1.h**) conectando así las obligaciones de supervisión contenidas en el art. 42 del Estatuto de los Trabajadores y en la legislación de prevención de riesgos laborales con las de información pública, lo que posibilita en todo caso un mayor control.

Con ser relevante la información contenida en este epígrafe, no se agotan con las expuestas hasta ahora. También deben hacerse públicas las **convocatorias** y los resultados de los procesos selectivos de provisión y promoción del personal, así como las listas (**art. 9.1., apartados e y g, de la LCT**). **Provisión y promoción** hacen referencia a los procesos de gestión emprendidos para quienes ya son **empleados públicos**. Se separa así del acceso, algo lógico por otra parte. Cuando de ingreso se trata

no hay empleados, sino ciudadanos. La información debe contener la convocatoria, sus bases reguladoras, los actos de trámite y los resultados finales, incluyendo los criterios de los órganos técnicos decisores, tanto en las propuestas iniciales como en sus procesos de actuación subsiguientes: quiénes son nombrados, la información que permita su control y todo lo referido al variado régimen de las **adscripciones provisionales** (comisiones de servicio incluidas). Al respecto no hay que olvidar que constituyen “información pública” los documentos sobre esta materia que obren en poder de la Administración, elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones, pero excluyendo la de carácter auxiliar o de apoyo tales como notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones o más discutiblemente, los informes internos (arts. 13 y 18 LET). Ello tiene relevantes consecuencias no tanto en materia de publicidad activa como en materia de acceso a la información, por lo que se trata más adelante al abordar la cuestión de las oposiciones.

También existe obligación de información sobre los **“altos cargos”**. Además de lógicamente considerar incluido al personal eventual, ya citado expresamente con anterioridad, con este término en el ámbito local debemos considerar lo que son los “directivos públicos”, considerando tales bien los reclutados conforme al art. 13 del EBEP en organismos autónomos o empresas, bien los gerentes municipales, bien los nombrados, por ejemplo, en las diputaciones (art. 32 bis de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, LBRL, en la redacción dada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad, LRSAL). En la definición se incluirían en sentido amplio, los definidos en la disposición adicional decimoquinta de la LBRL: aquellos que “(...) *ejerzan funciones de gestión o ejecución de carácter superior, ajustándose a las directrices generales fijadas por el órgano de gobierno de la Corporación, adoptando al efecto las decisiones oportunas y disponiendo para ello de un margen de autonomía, dentro de esas directrices generales.*”

Finalmente, y en lo que constituye otra novedad significativa que conviene saludar respecto a la normativa estatal, el legislador catalán impone obligaciones adicionales de información en un ámbito, lo que en sentido amplio podríamos denominar como el de “relaciones laborales” o mejor, las **“relaciones colectivas en el empleo público”**, cuestión a la que dedica dos apartados: **el art. 9.1.i y el 9.2**. El primero va referido a los **“convenios, acuerdos y pactos de naturaleza funcional, laboral y sindical”**. Es decir, **todos** los resultados derivados de los procesos de la negociación municipal, laboral y funcional. Encontramos aquí tanto los “convenios colectivos” del artículo 82 del Estatuto de los Trabajadores, como los más limitados “acuerdos” referidos a materias concretas (jornada, clasificación profesional, sistema retributivo) con toda su variada casuística y régimen de adopción de acuerdos (la norma no distingue entre pactos estatutarios o extraestatutarios) del personal laboral como los pactos y acuerdos normalmente alcanzados (o negociados, el matiz es importante) **“(...) en el seno de las Mesas de Negociación correspondientes (...)”** (art. 38.1 del EBEP), que suelen ser normalmente la Mesa de Negociación de la Entidad Local, bien para el personal funcionario, bien la conjunta para todos los empleados públicos. No se excluye a mi juicio la información si el órgano está irregularmente constituido o no es el adecuado. Es sabido que en el diverso panorama municipal encontramos denominaciones diversas (pactos, acuerdos conjuntos, mixtos) y sujetos negociadores también variados (comités de personal o juntas de personal, como órganos unitarios, asumiendo facultades negociadoras reservadas a los órganos sindicales). Como fuere, lo sustantivo es el resultado, y sobre el mismo pesa la obligación de información, hay que tener en cuenta

que sobre la negociación colectiva pública, junto a los de legalidad, cobertura presupuestaria o buena fe negocial, pesa una obligación específica: la de transparencia (art. 33.1 del EBEP). Por cierto, que quizá esta obligación contribuya a erradicar un endemismo de la negociación colectiva municipal: su **informalidad** (Cuenca, 2015: 114), esto es, la no remisión (obligatoria según el art. 38.6 del EBEP) a la oficina pública correspondiente y su posterior publicación en el boletín oficial de la provincia^{iv}.

Por otra parte, la LCT también impone el principio de publicidad activa en relación con los **liberados sindicales** y su **crédito horario**. Dicha obligación hay que entenderla asociada a la nueva regulación comprendida en la disposición adicional decimoquinta del EBEP, ya anticipada en su día por el art. 7º del Real Decreto ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad: la obligación de cada una de las Administraciones Públicas, incluyendo como es obvio cada una de las Entidades Locales, de constituir un **“Registro de Órganos de Representación del Personal”** en el que sean objeto de inscripción o anotación tanto los aspectos referidos a los órganos unitarios como los sindicales, los créditos horarios y sus eventuales cesiones, incluyendo los pactos que afecten al régimen de asistencia al trabajo. Pues bien, sobre toda esta temática incluida en el Registro, de constitución obligatoria, recae la obligación de transparencia activa. Es más, la ley catalana incluye no solo la información eventualmente dissociada de los datos personales, sino una **obligación de elaboración de información**: los costes que las liberaciones (la acumulación en un miembro del sindicato) generan y el número de horas sindicales utilizadas, entendiendo en tal información el número y tipología del crédito (horas por permiso, por sindicatos y por días). Dada la amplitud del precepto la obligación de información no solo va referida a los créditos horarios contemplados en el EBEP o en el ET, sino en otras normas si los efectos son la ausencia remunerada del puesto de trabajo para el ejercicio de funciones representativas (Ley de Prevención de Riesgos Laborales; Ley Orgánica de Libertad Sindical). Se introduce así un completo marco de rendición de cuentas en esta materia central del empleo público.

3.2.OBLIGACIONES REFERIDAS A LA INFORMACIÓN DE RELEVANCIA JURÍDICA: CRITERIOS, DECISIONES Y ACTUACIONES EN MATERIA DE PERSONAL

Tanto el artículo 7 de la LET como el 10 de la LCT coinciden en imponer un deber de publicidad activa: el referido a las directrices, directivas, instrucciones, acuerdos, circulares, normas o respuestas (anonimizadas, como especifica la ley catalana) a consultas planteadas en relación con la aplicación de normas. Es una obligación en sentido amplio que trata sobre todo de proporcionar **seguridad jurídica** al empleado público. En el caso que nos ocupa la misma es predicable respecto a las normas que afectan al empleado público en el sentido de aportar información acerca de los **criterios** tenidos en cuenta en los diversos procesos de gestión que le afectan y de los proyectos planteados al respecto. De ahí que los preceptos, en especial la legislación catalana (**art. 11.1.d**) incluyan la obligatoriedad de ser transparentes en las *“(...) memorias y los documentos justificativos de la tramitación de los proyectos o anteproyectos normativos”*. Sabido que la justificación de la norma es explicitar los criterios tenidos en cuenta en los diversos campos de la política de personal, un elemento imprescindible en la percepción de justicia organizativa, de la equidad interna, determinante como es sabido del nivel de compromiso del empleado público y por tanto de su nivel de rendimiento (Cuenca, 2010: 19), los ámbitos sometidos a información pública serían los siguientes:

- Lo relacionado con el **tiempo de trabajo**: calendario laboral y cuadrantes. Como es sabido, las diversas Administraciones Públicas son competentes para establecer cada una de ellas tanto la jornada laboral como las especiales de trabajo (art. 47 del EBEP), si bien en las entidades locales la referencia “*en cómputo anual*” lo es con respecto a la vigente en la AGE (art. 94 LBRL). Tal ordenación del tiempo de trabajo lo es mediante un instrumento técnico, el “**calendario laboral**”, que establece la distribución de la jornada y la fijación del horario en cadencia diaria, semanal y anual de la jornada de los diversos servicios municipales (policía local, biblioteca, servicios personales, personal burocrático, vía pública) y su eventual distribución irregular, teniendo presente en su elaboración el criterios de responder a las “necesidades del servicio”, conforme a la Resolución de 28 de diciembre de 2012, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, rectificada por la de 16 de septiembre de 2015. Esta norma, en su apartado 2.5 impone una obligación específica de publicidad al disponer que “*(...) los calendarios laborales serán públicos a fin de asegurar su general conocimiento, tanto por parte de los empleados públicos y de sus representantes legales y sindicales, como de los ciudadanos interesados*”.
- Otro ámbito de publicidad es el referido a los **permisos y licencias**. En este terreno es directamente aplicable sin discusión la normativa autonómica (art. 142 del TRRL). Cuestión distinta es que tanto la casuística, como la concurrencia de normas estatales y autonómicas como en fin, la variedad, abonen el terreno para una rica problemática. Ello explica el interés del legislador en hacer público el “**régimen de vacaciones y permisos**” cuando lo impone como uno de los deberes de los órganos unitarios de representación del funcionario, las Juntas de Personal (art. 40.1.d del EBEP). Pues bien, muchas entidades locales, conocedoras del papel del precedente en el ámbito administrativo -aun reconociendo el limitado papel como fuente reguladora hay que recordar que “*(...) los criterios seguidos en actuaciones precedentes*” juegan su papel (art. 35.1.c de la LPAP)- suelen publicar sus **guías o manuales** de permisos licencias, por la conveniencia de hacer públicos cómo por ejemplo se cuentan los días de permiso, sobre todo en servicios con jornadas distintas de las 7.5 horas, cómo se justifican o incluso, qué se entiende por familiar o enfermedad grave. Esta información entraría dentro del supuesto y, por tanto, sería objeto de publicidad activa, bien en la forma descrita, bien en el formato de directiva, instrucción o circular.
- Otro precepto relevante es la referencia a la publicidad de las “*memorias y documentos justificativos*” de los proyectos. En el caso que nos ocupa la motivación está clara: siendo un principio básico de la gestión el **motivar** las potestades discrecionales (amplias por ejemplo en los sistemas de estructuración del empleo público como son las relaciones de puestos de trabajo), además del deber de negociación colectiva impuesto en el art. 37 del EBEP se impone uno adicional, el de su motivación (at.35.i.j de la LPAP). De ahí que para controlar la potestad organizatoria, la opción por una decisión entre varias posibles, se obligue a justificarla. Y a hacerla pública. Por tanto, **informes técnicos, organizativos, jurídicos, memorias y similares**, referidos a ámbitos colectivos, globales, organizativos, de la gestión de personal se encuentran sometidos al deber de publicidad activa. Se excluirían, según la normativa estatal la mera

información auxiliar o de apoyo, tales como “(...) *notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos entre órganos (...)*” (art.18.1.b LET), pero no los documentos técnicos justificativos de la decisión. Piénsese en la **memoria técnica** de aprobación de una valoración de puestos de trabajo, del documento motivador de la estructura, o de los “*antecedentes, estudios y documentos*” justificativos de que las plantillas municipales responden a los principios de racionalidad, economía y eficiencia (arts. 126.1 del TRRL y 90.1, primer párrafo, de la LBRL).

- Lo expuesto en los párrafos anteriores es a título ejemplificativo de diversos ámbitos sometidos a transparencia. El principio interpretativo en este terreno es, conviene, reiterarlo, toda norma interna susceptible de **justificar** la adopción de decisiones de política de personal. Es decir, permitir el conocimiento de la actividad pública que rodea a esta política.

12

3.3.OBLIGACIONES REFERIDAS A LA INFORMACIÓN ECÓNOMICA, PRESUPUESTARIA Y ESTADÍSTICA

El **artículo 8.1 de la LET** introduce novedades significativas: se somete al principio de publicidad o transparencia activa “*como mínimo*” campos sensibles de la gestión del personal público como son los presupuestos, las retribuciones de los altos cargos y máximos responsables de las entidades y, en fin, las resoluciones de autorización o reconocimiento de compatibilidad que afecten a los empleados públicos, así como, significativamente, “*La información estadística necesaria para valorar el grado de cumplimiento y calidad de los servicios públicos que sean de su competencia (...)*”. El carácter de mínimo de la norma estatal cobra relevancia cuando se analiza la completa legislación catalana. Esta, **adicionalmente** incluye: las **retribuciones, indemnizaciones y dietas** no solamente de los altos cargos, sino también del **personal directivo** de los entes públicos (**art. 11.1.b**). De modo significativo incluye, además, la información “general” sobre las retribuciones, indemnizaciones y dietas percibidas por los “**empleados públicos**”, en general, si bien con un matiz, que la información se proporcionará “**agrupada**” en función de los niveles y cuerpos.

En términos prácticos la información es la contenida en el **capítulo 1º** de los presupuestos de una entidad local cualquiera. Por otra parte, la información sobre retribuciones es la incluida normalmente en los conocidos “**anexos de personal**” o “**plantillas presupuestarias**” a que hacía referencia el antiguo Real Decreto 500/1990, que obligaba a incluir todos los puestos de trabajo de una organización, “debidamente valorados”. A mi juicio, vale esta información, siempre y cuando se presente disociada, es decir, sin incluir los datos personales del empleado público. Si bien con dos novedades relevantes: en primer lugar, que si hasta ahora esa información era de manejo usual por cargos electos y representantes unitarios y sindicales, pasa a serlo de conocimiento público. Y en segundo lugar y más importante, que sí obliga a una cierta labor de elaboración, bien por cuanto habla de información estadística o agrupación por niveles y cuerpos, de las cuestiones retributivas. Quizás lo más sencillo sea hacer pública la información mensual remitida al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (el **aplicativo ISPA**) en virtud de la Orden HAP/2105/2012, de 1 de octubre, por la que se desarrollan las obligaciones de suministro de información previstas en la

Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, LOEPSF).

Sí es importante destacar el tipo de información sometida a transparencia: sueldo base, complementos ligados al **puesto**, todo el variado elenco de la **productividad**, y el no menos imaginativo de las **gratificaciones por servicios extraordinarios**. Si el apartado anterior obligaba a hacer públicos los *baremos* y modo de cálculo de los componentes de la nómina del empleado público (cómo se calcula el específico o la tabla de gratificaciones por servicios extraordinarios por subgrupos, por poner un par de ejemplos) este epígrafe pretende arrojar luz sobre las **cantidades** efectivamente abonadas. Es así como cobra sentido el término **“régimen retributivo”** de la LCT. Para su contraste es recomendable la presentación de la información en el sentido indicado, por niveles y cuerpo. O mejor, por puestos-tipo y por ámbitos funcionales: vía pública, servicios personales, policía local o administración general, por poner un ejemplo.

13

3.4.OBLIGACIONES REFERIDAS A LA INFORMACIÓN SOBRE LA PLANIFICACIÓN Y PROGRAMACIÓN EN MATERIA DE RECURSOS HUMANOS

El **artículo 6.2 de la LET** dispone que *“Las Administraciones Públicas publicarán los planes y programas anuales y plurianuales en los que se fijan objetivos concretos, así como las actividades, medios y tiempo previsto para su consecución. Su grado de cumplimiento y resultados deberán ser objeto de evaluación y publicación periódica junto con los indicadores de medida y valoración, en la forma en que se determine por cada Administración competente.”* Mejor formulada, la **LCT** impone en su **art. 12** que *“La Administración debe hacer públicos, en aplicación del principio de transparencia, los planes y programas anuales y plurianuales, de carácter general o sectorial, que establecen las directrices estratégicas de las políticas públicas. Asimismo, deberán publicarse las auditorías internas y externas de evaluación de la calidad de los servicios públicos.”* De modo específico, incluye en este deber de publicidad activa la memoria económica, los estudios e informes técnicos justificativos y la metodología de los mismos.

Esta información es el núcleo, la verdadera **pieza central de la transparencia** en la actividad. Es la que permite conocer el proceso decisorio, y si el mismo está debidamente fundado o es fruto de la improvisación, o peor, responde a intereses de parte. En el terreno de la gestión pública de recursos humanos obliga a justificar que esta tiene lugar en un marco racional, de ahí la relevancia de los procesos de planificación estratégica a los que seguidamente se hace referencia. Como poco, es el cauce para proporcionar la información técnica en que se basa la ordenación de la gestión, tanto en lo que se refiere a los instrumentos de la misma (plantillas, relaciones de puestos, acuerdos de condiciones de trabajo) como el fundamento técnico de cada uno de los ámbitos de la política de personal: el acceso, las retribuciones o la carrera profesional. Es un precepto, el artículo 12 de la ley catalana, que a mi juicio hay que leer conjuntamente con los apartados d) y e) del artículo 9 de la misma ley. Si esta última busca conocer los datos existentes, este apartado busca conocer las razones, los motivos en los que se basa, alterando de modo sensible la **actividad** de la gestión del personal público.

- Ejemplificando, se incluirían en este punto, tanto las memorias de plantillas y RPT, como los informes técnicos de valoración a los que ya se ha aludido, como la parte de la política de personal a que haga referencia una herramienta típica en

las entidades locales catalanas como el **plan de mandato** o similar, tales como **cuadros de mando** integral, sistemas de indicadores y también los proyectos de evaluación de la **calidad**, en su variado formato (ISO, EFQM, CAF), incluyendo su **fundamento metodológico** y su adaptación concreta.

- Por supuesto, el apartado engloba también lo específico de los planes de personal, tanto en su forma de “*Planes de Ordenación*” previstos en el art. 69 del EBEP, donde se prevé la determinación de las disponibilidades y necesidades de personal y los procesos necesarios para alcanzarlos: es decir, los **planes estratégicos de recursos humanos** con independencia de su denominación. Adicionalmente, un medio de planificación que cabe entender como vigente a tenor de la disposición final cuarta, apartado 2 del EBEP, la adicional vigésimo primera de la LMRFP, que prevé que “(...) *las Corporaciones Locales, de acuerdo con su capacidad de autoorganización, podrán adoptar, además de Planes de Empleo, otros sistemas de racionalización de los recursos humanos, mediante programas adaptados a sus especificidades, que podrán incluir (...) incentivos a la excedencia voluntaria y a la jubilación anticipada*”. La potestad de planificación, reconocida en el art. 4.1.c de la LBRL, proyectada sobre la gestión de personal significa que, además de los planes de ordenación a los que se ha hecho referencia, el gobierno local dispone de una variada panoplia de “**sistemas de racionalización**”. Son conocidos al respecto, los planes de estabilización o consolidación de empleo precario, de promoción interna y movilidad, los de clarificación y simplificación retributiva y los de funcionarización, por poner algunos ejemplos. Pues bien, sobre todos ellos se proyecta el deber de transparencia o publicidad activa.
- Se englobarían en este apartado los **planes de formación** de la respectiva entidad local, elaborados al amparo de la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral como específicamente, los contemplados en la Resolución de la Secretaria de Estado para las Administraciones Públicas de 19 de julio de 2013, por la que se rectifica el Acuerdo de Formación para el Empleo de las Administraciones Públicas (AFEDAP). La obligación de publicidad pesa sobre cualquier tipología de plan: unitarios, agrupados o interadministrativos. En esta última normativa, en su artículo 12 se define el contenido del Plan de Formación: sistema de detección de necesidades, objetivos, colectivos afectados, opciones metodológicas, previsiones de seguimiento, criterios de evaluación, calendario de ejecución y coste del mismo. Pues bien, estos son los contenidos sometidos a información activa, además de lógicamente de los datos de partida que los sustentan y la evaluación de los mismos (valoración, impacto, uso de los permisos de formación, etc.)
- Por último, otro ámbito de la planificación/programación de la gestión del personal sometido al deber de información pública es el referido a los **planes de igualdad** tendentes a concretar la igualdad de oportunidades y evitar la discriminación entre mujeres y hombres en el ámbito laboral. Como es sabido, los mismos vienen recogidos en la actual disposición adicional séptima del texto refundido del EBEP de 2015 (antigua adicional octava en el texto de 2007). Los

contenidos del plan (objetivos, estrategias, sistemas de seguimiento), de confección obligatoria por cierto, se hallan establecidos en el art. 46 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres (LOI). Este marco normativo establece en su artículo 47 una obligación específica de transparencia en la materia, comprendidas por tanto en el principio de publicidad activa, al garantizar el acceso de la representación legal de los trabajadores y trabajadoras o, en su defecto, de los propios trabajadores y trabajadoras, a la información sobre el contenido de los planes de igualdad y la consecución de sus objetivos. Como fuere, la transparencia se predica tanto del **contenido** de los planes, como de los **datos** que sustentan los mismos como de sus **efectos**, en ámbitos como el impacto de género en el acceso al empleo público (art. 55), como el uso de permisos y licencias dirigidos a la conciliación de la vida familiar y laboral (art. 56), de los protocolos dirigidos a prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo (art. 62) como en suma de los efectos del mismo (art. 63), lo que supone estructurar la información desagregando por sexo los datos de la plantilla por grupos de titulación, nivel de complemento de destino y retribuciones promediadas.

3.5.OBLIGACIONES REFERIDAS A LA EVENTUAL INFORMACIÓN SOBRE LA ACTIVIDAD SUBVENCIONAL EXISTENTE EN LA GESTIÓN DE PERSONAL

Finalmente, en este repaso de la información relacionada con la actividad que sobre el empleo público local se encuentra sometida a transparencia resulta significativo el art. 5 de la ley catalana, según el cual debe hacerse pública una relación actualizada de las subvenciones y ayudas públicas otorgadas, con indicación de su importe. ¿Cómo afecta este mandato a los “temas de personal”? a **dos terrenos** a mi juicio que hay que hacer público si no se han incluido anteriormente en el epígrafe “régimen retributivo” o “costes sindicales”: las conocidas como “**ayudas sociales**” destinadas a satisfacer prestaciones médico-sanitarias o asistenciales a la plantilla y las ayudas indirectas otorgadas por la entidad local a los **representantes unitarios y sindicales** de los empleados públicos (locales, subvenciones para su actividad en forma de transferencia, costes indirectos, etc.). Con todas las prevenciones que se quiera (información disociada, por ejemplo), pero es indudable que ambas se incluyen dentro de la “actividad” relacionada con la gestión del personal público (**arts. 5.1 LET y 1.1.a LCT**).

4. EL DERECHO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA. BREVE REFERENCIA AL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO

El derecho de acceso a la información pública, la transparencia activa, se configura en el marco jurídico de manera amplia. Para el **art. 12 de la LET** se contempla para “*todas las personas*”, en los términos previstos en el art. 105.b de la Constitución. Más concreto, como suele, es el **art. 18 de la LCT**, que lo contempla asimismo para las personas, a título individual o en nombre y representación de cualquier persona jurídica legalmente constituida. Para ambas, “**información pública**” son los contenidos o documentos, con independencia de su formato o soporte, que obren en poder de los entes locales, elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones. Es un derecho amplio, incondicionado, sin necesidad de motivación específica para su ejercicio, tal y como recuerda la ley catalana. En este punto, más que pormenorizar interesa destacar **dos aspectos**: los eventuales **límites** cuando hablamos de gestión del personal público y la distinta consecuencia del **silencio administrativo**.

El **contenido sustantivo** del derecho de acceso, a mi juicio, va referido a todos los **ámbitos** indicados en la **publicidad activa**: instrumentos de gestión, planes y los datos a los que se ha hecho referencia que afectan a diversos procesos de gestión, en especial los retributivos, pero también expedientes y procedimientos incluidos sin dificultad alguna en el terreno de “**lo colectivo**” de la gestión del personal: permisos, licencias, provisión de puestos, etc. Es pertinente, por tanto, a salvo de lo que vayan indicando las sentencias de los tribunales y las resoluciones de la Agencia Estatal de Protección de Datos, una breve consideración sobre los **límites** de la información. Y a mi juicio encontramos pocos referidos a la gestión del personal público. El **art. 14 de la LET** y el **art. 21 de la LCT** son los reguladores de esta materia. Y la prevención, investigación o sanción de los ilícitos disciplinarios o la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en los procesos de adopción de decisiones son los únicos planteables en este ámbito, interpretable de modo restrictivo. No todo son procesos disciplinarios ni es reclamable, más allá de la cautela, un ámbito de secreto en la elaboración de la política de personal. Con más motivo cuando lo que se analiza es la legislación catalana, que dispone expresamente que “*El derecho de acceso a la información pública solamente puede ser denegado o restringido por las causas expresamente previstas por las leyes*”. De ahí que hablando de “información pública” la reflexión deba ir referida al alcance de los **datos personales**, verdadero marco limitativo de la cuestión.

Ya se ha hecho alguna referencia, pero únicamente si la información contuviera “datos personales” encontramos dos supuestos en la legislación estatal: los “especialmente protegidos” del art. 7.2. de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), referidos a la ideología, afiliación sindical, religión o creencias, que requeriría el **consentimiento expreso y escrito** de los empleados públicos afectados, salvo que él mismo los hubiera hecho públicos y los del 7.3 de la LOPD, referidos a la raza, salud y vida sexual, que necesariamente requiere de la autorización expresa, se entiende que “ad hoc”. No siendo este tipo de datos, el criterio del legislador español es conceder el acceso a información que contenga **datos “meramente identificativos”**, ya que si la información no los incluye el órgano destinatario de la solicitud concederá el acceso. Bien es cierto que **existe un margen relevante de apreciación** para el órgano gestor de la política de personal: que a su juicio prevalezca la protección de datos personales sobre el interés público, interés que en cada caso ha de ser “*suficientemente razonado*”, según el **art. 15.2 de la LET** y

24.1 de la LCT. Una recomendación sensata, acorde con la finalidad de la transparencia, de controlar la actividad, es la de facilitar la información “previa disociación”, circunstancia que en todo caso deberá ser motivada. Resulta lo más razonable a la luz de algunas sentencias y de las resoluciones de la AEPD, que ha venido limitando el derecho a conocer información del tipo de “listados alfabéticos” o similares que permitan lo que el reglamento de desarrollo de la LOPD, el **Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre** llama a **evitar**, la noción de “*persona identificable*”^v. De ahí que la información deba ser **genérica**. Si esta modalidad de presentación de la información no es aceptada por el solicitante es cuando a mi juicio operaría la segunda **alternativa**, la del **acceso parcial** contemplada en el **art. 16 de la LET** y en el **art. 25 de la LCT**. Es el modo más sencillo de proceder, salvo que el órgano político (alcaldía, junta de gobierno local) considere que en ese caso concreto de información solicitada deba prevalecer la protección de datos personales, cuestión que probablemente termine siendo la más controvertida. La **solución** más inteligente desde mi punto de vista en este terreno es **anticiparse**: una buena estrategia en materia de transparencia activa referida a la política de personal, entendida como completa, fiable y reutilizable puede evitar la necesidad de afrontar peticiones que choquen con los derechos a la protección de datos de los empleados públicos. Y aun en este caso, esta forma de actuar legitima la denegación ponderada y motivada de dicha información.

En punto a la **resolución** de la solicitud, los efectos del silencio, de nuevo debe ser saludada la normativa catalana. Si el art. 20.4 de la LET dispone que transcurrido el plazo máximo para resolver –un mes- la misma deberá entenderse como desestimada, el art. 35.1 de la LCT configura el silencio como **positivo**, lo que obliga a un planteamiento mucho más proactivo, anticipatorio, de los gobiernos locales.

Para finalizar, una breve referencia a lo que en algún caso he denominado como “*el elefante en la habitación*” de los temas del empleo público local: la cuestión del **acceso**, el fenómeno, conocido y no afrontado, de lo estructuralmente complejo que es garantizar la transparencia en la selección del personal público en un contexto donde organizativamente cada entidad local selecciona a su propio personal^{vi}. Más allá de la incidencia de las leyes española o catalana de transparencia, la gran cuestión con los servidores públicos y su legitimidad se juega en este terreno: la de ser capaz de activar el juego conjunto de mecanismos como los previsto en el **art. 61.4 del Estatuto Básico del Empleado Público**: “*Las Administraciones Públicas podrán crear órganos especializados y permanentes para la organización de procesos selectivos, pudiéndose encomendar estas funciones a los Institutos o Escuelas de Administración Pública*” y del **art. 36.2.c de la LBRL** –en la redacción dada por la reforma de 2013- que fija como competencias propias de las Diputaciones el apoyo no solo en la formación del personal, sino también en su selección “*(...) sin perjuicio de la actividad desarrollada en estas materias por la Administración del Estado y la de las Comunidades Autónomas*”. Materia esta llamada a cambiar si realmente queremos asegurar un empleo público local meritocrático y eficiente. Como fuera, en tanto estas propuestas más de reforma institucional, eventualmente calan, no está de más una breve referencia a que también en este terreno de la gestión del personal las cosas están cambiando de la mano de la acción de los tribunales. Si bien de la mano de la reciente reforma de la legislación de procedimiento administrativo, la LPAP, es conveniente diferenciar, cuando de acceso a la información pública se trata, entre “*derechos de las personas*” (regulados en el **art.13**) encuadrables en el ámbito específico de las leyes de transparencia y los “*derechos de los interesados*” (regulados en el **art. 53.1.a**) conviene tener presente la obligación de transparencia, no solo activa, sino de acceso a la información, en todo

cuanto a oposiciones se refiere. Siendo como es materia merecedora de tratamiento específico interesa dejar constancia de esa apertura, forzada por los tribunales y en algún punto por el legislador, en especial cuando se habla de ciudadanos inmersos en procesos selectivos, es decir, de **interesados**. El derecho contempla no solamente el conocimiento del estado de tramitación del procedimiento selectivo, sino también a conocer los actos de trámite dictados y el derecho a obtener copia de los documentos. Y el derecho de información pública para un interesado es amplio: a título de ejemplo, el derecho a conocer criterios empleados por el órgano técnico de selección para calificar su ejercicio y, significativamente, el de los restantes aspirantes^{vii}. Sin olvidar además que, interesados no son únicamente los aspirantes, sino también las **organizaciones sindicales**, en este caso las más representativas, legitimadas para la interposición de recursos en vía administrativa y jurisdiccional (art. 31.6 del EBEP y 4.2 de la LPAP). Es de prever que la fuerza de la transparencia obligue a cambiar las pautas de comportamiento en esta materia. Y que la **rendición de cuentas** afecte incluya no solamente a la práctica de los **órganos de selección** sino lo que es más importante, a su organización, profesionalizando tales órganos y alejándolos del ámbito concreto de decisión.

5. CONCLUSIONES

- i. La **gestión municipal de recursos humanos** se halla, como actividad pública, sometida a un **intenso régimen de rendición de cuentas** en Catalunya, habida cuenta de la centralidad de que goza la institución del empleo público local a la hora de garantizar la calidad democrática. Ello incluye la responsabilidad de los trabajadores públicos, de quienes los dirigen y quienes los representan a la hora de ajustar su conducta a fines de interés público.
- ii. A este respecto, tanto la ley española como de modo destacado la legislación catalana, incluyen importantes obligaciones de transparencia activa.
- iii. En el terreno de la **información institucional y organizativa** el deber de publicidad activa incluye el **organigrama** completo, político y administrativo, información suficiente acerca de **la cartera de servicios, la Plantilla de Plazas, la Relación de Puestos de Trabajo o documento similar como el Catálogo** y amplia información sobre el **régimen retributivo**, entendido en sus aspectos **cualitativos** (cómo se fija) y **cuantitativos** (datos). A este respecto se incluyen datos sobre las retribuciones complementarias ligadas al **puesto de trabajo** y aquellas otras ligadas al **rendimiento**, como la productividad, o las **gratificaciones** por servicios extraordinarios. También datos sobre la **estructura de los efectivos y su situación**, permanentes y no permanentes, incluyendo toda la variada modalidad de nombramientos interinos y de situaciones del personal laboral, incluyendo el indefinido no fijo, por lo que una estrategia sencilla sería hacer público el **aplicativo mensual** remitido al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. También se encuentra sometida al deber de información pública el sistema de relaciones laborales, sus documentos y la situación y régimen de dedicación de los representantes del personal, unitarios y sindicales.

- iv. En lo que respecta a la **información de relevancia jurídica** la obligación de transparencia afecta a instrumentos como **calendarios laborales, cuadrantes, guías y manuales de permisos y licencias, memorias técnicas y documentos justificativos** tanto de los sistemas de estructuración del empleo público como de su aplicación (manuales de valoración, por ejemplo).
- v. La **información económica, presupuestaria y estadística** sometida a publicidad incluye las **dietas y la información retributiva, agregada por niveles**, grupos y ámbitos no incluidos con anterioridad.
- vi. La información **referida a planificación y programación de recursos humanos** hace obligatoria la publicidad relativa a **sistemas de calidad, cuadros de mando integral o de personal** en su variada estructura de indicadores como la **planificación** derivada del art. 69 del EBEP o la de la DA 21ª de la LMRFP: planes de consolidación de empleo precario, de funcionarización o cualquier otro sistema de racionalización, así como los **planes de formación o los planes de igualdad**.
- vii. El deber respecto de la información referida a la **actividad subvencional** incluye tanto las **ayudas sociales** como las eventuales ayudas directas o indirectas a los **representantes**, unitarios o sindicales, del personal.
- viii. En materia de **derecho de acceso a la información pública** la denegación es tasada, **limitada** por un lado a los “datos especialmente protegidos” y por el otro a que el órgano político que debe facilitar los mismos estime que prevalece la protección de los datos personales sobre el interés público, algo que augura **conflictividad** en este terreno, de ahí que resulte recomendable una estrategia de facilitar amplia información al respecto para evitarla.
- ix. En materia de transparencia en el empleo público local un terreno especialmente sensible es el referido a la **garantía del mérito** y la publicidad. Es este el espacio donde la institución se juega su prestigio y donde más oportuno sea **innovar**, de la mano de unas decisiones judiciales que, cada vez en mayor medida, van limitando el terreno de la discrecionalidad y la opacidad administrativa.

NOTAS

ⁱ Véanse al respecto dos obras de interés como el libro de Quentin Skinner, *“El artista y la filosofía política. El Buen Gobierno de Ambrogio Lorenzetti”*, Trotta, 2009 y la edición en español a cargo de la Universidad de León del libro de Lincoln Steffens *“La vergüenza de las ciudades”*, 1993. Introducción de Alfonso Sabán Godoy.

ⁱⁱ Hay abundantes obras en español sobre el campo de las políticas públicas. Como obras actuales de referencia y manejo académico usual pueden citarse a Subirats, J., Knoepfel, P., Larrue, C. y Varone, F., *“Análisis y gestión de políticas públicas”*, Ariel, 2008 o Dente, B. y Subirats, J., *“Decisiones Públicas. Análisis y estudio de los procesos de decisión en políticas públicas”*, Ariel, 2014.

ⁱⁱⁱ Existe abundante literatura divulgativa sobre la relevancia de la calidad institucional en el crecimiento económico y la cohesión social. Más allá de la popular obra de Acemoglu, D. y Robinson, J. editada en 2011 por Deusto, *“Por qué fracasan los países. Los orígenes del poder, la prosperidad y la pobreza”*, encontramos otras no menos interesantes como Collier, P., *“El club de la miseria. Qué falla en los países más pobres del mundo”*, Mondadori, Barcelona, Berggruen, N. y Gardels, N. *“Gobernanza inteligente para el siglo XXI. Una vía intermedia entre Occidente y Oriente”*, Madrid, Taurus. Un trabajo más reciente en la misma línea es el de Micklethwait, J. y Wooldridge, A., *“La cuarta revolución. La carrera global para reinventar el Estado”*, Madrid, Galaxia Gutenberg. En la misma línea divulgativa del pensamiento institucional es recomendable el trabajo de Heclo, H., *“Pensar institucionalmente”*, editado en 2010 por Paidós.

^{iv} He estimado alrededor del 70% el número de acuerdos y convenios colectivos municipales no publicados en los boletines oficiales. Al respecto, un estudio de la Diputación de Barcelona, editado por la prestigiosa “Xarxa CORH” en 2011 coincidía en esta cifra.

^v Al respecto, sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia nº 68/2012, de 25 de enero.

^{vi} Al tema me he referido en el capítulo “La baula més feble: enfortiment del sistema de mèrit als governs locals” en la obra coordinada por Manuel Villoria y Xavier Forcadell y editada por la Diputación de Barcelona en 2015 titulada *“Bon Govern, Transparència i integritat institucional al govern local”*, así como en la Jornada que sobre el mismo tema se celebró el 22 de abril de 2015, organizada por la Associació de Municipis de Catalunya.

^{vii} Sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo contencioso-administrativo, de 6 de junio de 2005 (LA LEY 13036/2005).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CUENCA CERVERA, J. JAVIER

(2010): “*Manual de dirección y gestión de Recursos Humanos en los gobiernos locales*”. Madrid. Instituto Nacional de Administración Pública.

(2015): “*El empleo público local en la España democrática: una perspectiva institucional*”. Madrid. Fundación Democracia y Gobierno Local.

DU GAY, P. (2012): “*En elogio de la burocracia. Weber. Organización. Ética.*” Madrid. Siglo XXI

MINTZBERG, H. (1983): “*La estructuración de las organizaciones.*” Madrid. Ariel.

ROSANVALLON, P (2010): “*La legitimidad democrática: imparcialidad, reflexividad y proximidad.*” Madrid. Paidós.

URDÁNOZ, J. (2015): “España y la responsabilidad política.” En: *Claves de Razón Práctica*, nº 241, págs. 56-65, julio-agosto. Madrid. Prisa revistas.

3^a sessió 16/12/15

La remunicipalització dels serveis públics. Aspectes laborals.

Susana Rodríguez Escanciano, professora titular de dret del treball i de la seguretat social de la Universitat de León.

Desenvolupament de LRSAL. Una visió actualitzada sobre els seus efectes en matèria de personal.

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

LA REMUNICIPALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. ASPECTOS LABORALES
SEMINARI SOBRE RELACIONS COL·LECTIVES
FEDERACIÓ DE MINICIPIIS DE CATALUNYA
16 diciembre 2015

Susana Rodríguez Escanciano
Catedrática de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social.
Universidad de León

Sumario: 1.- LOS FRENOS A LA GESTIÓN INDIRECTA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE COMPETENCIA LOCAL. . 2.- REVERSIÓN DE CONTRATAS Y CONCESIONES ADMINISTRATIVAS. 2.1.- LOS REQUISITOS SUBJETIVOS Y OBJETIVOS DEL ARTÍCULO 44 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES. 2.2.- LA INCIDENCIA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA. 2.3.- EL ESTABLECIMIENTO DE CLÁUSULAS SUBROGATORIAS EN LOS PLIEGOS DE CONDICIONES: LÍMITES. 2.4.- LOS CAUCES PARA LA EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS ANTE LA AUSENCIA DE SUBROGACIÓN. 3.- BONDADES Y RIESGOS DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DESDE EL PUNTO DE VISTA LABORAL. 3.1.- LA LAXA REGULACIÓN DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. 3.2.- LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 42 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES. 3.2.1.- El encaje del vínculo administrativo en el concepto de ócontrataô. 3.2.2.- El parámetro de imputación de responsabilidad solidaria por deudas salariales y con la Seguridad Social: la noción de ópropia actividadô. 3.2.3.- La nula virtualidad de la exención de responsabilidad de la Administración prevista en los pliegos de condiciones. 4.- UN SUPUESTO CONEXO: LA CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES. 4.1.- CRITERIOS JUDICIALES SOBRE EL ARTÍCULO 43 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES. 4.2.- EL RECURSO A LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL COMO EMPRESAS DE SERVICIOS. 5.- SUPRESIÓN, DISOLUCIÓN Y FUSIÓN DE ENTIDADES ADMINISTRATIVAS. 5.1.- SUPUESTOS EN LOS QUE PROCEDE LA SUBROGACIÓN. ESPECIAL REFERENCIA AL SECTOR PÚBLICO DE CATALUÑA. 5.2.- LA EXTINCIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DEL SUJETO-EMPRESARIO. DIFERENCIAS ENTRE EL SECTOR PÚBLICO ADMINISTRATIVO Y EL SECTOR PÚBLICO EMPRESARIAL Y FUNDACIONAL. 5.2.1.- Causas justificativas de los despidos. 5.2.2.- Procedimiento. 5.2.3.- Documentación. 5.2.4.- Individualización de los trabajadores afectados. A) Prioridad de permanencia. B) Personal laboral fijo. C) Personal laboral temporal e óindefinido no fijoô.

1.- LOS FRENOS A LA GESTIÓN INDIRECTA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE COMPETENCIA LOCAL

Cierto es que en los últimos años ha tenido lugar una aceleración de los procesos de privatización o gestión indirecta de los servicios públicos por parte de las Administraciones, fruto tanto de las presiones para rebajar el gasto e incrementar la eficacia, como de los movimientos tendentes a reducir la dimensión del sector público¹, sin olvidar la búsqueda de fórmulas jurídicas más flexibles que las ofrecidas tradicionalmente por el Derecho Administrativo². No menos verdad resulta que factores coyunturales vinculados a la crisis económica han obligado, en contrapartida, a adoptar decisiones de reorganización, tendentes, de un lado, a la interiorización de actividades que previamente habían sido encomendadas a empresas privadas y, de otro, a la fusión o extinción de determinados entes adyacentes, suscitándose un amplio conjunto de problemas laborales para los trabajadores afectados, máxime cuando el legislador se ha esforzado, además, en proporcionar los instrumentos idóneos a los gestores públicos para conseguir la reducción del número de efectivos en aras a lograr la ansiada sostenibilidad financiera y estabilidad presupuestaria, atendiendo a los términos de la disposición adicional 16ª del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), cuya redacción procede de la reforma introducida por la Ley 3/2012³, que ha facilitado la posibilidad de despedir objetivamente a los empleados públicos laborales, ya sea por la vía individual, ya sea por la colectiva, evitando, al tiempo, que los entes públicos (con excepción de aquéllos que obtengan más del 50 por 100 de sus ingresos en el mercado) puedan acudir a la suspensión temporal de los contratos o a la reducción de jornada prevista en el art. 47 ET mientras dure la situación de desajuste económico-financiero u organizativo (disposición adicional 17ª ET)⁴.

El sector público local, afectado especialmente por la recesión económica, ha sido testigo cualificado de esta doble tendencia contraria a la utilización de mecanismos de colaboración público-privada. Así, cabe recordar cómo la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL), introduce modificaciones importantes en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL), tomando como punto de partida cinco postulados, todos ellos dirigidos a asegurar la sostenibilidad financiera o eficiencia en el uso de los recursos públicos: reducción de las competencias y servicios municipales; reforzamiento de las provincias para la prestación de servicios de titularidad municipal; reducción de los costes de gobierno (personal eventual, régimen de dedicación y retribución de los concejales); reducción o desmantelamiento del sector público local; y mejora selectiva del control interno y externo en y sobre las entidades locales⁵.

Bajo tales premisas ñy por lo que aquí interesa--, la mencionada reforma pretende un redimensionamiento de la extensión del sector público local desde una perspectiva binaria:

En primer lugar, en lo que se refiere al siempre debatido y polémico asunto relativo a la gestión, directa o indirecta, de los servicios públicos locales sobre aquellas materias,

¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: óAproximación a la colaboración público-privada en el mercado de trabajo españolô, *Temas Laborales*, núm. 25, 2014, pág. 55.

² MONEREO PÉREZ, J.L.: óAspectos laborales de la interconexión entre Administraciones Públicas y entes instrumentales: irregularidades en la contratación y legislación de emergenciaô, *Revista de Derecho Social*, núm. 67, 2015, pág. 13.

³ LÓPEZ CUMBRE, L.: óLos efectos de la reforma laboral en el empleo públicoô, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Iustel)*, núm. 34, 2013, pág. 25.

⁴ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Despidos y otras medidas de (re)estructuración de plantillas laborales en el sector público*, Madrid (Iustel-Fundación Democracia y Gobierno Local), 2013, págs. 51 y ss.

⁵ VELASCO CABALLERO, F.: óReforma de la Administración Local: una nueva distribución territorial de poderô, en AA.VV (CASTILLO BLANCO, F.A., Dir.): *La reforma del sector público*, Sevilla (Instituto García Oviedo), 2014, pág. 68.

ahora más reducidas, de su competencia⁶. A esta cuestión la LBRL dedicaba sus arts. 85, 85 bis, 85 ter y 86, preceptos sobre los que incide la LRSAL que modifica el apartado 2º del art. 85, suprime el párrafo 3º del mismo precepto, altera el punto 2º del art. 85 ter, así como la redacción del art. 86. Las principales novedades introducidas, en este marco, giran alrededor de las siguientes cuestiones⁷:

1.- Se mantiene la misma clasificación de gestión de los servicios públicos en directa o indirecta, así como las anteriores cuatro formas de gestión directa, pero se declara la preferencia de las dos primeras (gestión por la propia Entidad Local y gestión por el Organismo Autónomo Local), respecto a las otras dos (Entidad Pública Empresarial Local y Sociedad Mercantil Local), respecto de las cuales se exige la presentación de una memoria justificativa de su mayor sostenibilidad y eficiencia frente a las dos primeras.

2.- Se sigue efectuando una remisión a lo que disponga y regule la Ley de Contratos del Sector Público en relación a las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos (concesión, cesión interesada, concierto o sociedad de economía mixta), quedando vetada la externalización de funciones que corresponden en exclusiva a los funcionarios de conformidad con lo previsto en el art. 9 Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP). Desde un punto de vista técnico-jurídico, hubiera sido más adecuada la remisión a lo previsto en el nuevo art. 92.3 LBRL, de conformidad con el cual 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 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.

3.- Se elimina la prohibición expresa de prestar servicios públicos locales que impliquen ejercicio de autoridad a través de la gestión indirecta y de la gestión directa mediante sociedad mercantil de capital exclusivamente local, pues se entiende incluida en el inciso final del apartado anterior.

4.- Se conservan las especialidades del régimen jurídico de las formas de gestión directa relativas a los Organismos Autónomos Locales, las Entidades Públicas Empresariales y las Sociedades Mercantiles Locales, con la referencia, para estas últimas, al Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

En segundo término, la LRSAL pretende reducir el número de entidades del sector económico local mediante tres actuaciones: impidiendo la creación de nuevos entes (con forma pública o privada) o nuevas participaciones en entes preexistentes (arts. 57 y 86.2 LBRL), sobre todo cuando se trate de Entidades Locales que cuenten con un plan económico-financiero o un plan de ajuste (disposición adicional 9ª.1 LBRL); apostando por la disolución y liquidación incluso *ope legis* de aquellos entes del sector público que desarrollen actividades económicas y que se encuentren en situación de desequilibrio financiero (disposición adicional 9.2ª LBRL); y promoviendo la disolución de los holdings locales mediante la prohibición de la existencia de entes del sector público controlados exclusivamente por otros entes públicos del sector público local (disposición adicional 9ª.3

⁶ ARIAS MARTÍNEZ, M.A.: *¿La puesta a examen de las competencias municipales en un contexto de crisis: del pacto local a la recentralización competencial?*, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 40, 2015, págs. 1 y ss.

⁷ FERNÁNDEZ-ESPINAR LÓPEZ, L.C.: *¿La nueva reforma local en relación a los servicios públicos y el régimen de intervención en las actividades de los ciudadanos?*, en AA.VV. (QUINTANA LÓPEZ, T., Dir.): *La reforma de régimen local. Comentario a la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2014, págs. 217 y ss.

y 4 LBRL)⁸. Se pretende, en definitiva, frenar la proliferación de nuevas personificaciones, intentando contener la expansión de la nebulosa organizativa de las entidades locales en situación de dificultad económica⁹.

Sea como fuere, ambas líneas de actuación van destinadas a poner freno a las denominadas formas indirectas de acceso al empleo público¹⁰, auspiciadas a través de vínculos laborales celebrados por empresas contratistas o concesionarias de servicios o por entidades instrumentales encargadas de la dispensa de actividades de interés general, realidades ambas que presentan, por lo que a este estudio importa, una nota común, pues la relación laboral, más allá de su tradicional carácter bilateral, adquiere una dimensión triangular, de modo que aun cuando el trabajador no desempeñe un puesto de trabajo propio de la organización administrativa matriz, sus retribuciones proceden, indirecta o directamente, de los presupuestos públicos.

2.- REVERSIÓN DE CONTRATAS Y CONCESIONES ADMINISTRATIVAS

Bien conocido es que las Administraciones (incluidas las Locales) han recurrido a las personas jurídico-mercantiles para la dispensa de servicios de interés general en un creciente proceso de descentralización funcional; no en vano la posibilidad de confiar a sujetos privados ajenos a su propia organización determinadas funciones administrativas resulta plenamente admitida por nuestro ordenamiento jurídico, exigiendo únicamente el respeto del interés público y la reserva de actividades que deben ser desarrolladas por funcionarios. Ahora bien, la necesidad de controlar el gasto público va a provocar que, en muchas ocasiones, la propia Administración decida asumir la prestación directa de actividades previamente descentralizadas a favor de empresarios contratistas o concesionarios, a quienes se había acudido con frecuencia para la cobertura de diferentes finalidades como pueden ser la ayuda a domicilio, el cuidado de discapacitados profundos, la gestión de entidades culturales o deportivas, la explotación de centros culturales o de teatros públicos, el tratamiento de expedientes simples, la toma y grabación de datos para la informatización de un servicio o, por no seguir, la puesta en funcionamiento de equipamientos y sistemas informáticos.

2.1.- REQUISITOS SUBJETIVOS Y OBJETIVOS DEL ARTÍCULO 44 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

Producido el rescate, inmediatamente surge la duda de si los trabajadores afectados por ese trasvase podrían aspirar a integrarse en la propia Administración que asume la prestación del servicio o si tal oportunidad les queda vedada, abriendo la vía para proceder a los correspondientes despidos colectivos u objetivos por la entidad inicialmente adjudicataria. Para dar respuesta a este interrogante resulta necesario tomar como punto de partida la siguiente hipótesis: si junto con la asunción de la competencia para la prestación del servicio se transmiten cuantos bienes conformaban el activo utilizado para ello, habría de operar el mecanismo de subrogación previsto en el art. 44 ET; sin embargo, cuando tal extremo no fuera acompañado de la entrega de ninguna clase de sustrato material, no entrarían en juego las previsiones del art. 44 ET y, en consecuencia, los contratos de trabajo podrían quedar extinguidos¹¹. Y ello porque este precepto estatutario es muy claro al señalar que la asunción

⁸ VELASCO CABALLERO, F.: *óReforma de la Administración Local: una nueva distribución territorial del poderó*, cit., págs. 97 y ss.

⁹ BOTO ÁLVAREZ, A.: *óRedimensionamiento del sector público localó*, en AA.VV (QUINTANA LÓPEZ, T. Dir.): *La reforma del régimen local. Comentario a la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2014, págs. 465 y ss.

¹⁰ SALA FRANCO, T.: *óEl acceso al empleo público laboraló*, en AA.VV (ARIAS DOMÍNGUEZ, A. y RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.M., Coords.): *Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempos de crisis*, Pamplona (Aranzadi), 2015, págs. 36 y ss.

¹¹ Por todas, STCo 66/1987, de 21 de mayo. En el mismo sentido, SSTSJ, Social, Navarra 31 marzo 1992 (Ar. 1277), Cataluña 1 junio

por el nuevo empresario de los derechos y obligaciones laborales del anterior y, por consiguiente, la continuidad con el primero de las relaciones laborales concertadas en su día por el segundo, esto es, el mantenimiento en su empleo de los trabajadores contratados por éste, aparece condicionada, para que pueda tener lugar por imperativo legal, a que medie entre los dos empresarios una transmisión "de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma". Se trata de una condición necesaria, pero no suficiente, pues se requiere también que lo transmitido "afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesorio" (art. 44.2 ET)¹².

Teniendo en cuenta los presupuestos subjetivos y objetivos indicados, para que el fenómeno de la transmisión de empresa vaya acompañado del efecto subrogatorio, es necesario que tenga lugar una efectiva cesión de "partes individualizadas" de la entidad empresarial, "siempre que conserven su identidad"¹³ y "lo que se transmita sea susceptible de explotación económica independiente, capaz de ofrecer bienes y servicios al mercado"¹⁴, esto es, que, en el caso aquí analizado, quede garantizada la eficiencia de la prestación del servicio público frente a los usuarios por la Administración que recupera la actividad. Si el objeto de la transmisión no encaja en esta descripción legal, la subrogación empresarial devendría inviable en cuanto pretendiera sustentarse en la normativa laboral de referencia¹⁵.

Desde tal perspectiva, es cuestionable la concurrencia de esta exigencia en casi todos los supuestos de adquisición por un organismo público de las competencias que venía desarrollando un empresario privado¹⁶, procediendo, en una primera aproximación, la extinción de los contratos afectados por los empresarios-contratistas o concesionarios alegando causas organizativas. Ahora bien, tan categórica afirmación merece una serie de matizaciones adicionales:

Aun no siendo de aplicación el mecanismo subrogatorio en los supuestos en los que el cambio de titularidad en la gestión del servicio público no vaya acompañado por la entrega de un conjunto de elementos organizados dotados de autonomía productiva¹⁷, tal y como había venido sosteniendo la doctrina judicial más clásica que rechazaba, como regla general, la sucesión en contratos o concesiones administrativas¹⁸, a no ser --como lógica excepción a la que posteriormente se hará referencia-- que dicha subrogación viniera impuesta por el convenio colectivo aplicable¹⁹, lo cierto es que esta tesis restrictiva tuvo que ser matizada al calor de una nueva línea interpretativa apuntada desde algunos pronunciamientos de órganos supranacionales, recogiendo a tenor de la Directiva 2001/23, de 12 de marzo, una noción funcional de la transmisión y no centrando su atención solamente en la concepción de empresa-organización, de conformidad con la cual "dicha

1992 (Ar. 3312), Valencia 3 junio 1992 (Ar. 2898), País Vasco 18 abril 1994 (Ar. 1418) ó Castilla-La Mancha 15 julio 1998 (Ar. 2802).

¹² GARATE CASTRO, J.: "Descentralización productiva por medio de contratos de obras y servicios. Algunas cuestiones laborales y de Seguridad Social, con especial referencia a las Administraciones públicas", *Actualidad Laboral*, 2004, Tomo I, pág. 1053.

¹³ SSTs, Social, 5 abril y 30 diciembre 1993 (Ar. 2906 y 10078), 20 enero y 19 octubre 1996 (Ar. 115 y 7778), 10 diciembre 1997 (Ar. 736) ó 29 abril y 8 junio 1998 (Ar. 3879 y 6693). También, SSTSJ, Social, Murcia 27 septiembre 1999 (Ar. 3087) y Castilla y León/Valladolid 15 julio 1999 (Ar. 3762).

¹⁴ STS, Social, 27 octubre 1994 (Ar. 8531).

¹⁵ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Subcontratación de concesiones administrativas: problemas laborales*, Madrid (Marcial Pons), 2006, págs. 153 y ss.

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

¹⁷ ORTIZ DE SOLORZANO AURUSA, C.: "La sustitución de los contratistas y la transmisión de personal en los convenios colectivos (eficacia de las denominadas cláusulas subrogatorias en los convenios colectivos y en la jurisprudencia del TJCE)", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 116, 2002, págs. 241 y ss.

¹⁸ Entre muchas, SSTs, Social, 6 febrero 1997 (RJ 999) y 21 octubre 1998 (RJ 9299).

¹⁹ ÁLVAREZ ALCOLEA, M.: "Responsabilidad en los supuestos de cambio en la titularidad de la empresa. En particular, en la sucesión de contratos", en AA.VV (RIVERO LAMAS, J., Dir.): *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, Pamplona (Aranzadi), 2003, pág. 270. En la doctrina judicial, entre muchas, SSTs, Social, 1 diciembre 1999 (RJ 516) y 25 febrero 2000 (RJ 4624).

entidad [económica organizada] si bien ha de ser suficientemente estructurada y autónoma, no entraña necesariamente elementos significativos de activo material o inmaterial. En efecto, en determinados sectores económicos, como los de limpieza y vigilancia, estos elementos se reducen a menudo a su mínima expresión y la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra. Así pues, un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una organización común pueden constituir una actividad económica cuando no existen factores de producción²⁰, debiendo ser asumida la plantilla por la empresa adquirente en aquellos sectores en los cuales la unidad de producción es esencialmente la mano de obra²¹. A tenor de esta novedosa doctrina, podría llegarse a concluir que "las actividades públicas gestionadas indirectamente constituirían *per se* un complejo orgánico --una unidad productiva en sentido funcional y técnico-- encaminado a realizar un servicio público definido y delimitado, lo que supone que las vicisitudes que representen un cambio subjetivo en el ejercicio de la explotación integrarían el supuesto de hecho del art. 44 ET que acciona el efecto subrogatorio *ex lege* del que se hace eco efectivamente del servicio objeto de concesión como una unidad productiva"²².

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha venido considerando, por ejemplo, que la aplicación del principio de transmisión de empresas a los supuestos de cambio de titular en la explotación de una concesión administrativa de transporte público no podía entenderse como un obstáculo a la competencia entre empresas, pues los operadores conservan su margen de maniobra para hacer jugar la competencia entre ellos²³.

No obstante esta tesis inicial, el propio Tribunal Europeo en pronunciamientos más recientes procede a matizar el contenido fundamental de la misma, entendiendo que la ampliación del radio de acción normativa de las garantías de la transmisión de empresa ante un contrato administrativo más allá de la aplicación de la Directiva 2001/23 podría llegar a ser considerada restrictiva de la libre competencia²⁴. De forma más incisiva, recientemente, el Tribunal de Justicia cambia su criterio primigenio, dejando claro que el artículo 1, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, debe interpretarse en el sentido de que ésta no se aplica a una situación en la que un Ayuntamiento, que

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

²¹ Con serias dudas, SSTS, Social, 20 y 27 octubre 2004 (RJ 7162 y 7202).

²² MONEREO PÉREZ, J.L.: "Continuidad de las relaciones de trabajo en la gestión indirecta de servicios y actividades. El cambio de titularidad en las contrataciones y en las concesiones administrativas", *Relaciones Laborales*, 1986, Tomo II, pág. 68.

²³ STJCE 172/1999, de 4 de diciembre de 2000, asunto *Oy Liikenne*, comentada por MARTÍNEZ FONS, D.: *Cláusulas sociales, libre competencia y contratación pública*, www.faltemativas.org, pág. 28.

²⁴ STJCE 460/02, de 9 de diciembre de 2004, asunto *Aeropuertos italianos*, en la cual se considera contraria al Derecho Comunitario una previsión del Derecho italiano (Decreto Legislativo nº 18/99) que contemplaba dos medidas de protección de los trabajadores que pudieran verse afectados por el proceso de liberalización del mercado de asistencia en tierra de los aeropuertos. En primer lugar, se imponía a los operadores que accedieran a dicho mercado la obligación de asegurar, durante los 30 meses siguientes a la entrada en vigor de la norma, el mantenimiento de los niveles de empleo y la continuidad de las relaciones laborales del personal dependiente del anterior prestador de servicios. En segundo lugar, cualquier transmisión de actividades que afectase a una o más categorías de servicios de asistencia en tierra debía llevar aparejada la asunción del personal del anterior prestador de servicios de manera proporcional a la parte de tráfico o de las actividades que asumiera. Tales previsiones impiden, en palabras del Tribunal, que los prestadores de servicios que deseen acceder al mercado de la asistencia en tierra elijan su propio personal y, por consiguiente, el tipo de organización de los servicios que van a prestar para poder ejercer su actividad en el mercado.

había encargado la limpieza de sus dependencias a una empresa privada, decide poner fin al contrato celebrado con ésta y realizar por sí mismo los trabajos de limpieza de dichas dependencias, contratando para ello nuevo personal, pues se trata de un sector intensivo en mano de obra en el que el ente municipal no ha asumido parte de la mano de obra²⁵.

Hace escasos días, se ha vuelto a pronunciar el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, entendiendo que procede la subrogación en una situación en la que una empresa pública (Adif), titular de una actividad económica de manipulación de unidades de transporte intermodal, confía mediante un contrato de gestión de servicios públicos la explotación de esa actividad a otra empresa, poniendo a disposición de ésta las infraestructuras y el equipamiento necesarios de los que es propietaria, y posteriormente decide poner fin a dicho contrato sin asumir al personal de esta última empresa porque en lo sucesivo va a explotar esa actividad ella misma con su propio personal, no en vano la entidad económica ha mantenido su identidad, tal y como exige la Directiva. No desvirtúa esta conclusión el hecho de que no haya transmisión de infraestructuras ni materiales, pues éstos siempre fueron propiedad de Adif, ni tampoco que ésta no se hiciera cargo de los trabajadores porque la actividad no es intensiva en mano de obra sino en equipamiento²⁶.

Cierto es, por lo demás, que la interpretación extensiva primeramente esbozada por el Tribunal Comunitario (con algunos retrocesos) empezó a ser asumida por algunos Tribunales Superiores de Justicia²⁷, e incluso por el Tribunal Supremo²⁸, para aquellos supuestos en los que el nuevo empresario se hace cargo en términos significativos de calidad y número de una parte del personal del antiguo ente administrativo sin que el hecho de que no se hayan aportado elementos materiales desvirtúe la calificación de lo sucedido para aquellos sectores que no exijan material e instalaciones importantes sino que descansan esencialmente en la mano de obra²⁹.

Esta interpretación judicial (excepcional) no deja de ser criticable porque conforme venían señalado los Tribunales españoles a la luz de los estrictos términos del art. 44 ET, en una sólida doctrina, "lo decisivo para que exista subrogación empresarial no puede estar en que el titular continúe el servicio o actividad objeto de concesión administrativa y asuma el personal, cosa que puede depender únicamente de su voluntad, sino en que tenga la posibilidad de hacerlo. Aquello supondría abrir una ancha puerta al fraude, al permitiré desprenderse en cualquier momento de la plantilla sin costo alguno distinto del pago de la indemnización, recuperando los bienes que constituyen el *'substratum'* objetivo de la empresa"³⁰, debiendo imperar el criterio más seguro que recoge el precepto estatutario. No obstante, habrá que esperar a los pronunciamientos judiciales del Tribunal Supremo posteriores a la nueva doctrina del Tribunal Comunitario.

2.2.- LA INCIDENCIA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Teniendo en cuenta el principio de complementariedad, la subrogación también puede derivar, como mejora en el tenor legal, del convenio colectivo aplicable, sobre todo en aquellos sectores de la actividad caracterizados por la prestación de servicios con escaso

²⁵ STJCE de 20 de enero de 2011 (petición de decisión prejudicial planteada por Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha), CLECE, S.A./María Socorro Martín Valor, Ayuntamiento de Cobisa (Asunto C-463/09).

²⁶ STJCE de 26 de noviembre de 2015 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco), ADIF/Algeposa Terminales Ferroviarios S.L. (Asunto C-509/2014).

²⁷ Por todas, SSTSJ, Social, Canarias/Las Palmas 16 enero 2009 (AS 855).

²⁸ STS, Social, 7 diciembre 2011 (RJ 2012/106).

²⁹ Significativamente, SSTS, Social, 17 octubre 2004 (RJ 7202), 25 enero 2006 (RJ 2687) y 23 octubre 2009 (RJ 5734).

³⁰ STS, Social, 5 febrero 1991 (RJ 800); en términos parecidos, STS, Social, 26 mayo 1987 (RJ 3886). Siguiéndolas, SSTSJ, Social, Castilla-La Mancha 19 noviembre 1998 (AS 4517) y Madrid 17 (dos) mayo 2005 (AS 1522 y JUR 156066).

soporte material y, al tiempo, por una elevada intensificación de la mano de obra³¹. Procede hacer referencia, así, a efectos meramente ilustrativos, a lo previsto en el art. 43 del convenio colectivo estatal de jardinería³², el art. 14 del convenio colectivo estatal para las empresas de seguridad³³, el art. 17 del convenio colectivo sectorial de limpieza de edificios y locales³⁴, el art. 9 del convenio colectivo estatal de contratas ferroviarias³⁵, el art. 27 del convenio colectivo estatal de empresas de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia³⁶ o los arts. 70 y 71 del convenio colectivo de servicios de atención a personas dependientes³⁷. En tales supuestos, la jurisprudencia parece exigir que, para que la subrogación tenga lugar, ésta ha de "aparecer [necesariamente] impuesta por norma convencional eficaz"³⁸ y ejercerse en los términos y con el alcance en la misma señalada³⁹ en el convenio.

Estas cláusulas convencionales a favor del traspaso de trabajadores en el supuesto de sucesión de contratas no pueden ser, sin embargo, de aplicación cuando la gestión del servicio revierte a la Administración u otro ente administrativo, en tanto dicha regulación convencional únicamente podría afectar a las empresas incorporadas al ámbito personal del convenio, pero nunca a empleadores en él no incluidos⁴⁰; es decir, el convenio colectivo "ni puede contener cláusulas obligacionales que afecten a quienes no son parte en la negociación ni, en su contenido normativo, establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación"⁴¹, razón por la cual la subrogación incorporada en una norma paccionada no obligaría a la Administración, a menos que ésta fuera firmada por dicho órgano público asumiendo el compromiso, en los casos de reversión, de mantener las relaciones de trabajo suscritas con la antigua concesionaria, lo cual parece poco probable en estos momentos de crisis. La empresa concesionaria o contratista es, pues, quien debe proceder a la extinción de los contratos y al abono de las indemnizaciones.

De todas formas, tampoco hay que perder de vista que en alguna Corporación Local de escasas dimensiones, es el convenio colectivo de sector el que regula las condiciones de trabajo de los trabajadores no funcionarios. Surge, entonces, la duda de si la Administración

³¹ RIZZO LORENZO, G.: óLa subrogación convencional en los convenios colectivos estatales de los sectores más representativos: análisis transversal de algunos parámetros especialmente significativos, *Información Laboral*, núm. 5, 2015 (BIB 2015/1868).

³² BOE de 20 de julio de 2013.

³³ BOE de 25 de abril de 2013.

³⁴ BOE de 23 de mayo de 2013.

³⁵ BOE de 24 de febrero de 2014.

³⁶ BOE de 5 de junio de 2010.

³⁷ BOE de 14 de mayo de 2012.

³⁸ SSTSJ, Social, Galicia 22 enero 2003 (AS 1962), Cataluña 17 febrero 2005 (AS 602) ó Comunidad Valenciana 6 octubre 2004 (JUR 24110) y 3 marzo 2005 (JUR 108712). En el mismo sentido, SSTJ, Social, 26 abril, 30 septiembre y 1 diciembre 1999 (RJ 4532, 9100 y RJ 2000, 516) y 17 mayo 2000 (RJ 4620) ó SSTSJ, Social, Asturias 30 diciembre 2002 (JUR 2003, 75141), País Vasco 20 abril 2004 (AS 2939), Navarra 30 junio 2004 (AS 2144) y Madrid 1 septiembre 2005 (rec. 2363/2005). Admitiendo la eficacia a estos efectos de un acuerdo de empresa, SSTSJ, Social, Canarias/Santa Cruz de Tenerife 11 septiembre y 9 octubre 2000 (AS 4130 y 4148).

³⁹ Conforme señalan algunos pronunciamientos, "los efectos subrogatorios se limitan exclusivamente a la novación de los contratos de trabajo de los trabajadores que se integren en su plantilla `respetando sus antigüedades como el resto de los derechos adquiridos por el trabajador hasta el momento del cambio del contrato', sin que pueda hacerse extensiva su responsabilidad a las consecuencias derivadas de la posible aplicación del art. 44 ET, al no existir una subrogación en los términos previstos en dicha normativa, reguladores de los supuestos de sucesión de empresa [STSJ, Social, Canarias/Santa Cruz de Tenerife 13 junio 2003 (JUR 178337); en sentido similar, SSTSJ, Social, Cantabria 24 junio 2004 (JUR 187624) y Castilla y León/Valladolid 18 mayo 2005 (AS 1585)]; o, en otros términos, la "norma convencional no prevé una subrogación igual o similar a la del art. 44 ET sino una nueva contratación tras un proceso de selección imponiendo sólo un porcentaje de nuevas contrataciones pero no la subrogación o novación de los contratos anteriores" [STSJ, Social, Andalucía/Sevilla 31 enero 2002 (AS 2003, 721); aplicando dicha doctrina, SSTSJ, Social, Andalucía/Granada 7 enero 2004 (JUR 79463) ó Castilla y León/Valladolid 30 abril y 4 octubre 2004 (JUR 172544 y AS 2741)].

⁴⁰ Entre otras, SSTJ, Social, 14 diciembre 1994 (RJ 10093), 15 diciembre 1997 (RJ1136) y 22 mayo 2000 (RJ 4624) ó SSTSJ, Social, Extremadura 20 marzo 1995 (AS 1080), Murcia 13 octubre 1995 (AS 4044) y 28 julio 1999 (AS 2670), Andalucía/Granada 10 junio 1999 (AS 4042), Castilla-La Mancha 9 enero 2003 (AS 937), Extremadura 10 diciembre 2004 (AS 3383), Cataluña 22 septiembre, 19 octubre y 13 diciembre 2004 (JUR 281889 y AS 3451 y 4011) y Madrid 18 enero 2005 (AS 86).

⁴¹ STS, Social, 28 octubre 1996 (RJ 7797) y SSTSJ, Social, Comunidad Valenciana 19 enero 1999 (AS 195), Murcia 5 junio 2000 (AS 5347) y Aragón 8 julio 2009 (JUR 399971).

que pase a prestar directamente el servicio se debería subrogar en la posición de la empresa anterior, debiendo entender que en tales supuestos la respuesta ha de ser afirmativa, pasando los afectados a ser considerados, tal y como establece algún pronunciamiento judicial, indefinidos no fijos al servicio del Ente público Local en cuestión si fueran trabajadores fijos de la empresa anterior, manteniéndose en su puesto de trabajo sólo hasta que la plaza se cubra por el procedimiento reglamentario o se amortice⁴².

En estos casos, tal y como ha reconocido alguna sentencia, procedería la subrogación parcial en la porción de la jornada de trabajo que los trabajadores desempeñaban en la contrata que se transmite, pero no en el resto de aquélla que queda inalterada y se deberá seguir prestando en los centros de trabajo respectivos de la empresa cedente ajenos al vínculo administrativo⁴³. Todo ello sin olvidar, de un lado, que la aplicación del convenio colectivo del sector, como fuente reguladora de las condiciones de trabajo, se mantendrá hasta la fecha de la expiración del mismo o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable⁴⁴, salvo pacto en contrario establecido una vez consumada la sucesión mediante acuerdo de empresa entre el cesionario (Administración) y los representantes de los trabajadores (art. 44.4 ET)⁴⁵, interpretación que se puede deducir, aplicando *a sensu contrario*, un reciente pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en virtud del cual las empresas privadas que continúen la prestación de un servicio anteriormente prestado por una Administración Pública deben respetar, si concurre una verdadera transmisión de empresa, el convenio colectivo vigente en el momento de la subrogación, si bien la celebración de un nuevo convenio colectivo para la Administración Pública no vincula a esa empresa privada, máxime cuando no ha podido intervenir en su negociación⁴⁶.

La regla central sobre la que gira el art. 44.4 ET consiste en la voluntad de garantizar que la transmisión no altera, por sí misma, el convenio colectivo de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva transferida, puesto que el mismo seguirá rigiendo las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la transmisión, quienes, en contrapartida, no podrán exigir en un primer momento la aplicación del convenio colectivo de la empresa cesionaria por el mero hecho de la sucesión empresarial y tampoco de las modificaciones habidas en el convenio de origen con posterioridad a la transmisión. Esta garantía está sometida, además, a un límite temporal, que puede derivar de cualquiera de las siguientes circunstancias: la fecha de expiración del convenio de origen o la entrada en vigor de un convenio que resulte aplicable a la entidad traspasada que deberá ser un convenio negociado con posterioridad a la transmisión⁴⁷.

Procede hacer referencia, a la postre, a un pronunciamiento judicial, que establece de una manera clara y sistemática el contenido de la obligación de subrogación

⁴² STSJ, Social, Castilla-La Mancha 1 junio 2010 (rec. 106/2010), en la cual por la aplicación del convenio colectivo del sector limpieza pública, viaria, riego, recogida, tratamiento y eliminación de residuos, limpieza y conservación de alcantarillado, se declaró improcedente el despido de una trabajadora por entender que el Ayuntamiento quedó subrogado en la posición de la empresa contratista que había asumido las tareas de limpieza tras la terminación de la misma para asumirla directamente la Corporación Local. En el mismo sentido, STSJ, Social, Castilla-La Mancha 9 junio 2010 (rec. 176/2010), que entiende aplicable a una Entidad Local, ante la inexistencia de convenio propio, el respectivo convenio que regula cada concreta actividad (guarderías, limpieza, etc), en atención tanto a razones de equidad como de evitación de tratos desiguales.

⁴³ STSJ, Social, Castilla-La Mancha 2 junio 2015 (núm. 768/2015).

⁴⁴ MONEREO PÉREZ, J.L.: «Transmisión de empresas y nuevas formas de organización productiva», *Tribuna Social*, núm. 239, 2010, pág. 25.

⁴⁵ LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F. y VIQUEIRA PÉREZ, C.: «Los acuerdos de empresa», en AA.VV. (PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y GOERLICH PSET, J.M., Coords.): *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2006, pág. 655.

⁴⁶ STJCE 246/2011, de 18 de julio de 2013, asunto *Alemo-Herron*.

⁴⁷ MORENO GENÉ, J.: «La integración de estudios universitarios sin transmisión de elementos materiales como supuesto de sucesión empresarial y sus efectos (a propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 5 de marzo de 2015)», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 41, 2015, págs. 27-28.

laboral en el marco de la contratación pública en el sentido siguiente: a) la subrogación empresarial solo abarca aquellos derechos y obligaciones realmente existentes en el momento de la integración, es decir, los que en ese momento el interesado hubiere ya consolidado y adquirido, incorporándolos a su acervo patrimonial, sin que dicha subrogación alcance de ningún modo a las meras expectativas legales o futuras; b) la obligación de subrogación no es incompatible con un pacto unificador de las diversas estructuras salariales de las empresas que quedan absorbidas en una nueva entidad; c) el principio de continuidad en la relación de trabajo no impone una absoluta congelación de las condiciones de trabajo anteriores, que condenaría al fracaso cualquier intento de regulación homogénea en supuestos de integración en la misma entidad de distintos grupos de trabajadores; la subrogación no obliga al nuevo empresario al mantenimiento indefinido de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo que la empresa transmitente aplicaba, sino solo a respetar las existentes en el momento de la transferencia, por lo que en el futuro habrá de acomodarse a las normas legales o pactadas que regulan la relación laboral con el nuevo empleador⁴⁸.

De otro, que tal y como ha señalado también el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, los representantes legales de los trabajadores que ejercían tal función en las empresas concesionarias de servicios públicos transferidos, en el supuesto enjuiciado, a un Ayuntamiento, continuarán desempeñando su función en las dependencias de este último, al igual que los directivos pues el mero cambio de los máximos responsables jerárquicos (que ahora son el Alcalde y los respectivos Concejales) no puede de por sí menoscabar la autonomía de la entidad transmitida, a menos que los nuevos máximos superiores jerárquicos dispongan de facultades que les permitan organizar directamente la actividad de los trabajadores de la referida entidad y sustituir así a los superiores inmediatos de dichos trabajadores en la adopción de decisiones dentro de esta última⁴⁹.

2.3.- EL ESTABLECIMIENTO DE CLÁUSULAS SUBROGATORIAS EN LOS PLIEGOS DE CONDICIONES: LÍMITES

Despejados estos interrogantes, es menester dar un paso más para aclarar cómo puede que la subrogación venga establecida en el pliego de condiciones, lo cual no es muy habitual, máxime cuando, como viene señalando la doctrina judicial, los pliegos de cláusulas administrativas no están obligados a hacer referencia a la subrogación, ni como obligación, ni como condición que otorga puntos para la adjudicación. Únicamente el órgano de contratación deberá conocer si respecto del contrato objeto de licitación se impondrá al adjudicatario la obligación de subrogación conforme a la normativa de régimen laboral, en cuyo caso deberá facilitar a todos los licitadores la información necesaria de los contratos existentes que puedan verse afectados por la subrogación, en cuyo caso es pertinente que esa información se complemente con la relativa a las condiciones de los contratos de los trabajadores afectados, lo que exigirá que el órgano de contratación requiera tal información de la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora⁵⁰. Por tanto, podrían incluirse cláusulas subrogatorias expresas en el pliego sólo cuando se trate de una transmisión de empresa ex art. 44 ET por cumplir los requisitos allí previstos o exista una cláusula subrogatoria en el convenio

⁴⁸ STSJ, Social, Castilla y León/Burgos 6 febrero 2014 (rec. 60/2014), comentada por HENÁNDEZ JIMÉNEZ, H.M.: *Subrogación laboral en los contratos del sector público*, *Actualidad Administrativa*, núm. 5, 2014, págs. 1 y ss.

⁴⁹ STJCE 151/2009, de 29 de julio de 2010, asunto *Ayuntamiento Línea de la Concepción*.

⁵⁰ STSJ, Cont-Adm. Madrid 23 febrero 2011 (rec. 741/2009). Asimismo, Informe 58/2009, de 26 de febrero de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa e Informe 6/2012, de 7 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Aragón. Igualmente, Resolución 58/2013 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía, Resolución 69/2013, de 28 de noviembre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León y Resoluciones 181/2011 y 36/2014 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

colectivo aplicable, lo cual garantiza lógicamente la paz social y la colaboración sindical sin duda también necesarias para actuar eficazmente en la prestación de los servicios⁵¹. Recientemente, el Tribunal Supremo ha entendido que es obligatorio incluir en el pliego una cláusula que establezca la subrogación de los trabajadores de las empresas de servicios en los supuestos de cambio de titularidad de la contrata al haberlo previsto así un Acuerdo entre la Entidad pública y los sindicatos⁵².

En definitiva, permítase la reiteración, como consecuencia de esta doctrina, los pliegos han de contener la información que exige el art. 120 TRLCSP únicamente en aquellos casos en los que la obligación de subrogación venga exigida por el convenio o pacto colectivo o normativa laboral⁵³. Cabe matizar, a estos efectos, que la obligación de subrogación no resulta de los pliegos, sino de la normativa social, incluidos los convenios o pactos colectivos, de modo que, tal y como ha señalado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, procede entender que el silencio en los pliegos de contratación sobre tal obligación de subrogación no exime al adjudicatario de tal deber laboral, en aplicación del tradicional principio jurídico *ignorantia legis neminem excusat*⁵⁴. Ahora bien, esta interpretación ha sido matizada por la doctrina judicial, entendiendo que son las normas laborales y los convenios colectivos los que establecen dicha obligación de subrogación y no la legislación contractual pública, pero ésta establece una obligación de información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte dicha medida, con la finalidad de que los licitadores puedan evaluar los costes laborales, de modo que el futuro licitador debe conocer la totalidad de obligaciones que asume en caso de resultar adjudicatario del contrato, que son, no solo las propiamente objeto del contrato, sino también aquéllas que proceden de otras normas distintas de la legislación contractual. Esta información a los licitadores se puede llevar a cabo en el propio pliego o en la documentación complementaria y para ello el antiguo concesionario viene obligado a proporcionar al órgano contratante dicha información⁵⁵. Dando un paso más, una reciente sentencia del Tribunal Supremo ha entendido que serán las circunstancias de cada caso en particular las que justifiquen si la subrogación debe valorarse como criterio de adjudicación, en atención a que el hecho de que sean esos trabajadores y no otros contratados *ex novo*, guarde directa relación con el objeto del contrato, pues en otro caso, es decir, si a efectos de ejecutar el objeto del contrato resulta irrelevante que se desarrolle con los trabajadores subrogados o con otros contratados al efecto, la subrogación podrá exigirse o no en los pliegos, pero no será elemento valorativo en la adjudicación⁵⁶.

De todas formas, no hay que olvidar que la previsión de subrogación incluida en el pliego afectará a la nueva empresa concesionaria o contratista, pero no a la Administración que rescata el servicio para la prestación directa del mismo o que decide dejar de dispensarlo porque no está vinculada por los pliegos.

2.4.- LOS CAUCES PARA LA EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS ANTE LA AUSENCIA DE SUBROGACIÓN

⁵¹ SALA FRANCO, T.: «El acceso al empleo público laboral», en AA.VV (ARIAS DOMÍNGUEZ, A. y RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.M., Coords.): *Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempos de crisis*, Pamplona (Aranzadi), 2015, pág. 40.

⁵² STS, Social, 4 junio 2013 (La Ley 4913/2013).

⁵³ STSJ, Social, Madrid, 12 febrero 2014 (rec. 1905/2011). También Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 17 de enero de 2014 (rec. 877/2013), Informe 2/2013 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Gobierno de Canarias, Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía de 27 de septiembre de 2013 (rec. 108/2013) y Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 5 de diciembre de 2012 (rec. 271/2012).

⁵⁴ Informe 58/2009, de 26 de febrero de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

⁵⁵ STSJ, Social, Madrid 30 mayo 2013 (rec. 12011/2011).

⁵⁶ STS, Social, 4 junio 2013 (rec. 58/2012).

En el caso de que, por razones presupuestarias, la Administración decida dejar de dispensar el servicio que anteriormente tenía exteriorizado, cabe asistir a un proceso mixto (en primer lugar, la reversión de la actividad previamente exteriorizada a la Administración y, en unidad de acto, la decisión de ésta de no continuar con ella), consecuencia del cual la empresa concesionaria o contratista ha de proceder a extinguir por causas organizativas los contratos laborales afectados previo cumplimiento de los requisitos legales establecidos en la normativa social de común aplicación que serán objeto de atención más adelante [despido objetivo ñart. 52 c) ET⁵⁷ o despido colectivo ñart. 51 ET--]⁵⁷, poniendo a disposición de los trabajadores la indemnización prevista legalmente cifrada en 20 días de salario por año de servicio con el máximo de 12 mensualidades. Otra cosa es que, como ha reconocido alguna sentencia, concurren los requisitos de una cesión ilegal de trabajadores por parte de la empresa contratista a la Administración, en cuyo caso se ha de reconocer la improcedencia del despido, y ante la imposibilidad de readmisión, debido a que no existe el centro de trabajo donde el trabajador prestaba servicios, procede extinguir los contratos de trabajo con las indemnizaciones pertinentes (antes 45, ahora 33 días de salario por año de servicio), siendo responsables solidarios la empresa adjudicataria y la Administración⁵⁸.

3.- BONDADES Y RIESGOS DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DESDE EL PUNTO DE VISTA LABORAL

Aun cuando son frecuentes los casos en los que la Administración decide, por razones de eficiencia económica, rescatar las contratas y concesiones existentes para dispensar de forma directa el servicio, lo cierto es que también es habitual que se siga utilizando el contrato administrativo con empresas contratistas o concesionarias, que aportan sus medios humanos y materiales a la prestación de la encomienda pública asumida ha pasado a ocupar un lugar muy destacado en el quehacer de las Administraciones, decisión imprescindible en muchas ocasiones si se quiere lograr la ansiada eficacia y eficiencia en la dispensa del servicio a favor de los ciudadanos⁵⁹. Esta vía permite, además, una mayor aplicación del principio de la competencia o del fomento de la competitividad también en el seno de la Administración Pública, en la medida en que supone sustituir parcialmente parte de su personal y de su organización por su provisión en el mercado⁶⁰.

Por otra parte, también debe tenerse en cuenta aquí el compromiso de estabilidad presupuestaria asumido por el Estado Español como consecuencia de la incorporación al sistema monetario europeo pues, tal como ha sido puesto de manifiesto por la doctrina, en no pocas ocasiones, la Administración se ve obligada a recurrir a la externalización como vía de ocultación de la deuda pública que permite el mantenimiento de las exigencias - cada vez mayores- de nuestro Estado de bienestar⁶¹. En otras ocasiones, este fenómeno obedece simplemente a la necesidad de dar respuesta a situaciones de urgencia o de acumulación de tareas, a la falta de preparación y formación de los empleados públicos o a la rigidez misma de algunas de las instituciones del derecho funcionarial, tal y como en ocasiones ha ocurrido con los horarios y la jornada de trabajo. Si, además ñy por lo que aquí

⁵⁷ BODAS MARTÍN, R.: "Particularidades del régimen jurídico de los trabajadores en régimen laboral y de las Administraciones Públicas", en AA.VV (MOLINER TAMBORERO, G., Dir.): *La Administración Pública como empresario. Aspectos laborales y sindicales. El convenio único para el personal laboral de las Administraciones Públicas*, Madrid (CGPJ), 2000, pág. 307.

⁵⁸ STSJ, Social, Islas Baleares 24 octubre 2013 (rec. 470/2013).

⁵⁹ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El fenómeno de la sucesión empresarial en la Administración Pública: requisitos y consecuencias de la aplicación de los arts. 42, 43 y 44 del Estatuto de los Trabajadores*, Barcelona (Federación de Municipios de Cataluña), 2010, pág. 13.

⁶⁰ BASSOLS COMA, M.: "La externalización: tendencias en el Derecho Administrativo español", en *Le Esternalizzazioni, Atti del XVI Convegno degli amministratori italo-spagnoli*, Genova, 2006, Bologna, 2007, págs. 244 y ss.

⁶¹ VILLAR ROJAS, F.: "La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales", *Revista de Administración Pública*, 172, 2007, págs. 155 y ss.

interesa--, los daños que se causan como consecuencia del ejercicio de la actividad externalizada (contratada) se imputan directamente al contratista, como en principio parece desprenderse de lo previsto en el art. 214 Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), la Administración podría servirse de esta muestra de la denominada huida del Derecho Administrativo⁶² como un valioso instrumento que le permitiría directamente evadirse de la responsabilidad patrimonial en importantes parcelas de su actividad, a pesar de que es ésta una institución consagrada en la propia Constitución (art. 106).

Como fenómeno añadido, es muy habitual que el adjudicatario inicial ceda partes de su actividad a otros concesionarios y contratistas y así sucesivamente, de modo que se alarga la cadena de subcontratación con varias empresas involucradas.

3.1.- LA LAXA REGULACIÓN DE LA LEGISLACIÓN DEL CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

Cierto es que, para contratar con la Administración, cualquier empresa debe acreditar unos requisitos de personalidad y solvencia económica, financiera y técnica o profesional, pero con el fin de garantizar el buen fin del vínculo, el TRLCSP no se opone al recurso a la subcontratación del vínculo previamente adjudicado. En efecto, el art. 227 TRLCSP se encarga de aclarar que el fenómeno en virtud del cual el adjudicatario inicial concierne con un tercero la realización parcial de un contrato administrativo⁶³ implica únicamente que los subcontratistas no tendrán acción directa frente a la Administración contratante, quedando obligados ante el contratista principal, siendo este último el que seguirá asumiendo la total responsabilidad de la ejecución del vínculo contractual frente a la Administración, con arreglo estricto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y --cómo no-- a los términos del propio contrato⁶⁴. En la circunstancia de que el contratista inicial no es reemplazado de su posición respecto de la Administración reside precisamente la razón última por la que la legislación administrativa en esta materia se decanta por un criterio favorable hacia la posible materialización del fenómeno de la subcontratación en aras de la eficiencia de la propia contrata: no habiendo sustitución jurídica del adjudicatario, no se falsea la licitación, motivo por el cual los posibles recelos acerca de este instrumento ceden y, en su lugar, emergen razones a favor de su aplicación, atendiendo, sobre todo, a la propia complejidad del objeto del contrato público⁶⁵.

Esta permisividad ha provocado alguna controversia judicial que ha llegado a ser resuelta por el Tribunal Constitucional, tal y como ha sucedido en un supuesto en el cual un sindicato cuestiona la legalidad de la decisión de la Administración de externalizar tareas de apoyo técnico en lugar de encomendárselas al propio personal de la Tesorería General de la Seguridad Social, entendiendo el alto intérprete de la Norma Fundamental que óno puede considerarse desproporcionado exigir al sindicato recurrente del acto de adjudicación que hubiera impugnado previamente la convocatoria, ni tampoco el rechazo por parte de los órganos judiciales a que pudieran hacerse valer pretensiones relativas a la convocatoria del concurso a través del recurso promovido contra la resolución de adjudicación, pues el perjuicio para el interés económico o profesional (defendido por la confederación sindical) se derivaría, en su caso, de la convocatoria del concurso para

⁶² Entre muchos, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.: óReflexiones sobre la `huida` del Derecho Administrativo, *Revista de Administración Pública*, núm. 140, 1996, págs. 25 y ss.; BORRAJO INIESTA, I.: óEl intento de huir del Derecho Administrativo, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 78, 1993, págs. 233 y ss. ó DEL SAZ CORDERO, S.: óLa huida del Derecho Administrativo: últimas manifestaciones, aplausos y críticas, *Revista de Administración Pública*, núm. 136, 1995, págs. 201 y ss.

⁶³ MESTRE DELGADO, J.F.: *La extinción de la concesión de servicio público*, Madrid (La Ley), 1992, pág. 176.

⁶⁴ FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.M.: *Contratación administrativa*, 3ª edición, Barcelona (Bosch), 2003, pág. 513.

⁶⁵ GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E.: *La cesión del contrato administrativo. La subcontratación*, Madrid (Civitas), 1997, pág. 17

externalizar las tareas controvertidas y no de la decisión de adjudicación del contrato a una determinada empresa licitadora en perjuicio de otras⁶⁶.

El TRLCSP únicamente establece la necesidad de comunicar anticipadamente y por escrito a la Administración la intención de celebrar los subcontratos, señalando la parte de la prestación que se pretende subcontratar y cómo no-- la identidad del subcontratista, justificando, al tiempo, suficientemente la aptitud de éste para ejecutarla por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia [art. 227.2 b) TRLCSP]. Cumpliendo tal exigencia, cabe inferir la existencia de dos contratos perfectamente distintos: uno, de naturaleza pública, es decir, el del poder adjudicador con el agente adjudicatario, y, otro, de naturaleza privada, esto es, entre este último y un tercero⁶⁷.

Tal diferenciación obligacional, clara desde el punto de vista teórico, no siempre lo está tanto en la práctica, tal y como se tratará de demostrar en las páginas siguientes.

3.2.- LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 42 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

El sistema de responsabilidad administrativa, que se hace recaer en exclusiva por el art. 214 TRLCSP sobre el adjudicatario, no implica, sin embargo, que los derechos de los trabajadores inmersos en el proceso de descentralización queden desprotegidos, pues la aplicación del art. 42 ET deja patente la existencia de una responsabilidad solidaria entre la Administración (*in casu*, Local), el contratista y los subcontratistas por las deudas salariales y de Seguridad Social contraídas por estos últimos con sus empleados. Llegar a esta conclusión, no es, sin embargo, fácil⁶⁸.

Para combatir el riesgo de fraudes y de incumplimientos laborales que puede llevar aparejado el fenómeno de la subcontratación, en la medida en que la concurrencia de varios empresarios propicia la elusión de obligaciones y de responsabilidades, la Ley laboral establece una serie de cautelas o garantías en beneficio de los trabajadores, consistentes en el establecimiento, bien de determinadas obligaciones para la empresa principal respecto de las contratistas y subcontratistas, bien por lo que aquí interesa-- de una responsabilidad solidaria de la principal para el supuesto de incumplimiento por parte de las empresas auxiliares de sus obligaciones laborales (retributivas e indemnizatorias siempre que tengan la condición de salario) o de Seguridad Social (falta de afiliación, alta, cotización o prestaciones de pago delegado) con su personal⁶⁹, situación que en tiempo de crisis puede darse con mayor frecuencia que la deseada.

Así, en aras a evitar las posibles situaciones de desprotección para el trabajador, el art. 42 ET diseña un mecanismo destinado a depurar imputabilidades tanto del empleador directo como de los "empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a su propia actividad" cuando vayan referidas a las obligaciones de naturaleza salarial y de Seguridad Social contraídas por el primero "durante el período de vigencia de la contrata". En concreto, el art. 42. 2 dispone: "el empresario principal durante los tres años siguientes a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones referidas a la Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas durante el período de vigencia de la contrata. De las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus

⁶⁶ STCo 183/2009, de 7 de septiembre (RTC 2009, 183).

⁶⁷ FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.M.: *Los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios en la Unión Europea*, Madrid (Marcial Pons), 2005, pág. 127.

⁶⁸ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Subcontratación de concesiones administrativas: problemas laborales*, Madrid (Marcial Pons), 2006, págs. 17 y ss.

⁶⁹ SALA FRANCO, T.: "Los efectos laborales de la contratación y subcontratación de obras o servicios: puntos críticos", *Actualidad Laboral*, núm. 1, 2005, págs. 1016-1017.

trabajadores responderá solidariamente durante el año siguiente a la finalización del encargo

3.2.1.- El encaje del vínculo administrativo en el concepto de ócontrataó

En tanto en cuanto el art. 42 ET se refiere expresamente a "los empresarios que contraten o subcontraten...", parece que está exigiendo a las dos partes involucradas en la contratación o subcontratación una determinada condición subjetiva que, en todo caso, deben reunir para que la responsabilidad en materia salarial y de Seguridad Social sea solidaria. Interpretada restrictivamente, en sentido económico o mercantil, dicha condición no alcanzaría a las Administraciones públicas, pues cuando éstas adjudican la ejecución de obras y la prestación de servicios a empresas privadas actúan sometidas al Derecho Administrativo y no obtienen, con carácter directo, lucro alguno que deban restituir⁷⁰. Es más, las Administraciones contratantes no externalizan la obra o servicio público "por razón de una actividad empresarial", mención contenida en el último párrafo del art. 42 ET, sino como consecuencia de una "actividad de planificación o fomento" dirigida a la satisfacción de un interés general, razón por la cual los Entes públicos no serían, en una primera aproximación, "empresarios titulares" de una organización económica específica ni, consecuentemente, contraparte contractual frente al empresario contratista a efectos de imputación de responsabilidades ex art. 42 ET⁷¹.

Este fue el criterio judicial adoptado inicialmente en diversas sentencias del Tribunal Central de Trabajo y posteriormente mantenido en algunos de los ulteriores pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia, quienes a los referidos argumentos han añadido consideraciones tan escasamente jurídicas como que, de interpretar lo contrario, la responsabilidad que recaería sobre la Administración impondría una carga demasiado pesada a la actividad pública de fomento⁷².

Ahora bien, pese a las iniciales reticencias de las instancias judiciales a aplicar el art. 42 ET cuando en el comitente concurre la cualidad de ser un Ente público, la doctrina científica ha admitido y continúa admitiendo tal posibilidad⁷³, en especial, tras una serie de sentencias en las que de forma expresa se reconoce la aplicabilidad del mencionado precepto estatutario en el ámbito de las Administraciones públicas⁷⁴, no en vano el término "contratas y subcontratas" utilizado por la norma tiene un marcado carácter "atécnico"⁷⁵.

Cuando la Administración comitente y el empresario contratista conciertan la gestión por este último de un servicio público encargado por la primera, por regla general, están celebrando un contrato administrativo-empresarial cuya ejecución supone disponer la organización de medios materiales y humanos por parte del adjudicatario al servicio de la

⁷⁰ SANTOR SALCEDO, H.: "Contratación administrativa y subcontratación: supuestos de imputación y exención de responsabilidades laborales", cit., pág. 194.

⁷¹ GOERLICH PESET, J.M.: "Actividades laborales externalizables: régimen jurídico", en *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*, Valladolid (Lex Nova), 2002, pág. 119.

⁷² SSTCT 19 enero y 8 marzo 1982 (Ar. 168 y 1439); SSTS, Cont-Admtivo, 10 diciembre 1986 (RJ 1987, 1034) ó SSTSJ, Cont-Admtivo, Baleares 5 diciembre 1992 (AS 1992, 519), Navarra 22 marzo 1994 (AS 1994, 891) y 28 abril 1995 (AS 1995, 1355), País Vasco 17 octubre 1995 (AS 1995, 3718) ó Cataluña 22 enero 1996 (AS 1996, 174).

⁷³ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y GOÑI SEIN, J.L.: "Contratación administrativa y aplicación de las normas laborales sobre contratas", en AA.VV.; *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Valencia (Lex Nova), 2000, págs. 148 y ss.; GALA DURÁN, C.: "La responsabilidad empresarial en materia salarial en el ámbito de las contratas y subcontratas de obras y servicios", en AA.VV.: *Descentralización productiva y relaciones laborales*, Valladolid (Lex Nova), 2001, págs. 226 y ss.; LÓPEZ ANIORTE, M.C.: *La descentralización productiva y su incidencia en la relación individual de trabajo*, Murcia (Laborum), 2003, págs. 35 y ss. ó NORES TORRES, L.E.: *El trabajo en contratas. La noción de `contrata de propia actividad`*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2004, pág. 37.

⁷⁴ Entre muchas, SSTSJ, Social, Canarias/Santa Cruz de Tenerife 12 enero 1998 (AS 1998, 1173), Castilla-La Mancha 23 marzo 1998 (AS 1998, 1282), Andalucía/Málaga 9 febrero y 9 marzo 1998 (AS 1998, 1242 y 1805) y 24 diciembre 1999 (AS 1999, 4356), Cataluña 14 septiembre 1999 (AS 1999, 3045), Murcia 18 diciembre 2000 (AS 2000, 4167) y Madrid 13 junio 2001 (AS 2001, 2811).

⁷⁵ CRUZ VILLALÓN, J.: "Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas", *Relaciones Laborales*, núm. 2, 1992, págs. 114 y ss.

Administración por razón de ese encargo. El objeto del contrato celebrado entre ambos sujetos conlleva la puesta en funcionamiento de la organización productiva del titular de la concesión como parte accidental del ciclo de actuación de la Administración. Esta circunstancia supone, en la práctica, la incorporación indirecta por el Ente público del trabajo de los operarios del adjudicatario, lo cual provoca consecuencias importantes desde el punto de vista laboral. Esa relación fáctica de trabajo entre la Administración Local comitente y el trabajador al servicio del contratista o concesionario no puede pasar desapercibida, lógicamente, para el Derecho del Trabajo⁷⁶.

Como con acierto se ha dicho, "es precisamente la prestación de servicios de los trabajadores de una empresa --el adjudicatario-- para otra --la Administración-- la que hace que esas relaciones interempresariales, en principio extralaborales, pasen a tener trascendencia para el ordenamiento jurídico social"⁷⁷, motivo por el cual todo tipo de cargas y responsabilidades que la Administración pueda tener con los empleados del adjudicatario deriva directamente del vínculo suscrito entre el Ente público y dicho titular de la contrata o concesión a partir del cual se origina la relación mediata de trabajo⁷⁸. En principio, la condición pública del organismo que adjudica la gestión indirecta de un servicio público no puede hacer olvidar ni transmutar la naturaleza de la prestación, razón por la cual su dispensa indirecta no debería afectar al *solidum* legal; de hecho, de no haberse exteriorizado la actividad, la Administración Local sería el empleador inmediato⁷⁹.

Por otra parte, el contrato administrativo encaja sin trauma alguno en el concepto de "contrata", tal y como ha reconocido expresamente la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en varias ocasiones: "una interpretación del reiterado art. 42, conforme a su espíritu y finalidad, permite extender el concepto 'contratas y subcontratas' celebradas por el empresario y terceros respecto a la realización de obras y servicios de los primeros, a la noción de 'concesión administrativa' ya que, de un lado, la generalidad de los términos 'contratas o subcontratas' no permiten su aplicación exclusiva a los negocios jurídicos privados, y, de otro, parece más adecuado a los fines de la Administración que la misma, a través de la figura de la concesión, pueda encomendar a un tercero la gestión de servicios propios, sin que ello afecte a las garantías solidarias entre el Ente público, dueño de la obra que se explota o del servicio cedido, y la entidad que organiza su propia actividad y medios personales y materiales para el cumplimiento de la prestación concedida"⁸⁰. De esta manera, "entendida la contrata como el derecho que un empresario o empresa tiene a la prestación de un servicio a un tercero, este tercero puede ser una empresa pero puede ser también la Administración que, utilizando el mecanismo de la concesión administrativa, adjudica la gestión de un servicio a quien corresponda según los términos de la convocatoria y cumpliendo los trámites establecidos al efecto por el Derecho Administrativo"⁸¹.

Estas reflexiones vienen a avalar la necesidad de extender el mecanismo de la responsabilidad solidaria por incumplimiento de las obligaciones salariales y con la Seguridad Social previsto en el art. 42 ET, no sólo al contratista o concesionario, que

⁷⁶ MARTÍN VALVERDE, A.: "Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios", en AA.VV.: *Comentarios a las leyes laborales*, Vol. VIII, Madrid (Edersa), 1988, pág. 105.

⁷⁷ GOERLICH PESET, J.M.: "Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales", *Actualidad Laboral*, núm. 8, 1997, pág. 125.

⁷⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "El lugar de ejecución de la contrata y el art. 42 del ET", *Relaciones Laborales*, núm. 5, 1996, pág. 6.

⁷⁹ QUIRÓS HIDALGO, G.: "Algunas cuestiones sobre la atribución de responsabilidades ex art. 42 ET en un supuesto de contrata encargada por una sociedad cooperativa de viviendas, a su vez concesionaria de un Ayuntamiento", *Aranzadi Social*, núm. 4, 2005, pág. 15.

⁸⁰ SSTs, Social, 18 marzo 1997 (RJ 1997, 2572), citando a su vez las SSTs, Social, 15 julio, 27 septiembre, 18 noviembre y 14, 23 y 31 diciembre 1996 (RJ 5900, 6910, 8628, 9464, 9844 y 9867). Con carácter más reciente, SSTs, Social, 23 enero, 24 junio y 3 octubre 2008 (RJ 2008, 2775, 4233 y 359050).

⁸¹ STSJ, Social, Asturias 11 febrero 2000 (AS 2000, 262). En parecido sentido, STSJ, Social, Madrid 18 enero 2005 (AS 2005, 86).

procede a subcontratar parte de la actividad asumida, sino a la propia Administración Local comitente. El principal problema en la materialización de tal objetivo radica, no obstante, en el hecho de que el TRLCSP es muy claro al establecer una previsión básica y fundamental: es el contratista o concesionario el único obligado a indemnizar los daños y perjuicios causados a terceros por la explotación de una contrata o concesión administrativa a no ser que (única excepción) tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia de una orden de la propia Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma (art. 214)⁸².

Tal régimen jurídico, derivado de lo previsto en el TRLCSP, debe ser matizado, empero, atendiendo a la normativa laboral que persigue fines tuitivos distintos. Sin duda el art. 42 ET no fue redactado pensando en el ámbito contractual público, pero pretender en todo caso la exoneración de responsabilidad de la Administración comitente alegando que su actividad de fomento no entraña ejercicio de "actividad empresarial", supone un trato diferenciado carente de justificación frente al sector privado y una discriminación con efectos previsiblemente negativos para los trabajadores de los empresarios con quienes contrate⁸³. Así, "a la Administración le debe alcanzar la responsabilidad en materia laboral y de Seguridad Social por los hechos o actos del concesionario-gestor, incluso cuando éste entre en relaciones de derecho privado..., (de modo que) ésta no puede desentenderse de ninguna manera de los daños que cause la actuación del adjudicatario o las empresas auxiliares con las que éste subcontrate parcelas de la prestación del servicio público asumido"⁸⁴.

La normativa laboral no ha arbitrado una respuesta específica a estas cuestiones, de modo que el régimen legal previsto en el art. 42 ET de responsabilidad empresarial solidaria en caso de contratas y subcontratas es aplicable no sólo al supuesto de hecho de contratas o subcontratas de naturaleza privada, sino también a las contratas y concesiones administrativas. Más claro se debería haber manifestado, en este sentido, el TRLCSP, excepcionando del principio de responsabilidad directa y exclusiva por parte del adjudicatario aquellos daños causados a terceros (trabajadores) relacionados con deudas de tipo salarial o con la Seguridad Social, para adoptar aquí el principio de responsabilidad solidaria, sin limitarse a establecer el deber del contratista de informar a los representantes de los trabajadores de la subcontratación, de acuerdo con la legislación laboral [indicando, por tanto, el nombre o razón social, domicilio y número de identificación fiscal de la empresa subcontratista, el objeto y la duración de la subcontrata, el lugar de ejecución, el número de trabajadores que serán ocupados en la subcontrata en el centro de trabajo del contratista y las medidas previstas para la coordinación de actividades desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales (arts. 214.6 TRLCSP)], pues tal previsión, pese a ser importante, se queda, sin duda, corta a la luz de los términos empleados por el art. 42 ET.

3.2.2.-El parámetro de imputación de responsabilidad solidaria por deudas salariales y con la Seguridad Social: la noción de ópropia actividadô

⁸²REBOLLO PUIG, M.: "Servicios públicos concedidos y responsabilidad de la Administración: imputación o responsabilidad por hecho de otro", *Poder Judicial*, núm. 20, págs. 23 y ss.; BOCANEGRA SIERRA, R.: "Responsabilidad de contratistas y concesionarios de la Administración Pública por daños causados a terceros", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 18, 1978, págs. 397 ó DE AHUMADA RAMOS, F.J.: *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Pamplona (Aranzadi), 2000, págs. 232 y ss.

⁸³SANTOR SALCEDO, J.: "Contratación administrativa y subcontratación: supuestos de imputación y exención de responsabilidades laborales", cit., pág. 196.

⁸⁴SSTS, Cont-Admtivo, 19 mayo 1987 (RJ 1987, 3615) y 9 mayo 1989 (RJ 1989, 4487). En la doctrina, GONZÁLEZ NAVARRO, F.: "Responsabilidad de la Administración por daños causados a terceros por el empresario de un servicio público", *Revista de Derecho Administrativo y Fiscal*, núms. 44-45, 1976, págs. 215 y ss. ó ARIÑO ORTIZ, G.: "El servicio público como alternativa", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 23, 1979, pág. 552.

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

La alusión genérica a la "propia actividad" --"*vexata quaestio*", expresión ambigua en extremo, de difícil aprehensión y "sobre todo enormemente escurridiza"⁸⁵-- dificulta en gran medida la determinación de las situaciones de hecho a partir de las cuales desencadenar todas las consecuencias previstas en el ET, buena muestra de lo cual viene dada por las inseguras e insatisfactorias conclusiones alcanzadas al respecto por la doctrina⁸⁶ y la consiguiente necesidad de un recurso permanente a los pronunciamientos judiciales para poder encontrar un poco de luz en la materia. Teniendo en cuenta el criterio jurisprudencial de la conexión de las obras o servicios contratados con la finalidad productiva y las necesidades normales del comitente, puede considerarse "actividad propia" de las Administraciones públicas toda aquella realizada en el ejercicio de las competencias y atribuciones que la normativa estatal, autonómica y local, les encomiendan expresamente, lo cual desencadenaría la responsabilidad de la Administración en cualquier supuesto. Excluidas las funciones públicas que impliquen ejercicio de autoridad, la contratación administrativa puede tener cualquier objeto siempre que "su necesidad para los fines del servicio público" se justifique en el expediente administrativo, de modo que cualquier contrato de la Administración cumpliría el requisito señalado.

No parece, sin embargo, procedente entender que todo contrato administrativo, por el hecho de justificarse su necesidad para los fines de servicio público, se entienda incluido en el concepto "propia actividad" a efectos de imputación de responsabilidades laborales a la Administración, pues dicha noción no puede identificarse con cualquier actividad contratada, aunque el expediente de contratación así lo declare por imperativo legal⁸⁷. Es necesario imponer, por tanto, una modulación del concepto acorde con la limitación objetiva que incorpora la norma social. La realización en régimen descentralizado de obras y servicios competencia de las Administraciones públicas debe perseguir la satisfacción del interés general, pero no todas las obras ni todos los servicios contratados se dirigen directa e inmediatamente a la satisfacción de ese interés público. Al igual que en el ámbito privado, existen servicios complementarios necesarios para el ejercicio de la función pública descentralizada, pero no "inherentes" a la misma, y obras contratadas cuya ejecución no constituye propiamente función o cometido específico de la Administración⁸⁸.

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

⁸⁵ RIVERO LAMAS, J.: "Proyecciones de la descentralización productiva: instrumentación jurídico-laboral", en AA.VV.: *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, Pamplona (Aranzadi), 2003, pág. 41.

⁸⁶ Para un sector de la doctrina, "propia actividad" equivale a total igualdad de las actividades, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Valencia (Tirant Lo Blanch), pág. 31. Para otros es suficiente con la sustituibilidad, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "La regulación protectora del trabajo en las contrata", *Revista de Política Social*, núm. 93, 1972, pág. 37. No falta quien, sin embargo, identifica la expresión legal con el núcleo de la actividad empresarial, CRUZ VILLALÓN, J.: "Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contrata y subcontrata", cit., págs. 130-131.

⁸⁷ SANTOR SALCEDO, H.: "Contratación administrativa y subcontratación: supuestos de imputación y exención de responsabilidades laborales", cit., pág. 204.

⁸⁸ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Subcontratación de concesiones administrativas: problemas laborales*, cit., págs. 39 y ss.

Administración comitente cuando, de no haberse concertado su prestación indirecta, la propia Administración tendría que gestionarlo necesariamente por sí misma con su propio personal. De acuerdo con el segundo, el indicio de exteriorización productiva vendría dado por la existencia de servicio público con efectiva proyección o incidencia *ad extra*⁸⁹. A la postre, el calificativo "inherente" a la Administración de un servicio contratado dependería del destinatario del mismo: de ser el ciudadano el usuario del servicio, la Administración habría descentralizado su "propia actividad" en el ejercicio regular de su función pública; de ser la propia Administración la destinataria, el servicio sería necesario para su funcionamiento pero accesorio o puramente instrumental para la satisfacción del interés general.

Este último es el parámetro que parece haber adoptado casuísticamente la doctrina de los Tribunales⁹⁰. La mayor parte de las resoluciones judiciales vienen a considerar cómo aquellas actividades que respondiesen a las previsiones fijadas en la normativa específica que reparte y atribuye las funciones y competencias de las diferentes Entidades administrativas formarían parte del concepto "propia actividad" y, en consecuencia, caso de proceder a su contrata, sería de aplicación el mecanismo de la responsabilidad solidaria entre Administración comitente y contratista, siempre y cuando el destinatario último fuera el ciudadano⁹¹. La pauta más utilizada (insegura a todas luces) viene siendo, por tanto, la de la pertenencia material al "ciclo productivo" (núcleo duro de actividades imprescindibles) pero con una versión marcadamente finalista, pues, como resulta impropio hablar de "ciclo productivo" en una Administración pública, se ha optado por considerar que efectivamente existe "propia actividad" cuando la obra o servicio contratado esté dirigido a la consecución de fines propios de la competencia específica de la Administración contratante, con la condición de que ello redunde en beneficio de la colectividad⁹².

Por poner algunos ejemplos capaces de manifestar que aún no están claramente definidos los perfiles de un criterio interpretativo objetivo que tenga vocación de validez generalizada para la interpretación del requisito de la "propia actividad" de una Administración pública, cabe destacar cómo con tal fundamento se ha declarado que forma parte de este concepto "el servicio de retirada de vehículos mal aparcados"⁹³, "el mantenimiento de piscinas municipales"⁹⁴ o "polideportivos"⁹⁵, "la limpieza y cuidado de los jardines públicos"⁹⁶, "ciertas tareas de vigilancia"⁹⁷, "el mantenimiento de una estación depuradora de aguas"⁹⁸, "la explotación de un teatro perteneciente a un ente autonómico"⁹⁹, "la gestión del servicio de asistencia de minusválidos psíquicos profundos"¹⁰⁰, "la gestión de centros de reinserción juvenil"¹⁰¹, "la asistencia a mujeres víctimas de violencia de género"¹⁰², "la adjudicación administrativa de comedores escolares"¹⁰³, "la toma de datos

⁸⁹ CRUZ VILLALÓN, J. y RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P.: "Problemática laboral de la privatización y externalización de los servicios públicos", *Revista de Derecho Social*, núm. 3, 1998, págs. 24 y ss.

⁹⁰ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y GOÑI SEIN, J.L.: "Contratación administrativa y aplicación de las normas laborales sobre contratas", en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2000, págs. 153 y ss. ó MARTÍN JIMÉNEZ, R.: "Descentralización funcional en las Administraciones Públicas y propia actividad", *Relaciones Laborales*, núm. 4, 1999, págs. 705-710.

⁹¹ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: "El concepto de 'propia actividad' empresarial", en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2000, pág. 168.

⁹² SSTs, Social, 18 enero 1995 (RJ 1995, 514) y 15 julio 1996 (RJ 1996, 5990).

⁹³ STSJ, Social, Andalucía/Málaga 24 diciembre 1999 (AS 1999, 4356).

⁹⁴ STSJ, Social, Andalucía/Málaga 5 mayo 2005 (rec. 558/2005) y Madrid 17 mayo 2013 (rec. 3276/2012).

⁹⁵ STSJ, Social, Murcia 18 diciembre 2000 (rec. 956/2000).

⁹⁶ SSTSJ, Social, Andalucía/Málaga 9 febrero y 9 marzo 1998 (AS 1998, 1242 y 1805).

⁹⁷ STS, Social, 18 enero 1995 (RJ 1995, 514).

⁹⁸ STSJ, Social, País Vasco 17 febrero 1998 (AS 1998, 759).

⁹⁹ STSJ, Social, Madrid 27 enero 1999 (AS 1999, 96).

¹⁰⁰ STSJ, Social, Canarias 12 enero 1998 (RJ 1998, 6216).

¹⁰¹ STSJ, Social, Comunidad Valenciana 4 mayo 2005 (rec. 3297/2004).

¹⁰² STSJ, Social, Madrid 27 octubre 2003 (rec. 4546/2003).

¹⁰³ STS, Social, 27 julio 1998 (RJ 1998, 6216).

para la informatización de un servicio¹⁰⁴, del transporte sanitario ordinario por parte de un ente autonómico de salud¹⁰⁵, de la gestión de un centro de atención a ancianos¹⁰⁶, de la gestión de talleres de formación juvenil¹⁰⁷, de la atención telefónica de un sistema de emergencias de un servicio público de salud¹⁰⁸ o de la coordinación en materia de seguridad y salud en unas obras de construcción promovidas por una Fundación pública¹⁰⁹.

Por el contrario, se ha marginado del ámbito aplicativo del concepto aquí analizado "la contrata suscrita por una Consejería para efectuar una mudanza"¹¹⁰, de la concesión de una cafetería¹¹¹, "las obras de construcción y remodelación de un edificio contratadas por una Comunidad Autónoma"¹¹², "la prestación de servicios de seguridad o vigilancia en edificios públicos"¹¹³, "la limpieza de los entes docentes públicos de una ciudad"¹¹⁴, "el encargo procedente del servicio público de empleo para impartir un curso de formación"¹¹⁵, de la promoción de espectáculos públicos¹¹⁶, de la gestión y control de la ITV dependiente de una Comunidad Autónoma¹¹⁷, del alquiler de vehículos para la atención de los juzgados de guardia que, esporádicamente, es utilizada para el transporte de cargos de la Administración Autonómica¹¹⁸, del control de operaciones de primera venta en la Lonja del puerto de los productos de pesca, en relación con la función de la autoridad portuaria¹¹⁹ o de unas obras de construcción en las cuales la Administración asume la posición de mero promotor, comenzando la cadena de contratistas y, por tanto, responsables, en la primera empresa constructora¹²⁰. También, se han entendido excluidas, en el ámbito educativo, aquellas actividades contratadas por las AMPAS, como comedores escolares¹²¹ o bibliotecas de centros¹²².

La remisión al casuismo y la constante adaptación del precepto, a través de su interpretación, al entorno social en que ha de aplicarse conjuga mal con la seguridad jurídica, valor que, ciertamente, resulta primordial en una disposición normativa como el ET, donde interactúan distintos intereses (de los trabajadores, de la Administración, del contratista o concesionario, de los empresarios participantes...) ¹²³. El problema principal que se plantea es la distinción de las actividades necesarias respecto de las accesorias y, dentro de estas últimas, identificar cuáles resultan esenciales para la consecución del fin perseguido por la Administración Local en beneficio de la colectividad y cuáles no. Se trata de un interrogante cuya respuesta sólo puede darse --como se ha visto-- de forma particularizada, con las limitaciones y los inconvenientes que de dicho método derivan¹²⁴: la falta de seguridad o

¹⁰⁴ STSJ, Social, Cataluña 25 enero 2002 (AS 2002, 1079).

¹⁰⁵ SSTs, Social, 23 enero, 24 junio y 3 octubre 2008 (RJ 2008, 2775, 4233 y 359050).

¹⁰⁶ SSTs, Social, 5 diciembre 2011 (rec. 4197/2010) y 30 marzo 2012 (rec. 4197/2010).

¹⁰⁷ STSJ, Social, Madrid 30 mayo 2005 (rec. 1845/2005).

¹⁰⁸ STSJ, Social, Andalucía/Málaga 9 septiembre 2004 (rec. 956/2004) y 13 enero 2005 (rec. 958/2004).

¹⁰⁹ STSJ, Social, 17 octubre 2013 (rec. 1415/2013).

¹¹⁰ STSJ, Social, Madrid 12 julio 1997 (AS 1997, 2632).

¹¹¹ STSJ, Social, Castilla-La Mancha 17 marzo 2004 (rec. 1298/2002) y Andalucía/Sevilla 25 junio 2005 (rec. 3651/1995).

¹¹² STSJ, Social, Cataluña 23 septiembre 1998 (AS 1998, 6948).

¹¹³ SSTs, Social, 18 enero 1995 (RJ 1995, 514) y 15 julio 1996 (RJ 1996, 5990).

¹¹⁴ STSJ, Social, Cataluña 1 febrero y 1 abril 1997 (AS 1997, 712 y 1994).

¹¹⁵ STS, Social, 29 octubre 1998 (AS 1998, 9049).

¹¹⁶ STSJ, Social, Andalucía/Sevilla 1 julio 2003 (rec. 186/2003).

¹¹⁷ STSJ, Social, Andalucía/Granada 16 julio 2003 (rec. 186/2003).

¹¹⁸ STSJ, Social, Cataluña 17 marzo 2003 (rec. 5395/2002).

¹¹⁹ STSJ, Social, Andalucía/Málaga 26 abril 2002 (rec. 1564/2005).

¹²⁰ STS, Social, 3 julio 2012 (rec. 2948/2011), citando, a su vez, las SSTs 20 julio 2005 (rec. 2160/2004) y 2 octubre 2006 (rec. 1212/2005).

¹²¹ STSJ, Social, Andalucía/Sevilla 17 octubre 2002 (rec. 1947/2002).

¹²² STSJ, Social, Cataluña 19 mayo 2003 (rec. 3279/2002).

¹²³ MONTOLYA MEDINA, D.: *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2004, pág. 138.

¹²⁴ GARCÍA MURCIA, J.: "El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores", *Revista de Política Social*, núm. 130, 1981, pág. 29.

certeza¹²⁵. Siempre será difícil, por no decir imposible, fijar unas fronteras claras de lo que por propia actividad hay que entender, pues no existe un concepto *in rerum natura* que permita fijar con validez universal las distintas fases y operaciones que integran el mismo, resultando imposible determinar con rotundidad si una concreta actividad forma parte o se integra en un ciclo productivo cuyos límites se desconocen¹²⁶ y, por tanto, provocará la responsabilidad solidaria de la Administración Local por las deudas salariales y con la Seguridad Social contraídas por sus contratistas y concesionarios y sus subcontratistas.

3.2.3.-La nula virtualidad de la exención de responsabilidad de la Administración prevista en los pliegos de condiciones

No es infrecuente, como crítica adicional, que en los pliegos de condiciones ("ley primordial del contrato" o "*lex inter partes*")¹²⁷ se incorporen, a favor de la Administración comitente, cláusulas exoneratorias de la responsabilidad que pudiera derivarse del incumplimiento por el concesionario o los sucesivos subcontratistas de la normativa laboral y de protección social.

Como con acierto se ha dicho, "la contratación administrativa, no obstante sus especiales características, tiene como nota o fondo común con la ordinaria, civil o mercantil, la de ser, ante todo, un concierto de voluntades en el que las normas fundamentales y en primer término aplicables son las acordadas por la Administración y el contratista, es decir, las cláusulas del pliego de condiciones aceptado por éste, por lo que los derechos y obligaciones derivados de estos contratos se regulan, ante todo, por lo previsto en el pliego de condiciones publicado para su celebración como ley primordial del contrato, resultando obligado, en consecuencia de ello, para resolver las cuestiones relativas al cumplimiento, inteligencia y efectos de un contrato administrativo, el remitirse a lo establecido en el correspondiente pliego"¹²⁸.

El pliego de condiciones se conforma como receptor del acervo jurídico, económico y técnico al cual ha de ajustarse la licitación, adjudicación y ejecución de los contratos¹²⁹ y, al ser conocido por la empresa al presentarse al concurso y aceptado de manera expresa en el momento de firmar la concesión, vinculará a las partes en cuanto a sus términos y alcance¹³⁰. La autoexoneración de responsabilidad prevista en dicho documento hace depender, no obstante, la aplicabilidad de una norma imperativa, como es el art. 42 ET, de la voluntad unilateral de la parte obligada a cumplirla, lo cual no puede ser admitido en ningún caso, pues dicho precepto estatutario establece un régimen de responsabilidad empresarial solidaria a favor de los trabajadores indisponible para las partes e inderogable para la Administración¹³¹.

Siguiendo a la mejor doctrina, "estos pliegos carecen de sustancia normativa en sentido propio, en cuanto simples piezas integrantes del contenido de un contrato, que extraen su fuerza precisamente de su inclusión en el mismo por los contratantes"¹³², razón por la cual "el carácter de *lex contractu* de los pliegos está en función de que no se vulneren

¹²⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "Propia actividad y contrata", *Relaciones Laborales*, núm. 6, 1996, pág. 42.

¹²⁶ NORES TORRES, L.E.: *El trabajo en contratas. La noción de contrata de propia actividad*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2004, pág. 115.

¹²⁷ STS, Cont-Admto, 4 octubre 1982 (RJ 1982, 6318).

¹²⁸ STS, Cont-Admto, 9 julio 1988 (RJ 1988, 5880).

¹²⁹ SSTSJ, Social, Asturias 11 febrero 2000 (AS 2000, 262) y Cataluña 9 marzo 2001 (AS 2001, 1456).

¹³⁰ SSTS, Social, 7 noviembre 1991 (RJ 1991, 813) y 5 abril 1993 (RJ 1993, 2906). También, SSTSJ, Social, Madrid 10 junio 1998 (AS 1998, 2587), Cataluña 3 enero 2000 (AS 2000, 1657), Galicia 5 y 12 diciembre 2000 (AS 2000, 3972 y 3740), Canarias/Las Palmas 28 noviembre 2000 (JUR 2001, 119829) y 30 enero 2002 (AS 2002, 2236), País Vasco 23 noviembre 2002 (JUR 2003, 81739) y La Rioja 11 y 18 noviembre 2003 (JUR 2004, 100009 y AS 2004, 707).

¹³¹ GARCÍA PIQUERAS, M.: *Régimen jurídico de las responsabilidades empresariales en las contratas y subcontratas*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 1998, pág. 20.

¹³² GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 14ª edición, Madrid (Civitas), 2008, pág. 680.

preceptos de derecho necesario supraordenados a las partes"¹³³. Tres argumentos avalan esta conclusión¹³⁴: a) De conformidad con el art. 25 del TRLCSP, las Administraciones públicas pueden concertar los pactos y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las normas y principios superiores del ordenamiento. b) La falta de impugnación en tiempo y forma convalida los posibles vicios de los pliegos, que adquieren, por ello, eficacia jurídica, pero esta regla no alcanza a los vicios de nulidad de pleno derecho, en cuyo caso su denuncia no está sujeta a plazo preclusivo alguno¹³⁵. c) El art. 2 del Convenio número 94 de la OIT, relativo a las cláusulas de trabajo de los contratos celebrados para la ejecución de obras y servicios públicos, garantiza a los trabajadores de los contratistas implicados en la contrata condiciones de empleo no menos favorables que las establecidas para trabajos idénticos en el ámbito privado, de donde cabe inferir la prohibición de derogación *in peius* del régimen tuitivo establecido en la normativa laboral, máxime si dicha derogación obedece a una decisión unilateral del comitente público.

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

4.- UN SUPUESTO CONEXO: LA CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES

4.1.- CRITERIOS JUDICIALES SOBRE EL ARTÍCULO 43 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

Descrito el fenómeno de la contratación y subcontratación, es fácil situarse en el horizonte de una institución diferente, con una regulación completamente autónoma, como es la cesión ilegal de trabajadores del art. 43 ET, a través de la cual se interpone una figura entre empleador y empleado, con el único objeto, en la mayor parte de los casos, de simular que trabajadores que se encuentran completamente integrados en la estructura, funcionamiento y dinámica de la plantilla de una empresa, no forman parte de la misma, sino de una tercera persona que se presenta formalmente como el empresario contratante. Este fenómeno no es ajeno a las Administraciones Públicas, más bien al contrario, se repite de manera insistente más aún teniendo presente los límites a la contratación que son propios en este marco. Recuérdese que para poder reclutar personal se debe proceder a la oportuna convocatoria dentro de la oferta de empleo público, la cual está sometida a limitaciones presupuestarias y a las exigencias de sostenibilidad y equilibrio financiero, con la muy conocida tasa de reposición, siendo, además, obligatoria la aplicación de los principios de mérito y capacidad a la hora de proceder al acceso¹³⁶.

Subsistente el veto de las actividades de tráfico ilícito de mano de obra a la luz del art. 43 ET, no cabe ni la contratación de trabajadores por la Administración para que presten servicios a favor de una empresa ni el supuesto más usual de trabajadores contratados por empresas que realizan su actividad para la Administración. La vulneración de esta premisa acarrea las consecuencias de solidaridad en la responsabilidad y de reconocimiento de un derecho de opción al trabajador afectado entre adquirir la condición de fijo (indefinido no fijo

¹³³ SOSA WAGNER, F.: *La gestión de los servicios públicos locales*, 6ª edición, Madrid (Marcial Pons), 2004, pág. 202, con gran apoyo jurisprudencial.

¹³⁴ SANTOR SALCEDO, H.: "Contratación administrativa y subcontratación: supuestos de imputación y exención de responsabilidades laborales", cit., pág. 214.

¹³⁵ SSTs, Cont-Admto, 21 octubre 1981 (RJ 1981, 4614) y 4 noviembre 1997 (RJ 1997, 8158).

¹³⁶ VILA TIerno, F.: "óContratas y subcontratas en la Administración Pública y otros supuestos de `externalización o descentralización. Límites a su utilización", en AA.VV (CASTILLO BLANCO, F.A. y MONEREO PÉREZ, J.L., Dirs.): *Reestructuración de las Administraciones Públicas. Aspectos administrativos y laborales*, Granada (Comares), 2015, págs. 321 y ss.

si se trata de una Administración)¹³⁷ en la empresa cedente o en la cesionaria, tal y como establece el precepto estatutario citado¹³⁸.

Llegar a esta conclusión exige, no obstante, levantar el velo para determinar la existencia del verdadero empresario más allá del fenómeno interpositorio, lo cual resulta especialmente difícil cuando no estamos ante la presencia de un mero empleador aparente sin patrimonio ni organización productiva donde la existencia de cesión ilegal no ofrece dudas¹³⁹, sino ante una empresa real que se diferencia de la comitente por la plantilla, estructura, instalaciones y actividad económica desarrollada, supuesto este último en el que el indicio más claro de fraude radica en que quien aparece como empresario no asume funciones de dirección y organización de personal¹⁴⁰. Ahora bien, se aprecia cierta excepcionalidad a la aplicación de esta tesis, en primer lugar, en aquellos casos de colaboración reglada entre varios departamentos u organismos públicos vinculados por subvenciones finalistas de una Administración de ámbito territorial superior aportante de los medios necesarios ejerciendo un poder directivo general¹⁴¹. En segundo término, la conclusión judicial vertida anteriormente también se torna insegura cuando la colaboración se articula mediante una encomienda de gestión por parte de la Administración a través de la creación de una empresa instrumental sobre la cual la primera se reserva las facultades de control, en cuyo caso los tribunales han venido interpretando que únicamente si la actividad desarrollada por el trabajador no se encuentra entre las justificadas técnicamente en la propia encomienda, se trata de una cesión ilícita¹⁴². No obstante, en algunas ocasiones el propio Tribunal Supremo se aparta de este último parámetro, entendiendo que el aspecto que dilucida la existencia de una cesión ilegal es exclusivamente la dependencia de los trabajadores respecto de la entidad principal, integrándose en su ordenación y funcionamiento y bajo su esfera de dirección, independientemente de que las funciones desarrolladas estuvieran amparadas o no por dicha encomienda¹⁴³.

4.2.- EL RECURSO A LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL COMO EMPRESAS DE SERVICIOS

La única posibilidad legítima que el ordenamiento jurídico ofrece de contratar trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa (léase Administración) radica en hacerlo a través de empresas de trabajo temporal (ETTs) debidamente autorizadas, siendo posible también que actúen, tras la reforma introducida por la Ley 3/2012, como agencias de

¹³⁷ SSTs, Social, 12 mayo 2008 (RJ 2008, 4121), 13 julio 2009 (RJ 2009, 6087) y 4 julio 2012 (rec. 967/2012).

¹³⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: "La Ley 14/1994, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal: un hito en la evolución del derecho español de trabajo", en AA.VV. (VALDÉS DAL-RE, F. y CASAS BAAMONDE, M^a.E., Coords.): *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, Madrid (La Ley), 1994, pág. 342 y ss. y *Las empresas de trabajo temporal en España*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 1994, págs. 43 y ss.; GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: "Posición del trabajador ante la empresa de trabajo temporal y ante la empresa cliente: puntos críticos", *Actualidad Laboral*, núm. 34, 1994, pág. 525; MERCADER UGUINA, J.R.: "La intermediación en el mercado de trabajo tras la reforma laboral: realidades y respuestas", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 14, 1994, pág. 37 ó RAMOS MORCILLO, M.J.: "El régimen jurídico de las empresas de trabajo temporal", *Revista Técnico Laboral*, núm. 68, 1996, pág. 292.

¹³⁹ Tal y como sucede con el personal contratado por una empresa para hacer idénticas funciones que las de los funcionarios adscritos a la Consejería de Agricultura de la Generalitat Valenciana [STS, Social, 19 junio 2012 (rec. 2200/2011)]; o respecto del personal de vigilancia de incendios forestales de Galicia [STS, Social, 27 septiembre 2011 (rec. 4095/2010)]; o la vigilancia de un parque nacional en relación al Organismo Autónomo de Parques Nacionales [SSTS, Social, 28 enero 2011 (rec. 1784/2010), 4 julio 2012 (rec. 967/2011) y 5 noviembre 2012 (rec. 4282/2011)].

¹⁴⁰ STS, Social, 20 octubre 2014 (CENDOJ 28079140012014100660). Es el caso, por ejemplo, de unos servicios de atención psicológica prestados a través de un Colegio Profesional, siendo la Administración correspondiente quien retribuía dichos servicios [SSTS, Social, 1 febrero 2005 (rec. 2353/2013)].

¹⁴¹ STSJ, Cantabria, 18 mayo 2013 (rec. 197/2013), comentada por FALGUERA BARÓ, M.A.: *La externalización y sus límites. Reflexiones sobre la doctrina judicial y el marco normativo. Propuestas de regulación*, Albacete (Bomarzo), 2015, pág. 75.

¹⁴² STSS, Social, 12 julio 2012 (DEJ 2012/149803), 5 diciembre 2013 (EDJ 2013/273982), 14 mayo 2014 (CENDOJ 280791400120141000385), 16 septiembre 2014 (CENDOJ 28079140012014100550) y 4 febrero 2015 (CENDOJ 28079140012015100021) y STSJ, Social, Murcia 4 mayo 2015 (CENDOJ 30030340012015100360).

¹⁴³ SSTs, Social, 3 diciembre 2013 (CENDOJ 28079140012013100881) y 19 febrero 2014 (CENDOJ 2807914001201400069).

colocación, de conformidad con lo previsto en el Real Decreto 417/2015, de 29 de mayo¹⁴⁴, en una tendencia expansiva en la que ha incidido también el Real Decreto Ley 3/2013, que habilita la posibilidad de celebrar no solo los contratos para obra o servicio determinado, eventual y de interinidad (a los que se refiere el art. 15 ET), sino también, como novedad, contratos para la formación y aprendizaje (regulados en el art. 11.2 ET) con trabajadores que van a ser puestos a disposición de una empresa usuaria. Quedan fuera, por tanto, los contratos en prácticas. En esta misma idea insiste la Ley 11/2013, de 26 de julio, que, como novedad, introduce también una reforma en la Ley 14/1994, de 1 de junio (LETT), con el fin de permitir la celebración de contratos de puesta a disposición en los supuestos de contratos de trabajo de primer empleo joven (art. 12). Todo ello sin olvidar que el Real Decreto Ley 8/2014 amplía las competencias de las ETTs, pudiendo asumir también actividades de formación para la cualificación profesional conforme a la normativa específica de aplicación, así como de asesoramiento y consultoría de recursos humanos¹⁴⁵.

Aclarados tales extremos y el impulso proporcionado a las ETTs por el ordenamiento jurídico laboral, es necesario volver la vista a atrás para dar cuenta del progresivo proceso de liberalización de la intervención de las ETTs en el ámbito público. Sin necesidad de citar antecedentes más remotos, la disposición adicional 5ª Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP de 2007), actualmente derogada, prohibía, antes de la reforma operada por la Ley 35/2010, la celebración de contratos de servicios con empresas de trabajo temporal salvo cuando se precisara la puesta a disposición de personal con carácter eventual para la realización de encuestas, toma de datos y servicios análogos¹⁴⁶, estableciendo, además, que, vencido el plazo de duración (fijado como máximo en seis meses), no podía producirse consolidación como personal fijo de quienes, procedentes de las citadas empresas, realizaran los trabajos que constituían el objeto del contrato de puesta a disposición¹⁴⁷. Ciertamente es que con tal previsión se intentaba salvaguardar el respeto a los principios de mérito y capacidad que pautan el acceso al empleo público, pues la intervención de la Administración quedaría ceñida únicamente a decidir cuál será la concreta ETT con la cual se iba a suscribir el contrato de puesta a disposición, siendo ésta la encargada de suministrar la mano de obra requerida, aplicando el principio de libertad de contratación empresarial. No menos cierto resulta, sin embargo, que los términos de la excepcionalidad resultaban excesivamente amplios, pues si bien estaba claro cuanto cabía entender por "encuestas" y "toma de datos", no lo estaba tanto la determinación de cuáles eran los trabajos "de naturaleza análoga" a los anteriores, no en vano parecía hacer referencia a actividades de soporte administrativo de configuración excesivamente laxa¹⁴⁸,

¹⁴⁴ MOLINA NAVARRETE, C.: *óIntermediación y políticas activas de empleo: una urgente reforma que brilla por su ausencia*, *Temas Laborales*, núm. 115, 2012, pág. 147.

¹⁴⁵ FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B.: *óServicios públicos de empleo y agencias de colocación*, CAVAS MARTÍNEZ, F. y LUJÁN ALCARAZ, J. (coords.): *Guía práctica de la Reforma Laboral de 2010*, Laborum, Murcia, 2010, pág. 227.

¹⁴⁶ APILLUELO MARTÍN, M.: "Algunas cuestiones sobre el estado actual de la contratación laboral temporal por parte de la Administración Pública", QUINTANILLA NAVARRO, B. y MADRID YAGÜE, P.: "Las empresas de trabajo temporal en la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, de modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas" ó SERRANO OLIVARES, R.: "Los fenómenos de descentralización en el ámbito de las Administraciones Públicas: aspectos de Derecho Individual del Trabajo", todos en AA.VV.: *Las relaciones laborales en las Administraciones públicas. XI Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. I, Madrid (MTSS), 2000, págs. 448 y ss., 889 y ss. y 967 y ss., respectivamente; MOLINER TAMBORERO, G.: "La contratación de personal laboral por las Administraciones Públicas. Puntos críticos", en AA.VV (MOLINER TAMBORERO, G., Dir.): *La Administración Pública como empresario. Aspectos laborales y sindicales. El convenio único para el personal laboral de las Administraciones Públicas*, Madrid (CGPJ), 2000, págs. 103 y ss. ó FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El acceso al empleo público*, Madrid (CEF), 1995, págs. 193 y ss.

¹⁴⁷ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, de 8 de septiembre de 2007, núm. 95-I.

¹⁴⁸ QUINTANILLA NAVARRO, B. y MADRID YAGÜE, P.: "Las empresas de trabajo temporal en la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, de modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas", cit., pág. 889. No es infrecuente la intervención de una empresa de trabajo temporal para la realización de encuestas anuales por el INE o para la cobertura de tareas de soporte administrativo en el período de matriculación de estudiantes en centros escolares o universitarios. SERRANO OLIVARES, R.: "Los fenómenos de descentralización en el ámbito de las Administraciones Públicas: aspectos de Derecho Individual del Trabajo", cit., pág. 967.

incluyendo actividades (demasiado amplias) a cubrir también por la vía laboral ordinaria: contratos para obra o servicio determinado y eventual por circunstancias de la producción. La única limitación al efecto prevista era la duración de estos contratos (también harto arbitraria), no en vano finalizarían, no cuando concluyera la tarea (de aplicación sólo en las empresas privadas), sino en el momento en el cual expirara el término fijado en el negocio de puesta a disposición, extinguiéndose a su vencimiento sin posibilidad de prórroga y sin que en ningún caso (como límite improrrogable) la duración máxima pudiera superar los seis meses, pretendiendo eliminar la aplicación de lo previsto en el art. 7.2 LETT, esto es, sin posibilidad de consolidación como personal indefinido. El motivo para apoyar esta opción legal enlazaba con la inviabilidad de que, a partir de irregularidades formales o de infracciones cometidas por las Administraciones Locales, los empleados de la ETT pudieran llegar a asegurarse en los puestos de trabajo como fijos¹⁴⁹ (mejor, indefinidos no fijos). Es decir, se intentaba no afectar a las Entidades Locales presupuestariamente con costes fijos y adicionales de personal, al tiempo que se tenía en cuenta la obligada proyección de los concursos y oposiciones en los procesos de acceso al empleo público¹⁵⁰.

La promulgación del Real Decreto Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, intentando dar respuesta a las previsiones de la Directiva 2008/104, de 19 de noviembre, cuyo objetivo principal es la remoción de barreras para que las organizaciones productivas puedan recurrir a las ETTs, planteó serias dudas en el ámbito del sector público (incluido el Local), pues introdujo una nueva disposición adicional 4ª en la Ley 14/1994 con el siguiente tenor: óa partir del 1 de enero de 2011, se suprimen todas las limitaciones o prohibiciones actualmente vigentes a la celebración de contratos de puesta a disposición por las empresas de trabajo temporal, con la única excepción de lo establecido en la disposición adicional segunda de esta ley. A partir de esa fecha, las limitaciones o prohibiciones que puedan ser establecidas sólo serán válidas cuando se justifiquen por razones de interés general relativas a la protección de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, a la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y de evitar posibles abusosô

No quedaba claro, en consecuencia, si tal previsión iba a implicar la posibilidad de que las Administraciones Locales pudieran acudir a las ETTs sin las restricciones hasta ese momento existentes, porque no se derogaba de manera expresa la disposición adicional 5ª LCSP de 2007. Ello provocó importantes incertidumbres, dando lugar a interpretaciones radicalmente diferentes de sus efectos, de ahí que en su tramitación parlamentaria el texto transcrito sufriera importantes modificaciones¹⁵¹.

Menos ambigua se manifiesta, al final, la Ley 35/2010, que introdujo nuevas previsiones legales que clarificaron el deseo de su predecesora a la hora de proceder a suprimir la limitación de la contratación de ETTs por parte de las Administraciones Públicas (incluidas las Locales). Introduce, así, una nueva disposición adicional 4ª en la LETT con tres objetivos claros tendentes a evitar una posible contradicción del régimen jurídico preexistente con las directrices del Derecho Comunitario relativas a la libertad de establecimiento y de prestación de servicios, interpretadas en sentido amplio por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea¹⁵²:

¹⁴⁹ AA.VV. (GARCÍA MACHO, R., Dir.): *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2003, pág. 1088.

¹⁵⁰ LÓPEZ AHUMADA, J.E.: óLa promoción del recurso a las empresas de trabajo temporal en el proceso de reformas laborales: alcance y efectos de una auténtica reconversión empresarialô, *Relaciones Laborales*, núm. 11, 2012, pág. 51.

¹⁵¹ CALVO GALLEGO, F.J. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: óLa adaptación del marco normativo de las empresas de trabajo temporalô, *Relaciones Laborales*, núm. 21-22, 2010, pág. 188.

¹⁵² SSTJCE 35/70, de 17 de diciembre de 1970, asunto *Manpower*; 232/84, de 3 de octubre de 1985, asunto *Tordeur* y otros ó 202/97, de 10 de febrero de 2000, asunto *Fitzwilliam Technical Services*.

1.- Derogar, a partir ñen nuevo plazo-- del 1 de abril de 2011, la disposición adicional 5ª LCSP de 2007. Ello responde a la transposición de la Directiva 2008/104, donde expresamente, en su art. 4, se establece que cualquier limitación o restricción al recurso de las ETTs deberá estar justificada exclusivamente en las mismas razones que la Ley 35/2010 determina y copia casi literalmente: proteger a los trabajadores por exigencias de seguridad y salud laboral; garantizar el buen funcionamiento del mercado y evitar posibles abusos¹⁵³.

2.- Establecer por el Gobierno, previa negociación en la Mesa General, los criterios de aplicación de las limitaciones o prohibiciones referidas, como ya consta, a árazones de interés general relativas a la protección de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, a la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y a evitar posibles abusos. Se trata de establecer unas pautas comunes o unos parámetros homogéneos a seguir en aras a evitar conflictos internos a la hora de proceder al recurso a las ETTs por parte de las Administraciones¹⁵⁴. Dicha Mesa, órgano permanente y estable de negociación¹⁵⁵, servirá como punto de encuentro de las Administraciones del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, por un lado, y de las organizaciones sindicales representativas, por otro, a la hora de negociar temas, como el presente, áque resultan susceptibles de regulación estatal con carácter de norma básica. (art. 36 EBEP)¹⁵⁶.

Si a la llegada de la fecha prevista, el 1 de abril, no se hubiera producido, como así ha sucedido, la fijación de los criterios funcionales de aplicación previstos, podrán suscribirse contratos de puesta a disposición con las Administraciones Públicas (incluidas las Locales) respetando los límites establecidos en la disposición adicional segunda LETT, quedando, por ende, vetada su intervención en trabajos que impliquen contacto con radiaciones ionizantes en zonas controladas (según el Real Decreto 783/2001, de 6 de julio, modificado por Real Decreto 1439/2010, de 5 de noviembre); con agentes cancerígenos, mutagénicos o tóxicos para la reproducción, de primera o segunda categoría (según el Real Decreto 363/1995, de 10 de marzo, y el Real Decreto 255/2003, de 28 de febrero, así como sus respectivas normas de desarrollo y de adaptación al progreso técnico); o con agentes biológicos de los grupos 3 y 4 (según el Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, así como sus normas de modificación, desarrollo y adaptación al progreso técnico)¹⁵⁷.

3.- Vetar la suscripción de contratos de puesta a disposición entre Administraciones Públicas y ETTs para realizar tareas (no puestos) que, por norma de rango legal, están reservadas a funcionarios públicos (sean de carrera, de empleo o interinos), concepto ambiguo y de concreción variable a tenor de lo dispuesto en el art. 92.3 LBRL¹⁵⁸. En efecto, esta definición negativa de la parcela en la que pueden entrar las ETTs y sus trabajadores cedidos en las tareas de las Administraciones Locales es altamente imprecisa, pues, en una primera aproximación, podría pensarse que la regulación parece

¹⁵³ CARRERO DOMÍNGUEZ, C. y BLASCO DE LUNA, F.J.: óLey 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. Empresas de trabajo temporal, en AA.VV (GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R., Dirs.): *La reforma del mercado de trabajo: la Ley 35/2010, de 17 de septiembre*, Valladolid (Lex Nova), 2010, pág. 328.

¹⁵⁴ MARÍN ALONSO, I.: óEl empleo público laboral en el Estatuto Básico del Empleado Público, *Relaciones Laborales*, núm. 8, 2009, pág. 43.

¹⁵⁵ RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.: óDerechos colectivos de los empleados públicos, en AA.VV (CASTILLO BLANCO, F.A., Dir.): *Manual de Empleo Público*, 1ª edición, Madrid (Iustel), 2008, pág. 593.

¹⁵⁶ RIVERO LAMAS, J. y DEL VAL TENA, A.: óDerecho a la negociación colectiva. Representación y participación institucional, en AA.VV (MONEREO PEREZ, J.L., et alii, Dirs.): *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril*, Granada (Comares), 2008, pág. 365. Por extenso, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: óArt. 36. Mesas generales de negociación, en AA.VV (PALOMAR OLMEDA, A. y SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dirs.): *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, 2ª edición, Pamplona (Aranzadi), 2009, pág. 333.

¹⁵⁷ CALDERÓN PASTOR, F.J.: óLas empresas de trabajo temporal tras la Ley 35/2010 de reforma del mercado de trabajo, *Información Laboral. Legislación y Convenios Colectivos*, núm. 11, 2010, págs. 13-14.

¹⁵⁸ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: óLa contratación de trabajadores a través de empresas de trabajo temporal en las Administraciones Públicas, *La Ley*, núm. 7588, 2011, pág. 3.

que deja expeditos solamente aquellos cometidos que puedan ser desempeñados en puestos de trabajo de naturaleza laboral temporal, pero como expresamente no lo dice, cabría argumentar también que no todos los quehaceres de naturaleza laboral temporal podrán ser contratados con una ETT. No cabe duda, en consecuencia, que las relaciones de puestos de trabajo, concebidas como instrumentos de ordenación y clasificación de personal, en los que se precisan los requisitos para el desempeño de cada plaza así como sus características retributivas, van a jugar un papel muy importante, pues sólo los puestos que se califiquen en tales catálogos como temporales podrán ser objeto de cobertura a través de contratos de puesta a disposición. No cabe duda que en los puestos de trabajo que aparezcan en las relaciones reservados a funcionarios, la contingencia de su vacante deberá solventarse con funcionarios interinos¹⁵⁹, sin olvidar tampoco cómo queda vetado el recurso a las ETTs cuando se trate de contrataciones derivadas de subvenciones ñde la Unión Europea, del Estado o de una Comunidad Autónoma que tengan como finalidad la contratación directa de trabajadores subrepresentados o con problemas de integración¹⁶⁰. En todo caso, lo que está claro es que a partir del mes de abril de 2011 es posible acudir a los servicios de las ETTs para la realización de tareas de los puestos de trabajo no reservados funcionarios, aunque en realidad estén ocupados por integrantes de tales cuerpos¹⁶¹.

A la vista de esta nueva regulación y de la desaparición en el TRLCSP de las limitaciones anteriormente existentes, no cabe duda que la cesión de trabajadores a través de ETTs en el sector público se ha liberalizado enormemente, pudiendo hacerlo para la cobertura temporal de aquellas tareas que no estén reservadas a funcionarios públicos por norma de rango de ley y respetando las restricciones que en un futuro puedan establecerse y estén justificadas por razones de interés general relativas a la protección de los trabajadores cedidos, a la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y a evitar posibles abusos. De esta forma, el legislador parece guiarse por pautas meramente economicistas, permitiendo a las Administraciones Públicas Locales reclutar mano de obra de forma indirecta y abonar su precio sin cargo al capítulo I (de donde sale el presupuesto para el pago de las nóminas), liberándose del encorsetamiento de las normas de personal tan estrictas en los momentos de crisis presentes¹⁶².

Pero tales razones resultan más que dudosas, pues no tienen en cuenta que el coste de la contratación a través de ETTs no va a ser nada despreciable¹⁶³, no en vano estas empresas tendrán que abonar los salarios y las retribuciones previstas en el convenio colectivo aplicable al personal laboral de la Administración correspondiente (empresa usuaria), lo cual va a repercutir lógicamente en el precio acordado en el contrato de servicios (de puesta a disposición) con la Administración. En consecuencia, contratar a través de ETTs puede resultar más caro a los Entes públicos que si recurrieran a los mecanismos dispuestos para el reclutamiento directo¹⁶⁴, máxime si se tienen en cuenta los dos extremos siguientes: de un lado, en los supuestos en los que la Administración Local haga un uso indebido del contrato de puesta a disposición, va a responder, tal y como

¹⁵⁹ CAMPOS DAROCA, J.M.: *Empleo público laboral. Puestos de trabajo, clases de empleados públicos laborales, y extinción de la relación laboral*, Málaga (Fundación Asesores Laborales), 2011, pág. 232.

¹⁶⁰ MADRID YAGÜE, P.: óContratación administrativa y empresas de trabajo temporal, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Iustel)*, núm. 28, 2012, pág. 176.

¹⁶¹ MAURI MAJÓS, J.: óMedidas de ajuste para hacer frente a la crisis en el empleo público local: una perspectiva desde la función pública, en AA.VV.: *El empleo público local ante la crisis*, Madrid (Fundación Democracia y Gobierno Local-CEMCI), 2011, pág. 168.

¹⁶² CABEZA PEREIRO, J.: *La reforma de las empresas de trabajo temporal*, Albacete (Bomarzo), 2011, pág. 183.

¹⁶³ LÓPEZ GANDÍA, J.: óLa reforma laboral de 2010 y la evolución del Derecho del Trabajo: otra vuelta de tuerca, *Revista de Derecho Social*, núm. 51, 2010, pág. 251.

¹⁶⁴ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Intermediación en el mercado de trabajo: análisis y propuestas*, Madrid (La Ley), 2012, pág. 455.

establece la propia LETT, solidariamente de las obligaciones salariales y de Seguridad Social contraídas con el trabajador durante la vigencia de dicho contrato de puesta a disposición, así como de la indemnización económica derivada de la extinción del contrato de trabajo (doce días de salario por año de servicio)¹⁶⁵; de otro, el trabajador va a quedar vinculado a la Administración por tiempo indefinido (en la condición de indefinido no fijo, aplicando doctrina judicial ya conocida) si continuara prestando servicios en la empresa usuaria a la finalización del contrato de puesta a disposición¹⁶⁶, sin que dicha consecuencia pueda enervarse, en vía judicial, por lo dispuesto en el art. 301 TRLCSP, en virtud del cual a la extinción de los contratos de servicios, no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal del ente, organismo o entidad del sector público contratante.

En este contexto, cabe mencionar dos importantes cautelas adicionales:

Por una parte, el art. 20.2 Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para 2016, restringe la posibilidad de suscribir contratos de puesta a disposición con ETTs a ósupuestos 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 servicios públicos esenciales, previa autorización del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

Por otro, la disposición adicional 1ª Real Decreto Ley 20/2012 establece, recogiendo los términos de las recomendaciones del Tribunal de Cuentas vertidas en la moción núm. 827 y en la Resolución de 27 de octubre de 2010, la necesidad de que los órganos de contratación dicten las instrucciones pertinentes para la correcta ejecución de los servicios externos que hubieran contratado (léase aquí a través de una ETT), de manera que quede clarificada la relación entre los gestores de la Administración y el personal de la empresa contratada, evitando, en todo caso, actos que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral (como trabajador indefinido no fijo) ante una cesión ilegal, no en vano los Tribunales han venido entendiendo que óexiste cesión ilegal de trabajadores cuando la empresa que contrata al trabajador, aun siendo real y no aparente, no pone en juego su organización, entendiendo por tal sus medios materiales y organizativos propios y, en consecuencia, no ejerce respecto del trabajador contratado el poder de dirección y el poder disciplinario de una manera real y efectiva. El hecho de que la empresa cedente, la que contrata al trabajador, sea quien pague los salarios y quien le dé de alta en la Seguridad social no es indicativo de que la cesión ilegal no exista. Tampoco es óbice para la posible existencia de la cesión ilegal que la empresa cedente contrate también determinados mandos intermedios que dan órdenes a los trabajadores presuntamente cedidos ilegalmente pero que, en realidad, dichos mandos intermedios reciben las órdenes de la empresa cesionaria¹⁶⁷.

Además de las responsabilidades que pudieran derivarse, aclara que en los supuestos en los que los trabajadores de las empresas se convirtieran en personal laboral de la Administración en virtud de sentencia judicial, el salario a percibir será el que corresponda a su clasificación profesional de acuerdo con el convenio colectivo aplicable al personal laboral de la Administración, siendo necesario informe favorable de los organismos competentes para hacer cumplir las exigencias de las leyes presupuestarias. No se aplica, por tanto, tal y como había entendido la doctrina judicial el convenio colectivo

¹⁶⁵ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: óLa contratación de trabajadores a través de empresas de trabajo temporal en las Administraciones Públicas, Diario La Ley, núm. 7588, sección tributaria, 14 marzo 2011.

¹⁶⁶ SSTs, Social, 17 septiembre 2002 (RJ 10649), 23 abril 2009 (RJ 3839), 17 diciembre 2010 (RJ 1601), 28 febrero y 9 marzo 2011 (RJ 2984 y 3118).

¹⁶⁷ Por todas, STS, Social, 4 julio 2012 (rec. 967/2011), que considera existente cesión ilegal entre la empresa de transformación agraria (TRAGSA) y el Organismo Autónomo Parques Nacionales (OAPN).

que en el momento de la cesión ilegal fuera de aplicación en la empresa correspondiente hasta la expiración de su vigencia o hasta la entrada en vigor de un nuevo convenio que resultara de aplicación en la entidad cedente¹⁶⁸.

Llegados a este punto, procede dar un paso más en aras a dilucidar si las ETTs pueden actuar en el sector público Local no sólo como cedentes de trabajadores en misión, sobre lo que no hay duda alguna, sino también como agencias de colocación, no en vano el art. 31.6 Real Decreto legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo (LE) permite con carácter general a las ETTs tal posibilidad. Para dar respuesta a este interrogante, procede traer a colación la obligación de acudir a las oficinas públicas cuando se trate de seleccionar personal temporal por parte de las Administraciones Públicas (incluidas las Locales)¹⁶⁹. Así, la disposición adicional segunda Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se ordenan las agencias de colocación, establece textualmente que en los supuestos en los que las normas que regulen los procedimientos para la selección de personal de carácter temporal al servicio de las Administraciones Públicas permitan acudir a los servicios públicos de empleo, éstas utilizarán exclusivamente los servicios de los servicios públicos de empleo de las Comunidades Autónomas o, en su caso, del Servicio Público de Empleo Estatal. La única duda que puede plantear la redacción de este precepto es la relativa al concepto de Administración al que va referido, esto es, si se limita, tal y como establece el art. 2 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, a los Entes de base territorial (Administración General del Estado, Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales) y a los organismos dependientes de los anteriores o se amplía al sector público en el sentido que indica el art. 3.1 TRLCSP, solución esta última que parece más adecuada¹⁷⁰.

Por su parte, la nueva disposición adicional trigésima segunda TRLCSP, introducida por la Ley 11/2013, deja claro que no podrán ser objeto de los contratos marco entre los Servicios Públicos de Empleo y las agencias privadas de actuaciones de intermediación laboral que puedan prevalecer en los procedimientos de selección de personal laboral temporal por parte de las Administraciones Públicas, debiendo realizarse dicha intermediación exclusivamente y de manera directa por los correspondientes Servicios Públicos de Empleo.

En fin, a la vista de las incertidumbres y dificultades interpretativas suscitadas sobre el panorama que se ofrece a las Administraciones Públicas en relación con las tareas que pueden contratar o no con las ETTs, sería muy recomendable la promulgación de una norma de rango reglamentario que clarificara la cuestión, desarrollando a tal efecto lo previsto en la disposición adicional 4ª LETT. Como no puede ser de otra manera, la postura que se adopte deberá conjugar el necesario equilibrio entre los principios constitucionales de mérito y capacidad que pautan el acceso al empleo público y el de libertad de prestación de servicios por las ETTs que marca el Derecho Comunitario.

5.- SUPRESIÓN, DISOLUCIÓN Y FUSIÓN DE ENTIDADES ADMINISTRATIVAS

La utilización por parte de la Administración de las vías que el ordenamiento jurídico ofrece de privatización formal de ciertas actividades, materializada a través del recurso a órganos instrumentales sometidos al Derecho Privado (sociedades mercantiles públicas, entidades públicas empresariales, fundaciones, etc.) provoca importantes consecuencias laborales, sobre todo en los supuestos de desaparición o fusión de la entidad que se ha hecho cargo de la prestación de la actividad pública externalizada, fenómeno que ha

¹⁶⁸ SSTs, Social, 15 diciembre 1998 (rec. 4424/1997), 11 octubre 2002 (rec. 920/2002) y 12 enero 2005 (rec. 10/2004).

¹⁶⁹ FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B.: «Servicios públicos de empleo y agencias de colocación», en AA.VV (CAVAS MARTÍNEZ, F. y LUJÁN ALCARAZ, J., Coords.): *Guía práctica de la Reforma Laboral de 2010*, Murcia (Laborum), 2010, pág. 227.

¹⁷⁰ MADRID YAGÜE, P.: «Contratación administrativa y empresas de trabajo temporal», cit., pág. 184.

experimentado un incremento creciente tras el inicio del proceso simplificador del sector público empresarial y fundacional impulsado en los últimos años para favorecer la reducción, racionalización y saneamiento de estas entidades en aras a dar cumplimiento a los objetivos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

5.1.- SUPUESTOS EN LOS QUE PROCEDE LA SUCESIÓN EMPRESARIAL. ESPECIAL REFERENCIA AL SECTOR PÚBLICO DE CATALUÑA

Procede aclarar que las causas desencadenantes del paulatino proceso de adelgazamiento llevado a cabo a nivel estatal¹⁷¹, autonómico¹⁷² y local¹⁷³ sobre las entidades adyacentes o instrumentales pueden ser variadas y de no difícil concurrencia práctica: cumplimiento del fin recogido en sus estatutos, llegada del término final fijado en los mismos o, cómo no, decisión de la propia Administración de la que aquellas entidades dependan motivada en muchos casos por la necesidad de ahorro ante la escasez de recursos. Aun cuando tales técnicas de optimización en la gestión del gasto público conllevan, como consecuencia lógica, la extinción de la personalidad jurídica de la entidad afectada, consecuencia del proceso de racionalización, aplicando el procedimiento de despido colectivo [art. 49.1 g) ET], siempre lógicamente que no haya un nuevo organismo o entidad que asuma las competencias y los medios de la anterior (art. 44 ET), lo cierto es que alguna resolución judicial ha apreciado la existencia de fraude de ley en algunos de estos supuestos.

Así ha sucedido, por ejemplo, en los despidos de la totalidad de los trabajadores de los Consorcios de las Unidades Territoriales de Empleo y Desarrollo Tecnológico de Andalucía y pago de las indemnizaciones con una subvención extraordinaria de dicha Comunidad Autónoma, con carácter previo a la disolución de dichos consorcios,

¹⁷¹ Por Acuerdo de Consejo de Ministros de 26 de octubre de 2012, se crea la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA), que presentó un informe a 21 de junio de 2013, planteando las siguientes medidas en el seno de la Administración General del Estado: a) Organismos Autónomos que se suprimen, integrándose sus medios en la organización ministerial correspondiente, que asume las funciones que estos tienen atribuidas. b) Organismos Autónomos que se fusionan e integran en otros existentes, con fines generales y que aportan mayor volumen de recursos y actividad. c) Organismos Autónomos que asumen las funciones y medios de un Centro directivo adscrito hasta el momento a la organización ministerial. d) Fusión de Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social en una única Entidad. e) Supresión de las Entidades mancomunadas de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. f) Eliminación de Consorcios; g) Supresión de Fundaciones, pérdida de la condición de Fundación Pública, cambio de Ministerio de adscripción o, en su caso, de Protectorado y transformación en organismo público. h) Supresión de Entidades Públicas, integrándose sus medios en la organización ministerial. i) Extinción de Sociedades mercantiles. j) Organismos Autónomos y Agencias Estatales que integran sus servicios comunes. Por Real Decreto 479/2013, de 21 de junio, se creó la Oficina para la Ejecución de la Reforma de la Administración, como órgano encargado de la ejecución coordinada, seguimiento e impulso de las medidas incluidas en el informe mencionado. Seguidamente se ha aprobado el Real Decreto 701/2013, de 20 de septiembre, de racionalización del sector público y la Orden HAP 1816/2013, de 2 de octubre, por la que se recoge el Acuerdo de adopción de medidas de reestructuración y racionalización del sector público fundacional y empresarial. En fin, la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa, se encarga de plasmar las medidas legislativas necesarias, tanto para la reordenación del sector público institucional, como de otros ámbitos de la actividad administrativa.

¹⁷² Entre otras, Ley 1/2013, de 21 de mayo, de la Generalidad Valenciana, de Medidas de Reestructuración y Racionalización del Sector Público Empresarial y Fundacional; Ley 1/2011, de 17 de febrero, de Reordenación del sector público de Andalucía; Ley 11/2011, de 20 de diciembre, de reestructuración del sector público de Cataluña para agilizar la actividad administrativa, modificada por la Ley 2/2014, de 27 de enero, que encomienda al Gobierno el diseño de un plan para concretar las propuestas de extinción, disolución, fusión o integración, previo análisis de las entidades que presentan una o más de las siguientes características: a) bajo nivel de actividad productiva o de prestación de servicios; b) bajo presupuesto; c) número reducido de personal; d) grado elevado de dependencia económica y financiera de la Generalidad; e) escasa alineación de la misión, objetivos y actividad a los objetivos fijados en los planes estratégicos departamentales; f) actuación en una misma política sectorial departamental, fijando los servicios y recursos comunes que deben mancomunarse para obtener economías de escala. Dicho Plan ha sido aprobado por el Decreto-ley 4/2010, de 3 de agosto, de medidas de racionalización y simplificación de la estructura del sector público de la Generalidad de Cataluña.

¹⁷³ La LRSAL, de acuerdo con los principios de eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera, intenta acotar el amplio desarrollo que se ha producido en el sector instrumental local (empresarial y fundacional), muchas veces no justificable ni atendiendo a su objeto, ni por la necesidad de personificación que del mismo se deriva, ni por la complejidad jurídica, económica, financiera, organizativa y estructural que la creación de estos entes lleva consigo, tal y como ha señalado el Informe del Tribunal de Cuentas de fiscalización del sector público local correspondiente a los años 2006, 2007 y 2008. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Reestructuración del sector público local: las plantillas laborales ante la supresión de entes y estructuras administrativas*, *Revista de Estudios Locales*, núm. 172, 2014, págs. 12 y ss.

impidiendo la subrogación empresarial que atribuía al Servicio Andaluz de Empleo la legislación autonómica¹⁷⁴. También se aprecia la concurrencia de fraude de ley en el despido colectivo de la plantilla de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, pues antes de que por Ley se extinga la Agencia, se toma la decisión de despedir a toda la plantilla de la misma para evitar que el órgano administrativo que a partir de dicha extinción realice las funciones que aquella tenía encomendadas, tenga que hacerse cargo del personal que las venía desarrollado, entendiendo el Tribunal que es muy difícil que en el ámbito de las Administraciones Públicas pueda producirse la extinción del contrato de trabajo por la causa de la extinción de la personalidad jurídica del contratante, dado que normalmente en dicho ámbito, cuando se produce la extinción de un ente público, las competencias y funciones del organismo extinguido se transfieren a otro¹⁷⁵.

Tales pronunciamientos obligan a recordar las explicaciones anteriormente vertidas sobre la aplicación del art. 44 ET a los supuestos en presencia. Así, hay que tener en cuenta, en primer lugar, que únicamente operará el fenómeno subrogatorio previsto en este precepto estatutario, esto es, la obligación del nuevo empresario que asume la prestación del servicio de hacerse cargo de los trabajadores, si se dan los requisitos para ello, esto es, por una parte, si lo transmitido tiene el carácter de empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma y, por otra, afecta a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria. En definitiva, se ha de traspasar un conjunto de bienes e infraestructuras dotados de autonomía que garanticen la eficiencia en la prestación del servicio público a los usuarios por la nueva entidad para que esté obligada a hacerse cargo de los trabajadores respetando sus derechos previos. En segundo término, aun no siendo de aplicación el mecanismo subrogatorio atendiendo a lo previsto en el art. 44 ET, puede que tal obligación venga establecida en el convenio colectivo aplicable en cuyo caso habrá que atender a los términos del propio convenio. En tercer lugar, aun cuando no concurren los dos presupuestos anteriores, es decir, no sea pertinente la aplicación del principio de sucesión de empresa por falta de cumplimiento de los requisitos del art. 44 ET y tampoco hubiera previsión convencional de aplicación, es posible, lo cual es más frecuente, que se determine la sucesión empresarial en las disposiciones normativas adoptadas para la reestructuración que se pronuncian expresamente sobre las condiciones de trabajo del personal afectado. Así ha ocurrido, recurriendo a un ejemplo reciente, con el personal funcionario y laboral que venía prestando servicios en el extinto Organismo Autónomo Trabajo Penitenciario y Formación para el empleo, que, por expreso mandato del Real Decreto 122/2015, de 27 de febrero, ha pasado conservando sus condiciones anteriores a la nueva entidad de derecho público trabajo penitenciario y formación para el empleo.

En el marco de la Generalitat de Cataluña, procede detener la atención, en primer lugar, en el Decreto Ley 4/2010, de 3 de agosto, de medidas de racionalización y simplificación de la estructura del sector público de la Generalidad de Cataluña, que acoge expresamente el principio de sucesión empresarial en los siguientes supuestos:

1.- Se extingue el Instituto para la Promoción y la Formación Cooperativas, pero el personal se integra y pasa a depender del departamento competente en materia de trabajo, dentro del cual se integra también el presupuesto (art. 1.2).

2.- Se crea la Agencia de Calidad y Desarrollo Profesional en Salud, cuyo personal se rige por el derecho laboral, sin perjuicio de la posibilidad de adscripción de personal funcionario de acuerdo con los sistemas previstos en la normativa de función pública,

¹⁷⁴ SSTs, Social, 14 febrero 2014 (rec. 143/2013), 17 febrero 2014 (rec. 143/2013), 18 febrero 2014 (rec. 151/2013), 20 febrero 2014 (rec. 116/2013) y 23 septiembre 2014 (rec. 310/2013).

¹⁷⁵ STS, Social, 26 junio 2014 (rec. 219/2013).

quedando reservado el ejercicio de funciones que comporta el ejercicio de potestades públicas al personal funcionario. El personal estatutario de los servicios de salud y el personal funcionario de la Administración de la Generalidad que se adscriba a la Agencia o pase a prestar servicios en ella, pasará a la situación administrativa que corresponda de acuerdo con la normativa en materia de función pública. En todo caso, se debe garantizar que se les mantendrán los derechos que les correspondan de acuerdo con la normativa aplicable a cada una de las situaciones. La selección del personal propio de la Agencia se debe llevar a cabo de acuerdo con los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, y el resto de principios previstos en la normativa aplicable al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas (art. 8). El personal laboral que, en el momento de entrada en funcionamiento de la Agencia de Calidad y Desarrollo Profesional en Salud, preste servicios en el Instituto de Estudios de la Salud y en la Agencia de Información, Evaluación y Calidad en Salud, o el personal de estas entidades que tengan suspendida su relación jurídica laboral queda integrado en el ente público que se crea, el cual se subroga de manera expresa respecto a las relaciones contractuales de carácter laboral de este personal, con el mecanismo de sucesión de empresa previsto en el art. 44 ET. El personal funcionario que en el momento de entrada en funcionamiento de la Agencia de Calidad y Desarrollo Profesional en Salud, preste servicios en las entidades que se extinguen, puede ser integrado en el ente público que se crea manteniendo su condición de funcionario (disposición adicional cuarta).

3.- Se disuelven las sociedades mercantiles Viatges de Muntanya, S. A., y Remodelacions Urbanes, S. A., pasando la entidad Ferrocarrils de la Generalitat de Catalunya a ejercer las funciones de Viatges de Muntanya, S. A., y el Instituto Catalán del Suelo a desarrollar las funciones de Remodelacions Urbanes, S. A., que quedarán subrogadas en todos los derechos y obligaciones de carácter económico, contractual y laboral contraídos por las anteriores (disposición adicional primera).

4.- Se transforma la entidad de derecho público Ferrocarrils de la Generalitat de Catalunya en una sociedad mercantil, con capital público 100%, que se subroga en todos los derechos y las obligaciones de carácter económico, contractual y laboral contraídos por Ferrocarrils de la Generalitat de Catalunya (disposición adicional tercera).

En segundo término, el título IV de la Ley 3/2015, de 11 de marzo, de medidas, fiscales, administrativas y financieras de Catalunya, bajo la rúbrica «Medidas de reestructuración y racionalización del sector público» contiene distintas modificaciones normativas destinadas, con carácter general, a la reducción del gasto público, la racionalización del sector público y la transparencia en la gestión de los recursos. Este título está dedicado a profundizar en determinadas medidas de reestructuración en el ámbito del sector público de la Generalidad, que son continuidad de las ya adoptadas mediante la Ley 2/2014, de 27 de enero, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público. Este título se divide en dos capítulos: el primero está dedicado a entidades de derecho público de la Generalidad y contiene modificaciones en las normas sustantivas de estas entidades. En algunos casos, para modificar algunas de sus funciones, como en el caso del Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada y del Servicio Meteorológico de Catalunya; en otros, como en el del Instituto Catalán de Energía, la modificación puntual de su Ley 9/1991, de 3 de mayo, permite llevar a cabo la liquidación de Efiensa, asumiendo sus efectivos. Destaca la amplia modificación del Centro de la Propiedad Forestal, en su régimen jurídico, y a tal fin se modifica parcialmente la Ley 7/1999, de 30 de julio. También son objeto de modificación las leyes que regulan el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, la Agencia Catalana del Patrimonio Cultural y el Centro de Telecomunicaciones de la Generalidad de Catalunya.

El capítulo segundo reúne medidas de racionalización en el ámbito sanitario, modificando el Decreto ley 4/2010, de 3 de agosto, de medidas de racionalización y simplificación de la estructura del sector público de la Generalidad de Cataluña, y la Ley 15/1990, de 9 de julio, de ordenación sanitaria. Concretamente, es destacable la modificación de la primera norma, que implica que las competencias en materia de tecnologías de la información y comunicación de la Agencia de Calidad y Evaluación Sanitarias de Cataluña son asumidas por el departamento competente en materia de sanidad, asumiendo a su personal.

5.2.- LA EXTINCIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DEL SUJETO-EMPRESARIO. DIFERENCIAS ENTRE ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO ADMINISTRATIVO Y DEL SECTOR PÚBLICO EMPRESARIAL Y FUNDACIONAL

La desaparición del ente prestador del servicio sin que sean aplicables las reglas de subrogación del art. 44 ET, ni prevea tal circunstancia el convenio colectivo aplicable, ni tampoco la norma reguladora de la reordenación, conlleva la posibilidad de acudir, como cauce más adecuado de actuación, a lo previsto en el art. 49.1 g) ET. Según este precepto, la extinción de la personalidad jurídica del empresario, sin sucesión, exige, para que los contratos de trabajo terminen, la observancia de los trámites del art. 51 ET, salvo que el número de los afectados no sea superior a cinco, en cuyo caso deviene aplicable el art. 52 c) ET, con el consiguiente señalamiento, en ambas circunstancias, de las indemnizaciones propias de los despidos allí regulados (20 días de salario por año de servicio con el máximo de 12 mensualidades)¹⁷⁶.

Con todo, la extinción de la personalidad jurídica de la empresa no opera automáticamente sino que permite la formalización de la voluntad resolutoria, exteriorizando su decisión de despedir así formada mediante una declaración o manifestación que debe incorporar las causas justificativas y observar los trámites formales previstos al efecto, a riesgo de que en caso contrario quede frustrada la posibilidad de materializar las extinciones contractuales. Además, conviene matizar, de entrada, que la remisión que efectúa, en aclaración de lo previsto en el art. 49 g) ET, el art. 30 Real Decreto 1483/2012, con carácter general, al capítulo I del Título I del Reglamento, opera, en realidad, para las Administraciones Públicas, sobre el capítulo II del Título III¹⁷⁷.

Cabe tener presente, a estos efectos, que el art. 3.2 TRLCSP califica como Administraciones Públicas a las siguientes entidades: 1) la Administración General del Estado; 2) las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las ciudades de Ceuta y Melilla; 3) las entidades que integran la Administración Local, así como las entidades de Derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o de control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad; Y 4) las entidades de Derecho público vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas que cumplan alguna de las características siguientes, de un lado, que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro, o, de otro, que no se financien mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o la prestación de servicios. Quedan, por tanto, excluidos del concepto del sector público administrativo, las

¹⁷⁶ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: óEl personal laboral al servicio del sector público local tras la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, en AA.VV (QUINTANA LÓPEZ, T., Dir.): *La reforma de régimen local. Comentario a la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2014, págs. 582 y ss.

¹⁷⁷ DESDENTADO DAROCA, E.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, Albacete (Bomarzo), 2014, pág. 113.

sociedades mercantiles públicas, las fundaciones, los consorcios y las entidades públicas empresariales¹⁷⁸.

5.2.1.-Causas justificativas de los despidos

Procede recordar que el párrafo segundo de la disposición adicional 16ª ET adapta la definición legal de las causas económicas, técnicas y organizativas capaces de justificar los despidos en el ámbito del sector público a que se refiere el art. 3.2 TRLCSP, que, en líneas generales, viene a coincidir, como ya consta, con el sector público administrativo. En este sentido, se señala que concurren causas económicas cuando se produzca en los entes, organismos y entidades del sector público administrativo una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes, entendiéndose, en todo caso, que la insuficiencia presupuestaria es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos, términos perfilados por el actualmente anulado art. 35.3 Real Decreto 1483/2012 exigiendo que en el ejercicio anterior la Administración Pública en la que se integra el Departamento, órgano, ente, organismo o entidad hubiera presentado una situación de déficit presupuestario y que los créditos del Departamento o las transferencias, aportaciones patrimoniales al órgano, ente, organismo o entidad, o sus créditos, se hayan minorado en un 5 por 100 en el ejercicio corriente o en un 7 por 100 en los dos ejercicios anteriores. A estos efectos, se tendrán en cuenta tanto las minoraciones efectuadas en el presupuesto inicial como, respecto del ejercicio en curso, las realizadas en fase de ejecución presupuestaria. El Tribunal Supremo ha entendido que tal criterio reglamentario supone una desviación del criterio legal, consistente en un dato material o sustantivo como es la imposibilidad de financiar los servicios públicos encomendados, sustituyéndolo por un dato puramente formal¹⁷⁹.

Asimismo, 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 del que se trate y causas organizativas, cuando se produzcan modificaciones en la estructura interna de las Administraciones públicas¹⁸⁰. Queda eliminada, en este ámbito, la aplicación de las causas productivas atendiendo a las dos siguientes razones fundamentales: la disposición adicional 16ª ET no las menciona, más que en el título, y la aplicación supletoria de lo previsto en el art. 51.1 ET es inviable para una Administración Pública porque se refiere a cambios en la demanda de los productos o servicios que la empresa quiere colocar en el mercado¹⁸¹.

Esta definición legal de las causas económicas, técnicas y organizativas, justificativas de los despidos que se contiene en el segundo párrafo de la disposición adicional 16ª ET, se circunscribe al denominado sector público administrativo integrado, como ya consta, por la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales y sus Organismos Autónomos, las Entidades Gestoras y los Servicios Comunes de la Seguridad Social, las Universidades Públicas, y las entidades de Derecho Público de carácter no empresarial ni comercial y mancomunidades de municipios y consorcios con personalidad jurídica de carácter no empresarial ni comercial. En cambio, en el sector público empresarial (formado por las entidades de derecho público que realizan actividades mercantiles, las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales, y las sociedades mercantiles con mayoritaria participación pública), así como en el sector público

¹⁷⁸ DESDENTADO DAROCA, E.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, cit., pág. 117.

¹⁷⁹ STS, Cont-Admto, 19 mayo 2015 (rec. 836/2012).

¹⁸⁰ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «Los despidos en la Administración Pública», en AA.VV. (PUMAR BELTRAN, N., Coord.): *La flexibilidad interna y los despidos colectivos en el sistema español de relaciones laborales*, Barcelona (Huygens), 2014, págs. 121 y ss.

¹⁸¹ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Despidos y otras medidas de (re)estructuración de plantillas laborales en el sector público*, cit., págs. 73 y ss.

fundacional, se entenderá que concurren causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en los términos descritos, para el sector privado, en los arts. 51.1 y 1.2 Real Decreto 1483/2012, tal y como señala el art. 34.3 de esta disposición reglamentaria¹⁸². En particular, y por lo que se refiere a las causas económicas, la definición a utilizar para el sector público empresarial y fundacional es muy distinta, pues el art. 51.1 ET determina que concurrirán cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas, y que, en todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del ejercicio anterior.

5.2.2.-Procedimiento

El Real Decreto 1348/2012 también diversifica el régimen aplicable al procedimiento del despido colectivo, según el carácter de la entidad. Así, si el número de afectados es superior a cinco y se produce la cesación total de la actividad de la Administración-empresario, será preceptivo seguir los trámites pautados en la disposición adicional 16ª ET, desarrollada en los arts. 35 y ss. Real Decreto 1483/2012, cuando se trate de entidades incluidas en el art. 3.2 TRLCSP, esto es, integradas en el concepto de sector público administrativo (art. 34.1 Real Decreto 1348/2012) y, en lo no recogido en este título, y en cuanto no se oponga, contradiga o sea incompatible con el mismo, será de aplicación el procedimiento general contemplado en el título I (art. 34.4 Real Decreto 1348/2012)¹⁸³.

Sin embargo, es pertinente observar la tramitación empresarial común (art. 51 ET y arts. 1 y ss. Real Decreto 1483/2012) cuando se trate de sociedades mercantiles de capital mayoritariamente público y de fundaciones públicas, con una única singularidad: la comunicación de inicio del período de consultas deberá contener, además de la documentación especificada en el art. 3.1 Real Decreto 1348/2012, una memoria explicativa de las causas del despido y su relación con los principios contenidos en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, con las medidas o mecanismos previstos en la misma o con los objetivos de estabilidad presupuestaria a que hace referencia (art. 38 a) Real Decreto 1348/2012].

Pese a lo acertado de estas conclusiones desde el punto de vista técnico-jurídico, no faltan pronunciamientos judiciales que abogan por acudir a un criterio material y no meramente formal para abordar el tema de la clasificación de los entes del sector público dentro o fuera del concepto Administración pública, de modo que las sociedades mercantiles no pueden equipararse sin más a una empresa privada, por su *modus operandi*, pues no actúan en un mercado de bienes y servicios en régimen de competencia, tratándose en realidad de Administraciones recubiertas por el manto de una Administración mercantil, tal y como ha sucedido con el holding público TRAGSA¹⁸⁴. En cambio, se ha considerado que el Ente Público de Radio Televisión de Madrid no es Administración¹⁸⁵. Ello sin olvidar que se han establecido algunos criterios de diferenciación generales, recurriendo a otras normas distintas del art. 3.2 TRLCSP, como la Ley Orgánica de Organización y Funcionamiento de la Administración General del

¹⁸² ROQUETA BUJ, R.: «Despido colectivo y objetivo por motivos económicos y reorganización en la Administración Pública», en AA.VV. (PÉREZ ALONSO, M.A.; BLENADO GARÍN, B. y FABREGAT MONFORT, G., Dirs.): *Derecho del Empleo Público*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2014, pág. 111.

¹⁸³ ROQUETA BUJ, R.: «Despido colectivo y objetivo por motivos económicos y reorganización en la Administración Pública», cit., pág. 112.

¹⁸⁴ CUADROS GARRIDO, M.E.: «Patologías en el empleo público: el caso TRAGSA», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 168, 2014, pág. 327.

¹⁸⁵ STS, Social, 26 marzo 2014 (rec. 158/2013).

Estado (actual Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público), la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas, la Ley General Presupuestaria y la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera¹⁸⁶.

Todo ello sin olvidar que si el ente, afectado por la reestructuración, tuviera menos de cinco trabajadores, es necesario alegar causa justificativa en el sentido anteriormente explicado, pero, independientemente de la naturaleza jurídica de la entidad empresarial, el *iter* es mucho más sencillo, coincidiendo con el del despido objetivo, condicionado únicamente a lo previsto en el art. 53 ET (comunicación escrita al trabajador afectado, puesta a disposición de la indemnización, concesión de un preaviso de 15 días y disfrute de un permiso de 6 horas semanales a fin de proceder a buscar nuevo empleo)¹⁸⁷, con la exigencia adicional de atender a lo dispuesto en el convenio colectivo y de proceder, a la postre, a la consiguiente modificación de la relación de puestos de trabajo si se tratara de una Administración Pública¹⁸⁸.

En fin, en todos los casos, el empleador deberá solicitar a los representantes unitarios de los trabajadores un informe previo a la ejecución de las decisiones en materia de reestructuraciones de plantilla y ceses totales o parciales, definitivos o temporales [art. 64.5 a) ET].

5.2.3.-Documentación

Prevía comunicación fehaciente del Ente público a los trabajadores o a sus representantes de su intención de iniciar la tramitación del despido colectivo, el procedimiento propiamente dicho comienza con la comunicación por escrito de apertura del período de consultas a los representantes de los trabajadores, una copia del cual se hará llegar a la autoridad laboral y al órgano competente en materia de función pública estatal o autonómica, obligación esta última que no afecta a la Administración Local ni tampoco a las entidades instrumentales.

Con carácter general, el art. 51 ET exige que en dicho escrito de inicio del procedimiento se consiguen los siguientes extremos: a) las causas justificativas; b) el número y clasificación profesional de los trabajadores afectados; c) el número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año; d) período previsto para la realización de los despidos; e) criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados; f) copia de la comunicación dirigida a los trabajadores o a sus representantes por la dirección de la empresa de su intención de iniciar el procedimiento de despido colectivo; g) representantes de los trabajadores que integrarán la comisión negociadora o, en su caso, indicación de la falta de constitución de ésta en los plazos legales. Esta documentación genérica del art. 51, desarrollada en los arts. 3, 4 y 5 Real Decreto 1483/2012 habrá de ser aportada por los entes que integran el sector público empresarial y fundacional¹⁸⁹.

Sin embargo, para las entidades integradas en el ámbito de aplicación del art. 3.2 TRLCSP, tales términos se concretan en el art. 37 Real Decreto 1483/2012, de conformidad con el cual la comunicación escrita dirigida por el Departamento, Consejería, Entidad Local, organismo o entidad de que se trate, a los representantes legales de los trabajadores, así como a la autoridad laboral y, si se afectara al ámbito estatal o autonómico, al órgano competente en materia de función pública, deberá ir acompañada de la documentación

¹⁸⁶ SSTs, Social, 26 diciembre 2013 (rec. 291/2011) ó 18 febrero 2014 (rec. 74/2013).

¹⁸⁷ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Los despidos objetivos en las Administraciones Públicas, rescate de contratas y concesiones y supresión de entidades o estructuras administrativas*, en AA.VV (CASTILLO BLANCO, F.A., Dir.): *La reforma del sector público*, Sevilla (Instituto García Oviedo), 2014, págs. 369 y ss.

¹⁸⁸ VIDA FERNÁNDEZ, R.: *Despidos individuales*, en AA.VV (MONEREO PÉREZ, J.L., Dir.): *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, Granada (Comares), 2014, pág. 480.

¹⁸⁹ SSTs 18 febrero 2014 (rec. 74/2013) y 26 marzo 2014 (rec. 158/2013).

referida en los arts. 38 y ss. del citado Reglamento, que distinguen entre la que es común a todos los procedimientos de despido colectivo tramitados por las Administraciones, organismos y entidades a los que se refiere el art. 3.2 TRLCSP, la atinente a los despidos fundamentados en causas económicas y la correspondiente a los justificados en razones técnicas y organizativas¹⁹⁰.

Dentro del primer bloque, esto es, el común a todos los despidos, es necesario entregar una memoria explicativa de las causas del despido y su relación con los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y una enumeración de los criterios tenidos en cuenta en relación con el establecimiento de la prioridad de permanencia del personal laboral fijo que hubiera adquirido esa condición de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad a través de un procedimiento selectivo de ingreso convocado al efecto (art. 38). A ello hay que añadir, tras el Real Decreto Ley 11/2013, el período previsto para la realización de los despidos, la copia de la comunicación dirigida a los trabajadores o a sus representantes por la dirección de la empresa de su intención de iniciar el procedimiento de despido colectivo y la indicación de los representantes de los trabajadores que integrarán la comisión negociadora o, en su caso, de la falta de constitución de ésta en los plazos legales.

En segundo lugar, en relación con los despidos por causas técnicas u organizativas, es necesario presentar una memoria explicativa que acredite la concurrencia de dichas causas, así como especificar la plantilla de personal laboral del Departamento, Consejería, Entidad Local, organismo o entidad de que se trate, el plan de ordenación de recursos humanos, si lo hubiera, y cualquier otra documentación justificativa (art. 40).

En tercer término, si la razón alegada es económica, procede aportar, al menos, una memoria explicativa que acredite la situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes, los presupuestos de los dos últimos ejercicios, donde consten los gastos de personal y, en su caso, las modificaciones de los créditos presupuestarios, certificación del responsable de la oficina presupuestaria u órgano contable conde conste que concurre la causa de insuficiencia presupuestaria, plantilla de personal y plan de ordenación de recursos humanos, en el caso de que se haya tramitado (art. 39).

De este escrito de iniciación, así como de la documentación correspondiente según la causa alegada, se hará llegar copia por el Departamento, Consejería, Entidad Local, organismo o entidad que inicie el procedimiento a la autoridad laboral y al órgano competente en materia de función pública (si se trata de la Administración del Estado o de la Comunidad Autónoma) simultáneamente a su comunicación a los representantes legales de los trabajadores. Esta autoridad laboral será informada también sobre la composición de la representación de los trabajadores, así como de la comisión negociadora del procedimiento de despido colectivo (art. 42). La autoridad laboral una vez recibida esta comunicación de iniciación del procedimiento de despido colectivo dará traslado de la misma, incluyendo la documentación correspondiente, a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y a la Inspección de Trabajo¹⁹¹.

Si la entidad no forma parte del ámbito subjetivo del art. 3.2 TRLCSP, la documentación a aportar se recoge en los arts. 3, 4 y 5 Real Decreto 1483/2012 que es la exigida a las empresas privadas, si bien, como ya consta, observando el principio de disciplina presupuestaria, el art. 34.3 Real Decreto 1483/2012 matiza que dos entes,

¹⁹⁰ BOLTAINA BOSCH, X.: *óEmpleo público y medidas de ajuste extintivas de los contratos de trabajo para hacer frente a la crisis de las entidades localesô*, en *Empleo público Local ante la crisis*, Barcelona (Fundación Democracia y Gobierno Local-Cemci), 2011, pág. 267.

¹⁹¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: *óEl procedimiento de despido colectivo en la Administración Públicaô*, *Relaciones Laborales*, núm. 7-8, 2013, pág. 55.

organismos y entidades que pertenecen al sector público sin ser Administraciones Públicas deberán incluir en la documentación del despido colectivo una indicación de la relación de las causas del despido con los principios contenidos en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, con las medidas o mecanismos previstos en la misma o con los objetivos de estabilidad presupuestaria a que dicha norma se refiere¹⁹².

Cabe preguntarse aquí, a la postre, sobre la posibilidad de que se pacte en el sector público y en período de consultas una cuantía indemnizatoria superior a la legalmente prevista. Tal interrogante merece una respuesta negativa por dos razones fundamentales: de un lado, el ordenamiento laboral reformado no avala esta hipótesis, pues el art. 51 ET fija ahora el contenido del período de consultas en las óposibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y atenuar sus consecuencias; de otro, teniendo en cuenta la falta de ingresos que justifica este tipo de medidas y la naturaleza pública del dinero con el que se ha de hacer frente a este tipo de compensaciones económicas, no resulta lógico que la Administración negocie la indemnización al alza. Debería entenderse, por tanto, que la compensación económica fijada legalmente operaría aquí como norma de Derecho necesario indisponible. Esta reflexión es clara para los entes del sector público administrativo, debiendo ser matizada en lo que se refiere al sector público empresarial y fundacional, atendiendo a sus fuentes de financiación, que pueden ser públicas, en cuyo caso, la conclusión es la misma, o provenir del mercado, siendo posible en este último supuesto pactar un incremento en las indemnizaciones.

5.2.4.-Individualización de los trabajadores afectados

La opción acogida por la norma de vincular el concepto de despido colectivo al número de extinciones de contratos en relación con la plantilla total, lleva a que dichas cifras hayan de ser conocidas tanto por la autoridad laboral como por los representantes de los trabajadores y, cómo no, por el órgano competente en materia de función pública (a excepción de si se trata de una Administración Local), a fin de constatar el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos. Con todo, los datos previstos en el Real Decreto 1483/2012 asumen un objetivo más amplio que el estrictamente cuantitativo, pues la comunicación habrá de contener también una serie de informaciones de contenido cualitativo relativas a los concretos puestos afectados por los despidos y, sobre todo, los criterios para determinar los empleados que se van a despedir, no en vano si esas decisiones no se motivan adecuadamente pueden quedar deslegitimadas y servir de coartada a comportamientos arbitrarios contrarios al principio constitucional de igualdad que debe presidir esta materia. En el contexto aquí analizado, puede que la extinción de la personalidad jurídica del ente en cuestión conlleve el despido de todos los empleados, en cuyo caso ya no tiene sentido hablar de prioridad de permanencia, pero también puede que los despidos afecten solo a algunos de los trabajadores, manteniéndose los contratos de algunos con otro empresario (Administración matriz u otra entidad que asuma las competencias). De nuevo, es necesario distinguir en función de la naturaleza del ente en cuestión.

A)Prioridad de permanencia

No cabe olvidar que nuestro ordenamiento jurídico es muy cauteloso cuando se enfrenta a decisiones administrativas que se toman *ad personam*. El único parámetro que categóricamente establece la normativa laboral en cuanto a la prioridad de permanencia (no de intangibilidad) es el relativo a las garantías sindicales: tendrán preferencia para permanecer en la Administración los miembros del comité de empresa, los delegados de

¹⁹² GONZÁLEZ ALONSO, A.: óLa última reforma del mercado laboral y su aplicación al sector público, Actum Social, núm. 61, 2012, pág. 67.

personal, así como los delegados sindicales y los delegados de prevención y miembros del comité de seguridad y salud mientras permanezcan en activo¹⁹³, sin olvidar el postulado judicial de interdicción del fraude de ley o abuso de derecho (consistente, en paradigmático ejemplo, en la selección de los trabajadores con contrato fijo en vez de temporal, con el resultado de hacer más precario el empleo) y de razonabilidad y coherencia, a la par que deben respetarse los derechos fundamentales de los trabajadores de la plantilla, lo que incluye la prohibición de trato discriminatorio¹⁹⁴.

A partir de ahí, estas cuestiones se vienen dejando a la negociación colectiva (que puede atender, entre otras circunstancias, a las cargas familiares, mayores de determinada edad o discapacitados), pero, dentro del sector público, como es una situación prácticamente nueva, los convenios no suelen detenerse en fijar pautas para determinar prioridades de permanencia en los supuestos de despidos por causas económicas, técnicas u organizativas. El riesgo que se corre es, por tanto, altísimo, particularmente cuando se produzca un cambio en la tendencia política de una Administración de pequeñas dimensiones, lo cual exige un cumplimiento escrupuloso del principio de objetividad a la hora de seleccionar a los trabajadores afectados, amparado en los parámetros constitucionales de mérito y capacidad, que deben jugar un papel decisivo, no sólo en el acceso al empleo sino también en el desarrollo de la relación de trabajo y en la extinción¹⁹⁵, máxime cuando la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), se encarga de aclarar que óserá nula la extinción del contrato acordada por el empresario sin respetar las prioridades de permanencia que pudieran estar establecidas en las leyes, los convenios colectivos o en el acuerdo alcanzado durante el período de consultas, pero sin que esta nulidad afecte óa las extinciones que dentro del mismo despido colectivo hayan respetado las prioridades de permanencia [art. 124.11 c)], de modo que, como ha señalado el Tribunal Supremo, el proceso colectivo no es el cauce adecuado para el enjuiciamiento de la fase de aplicación de los criterios de selección de los trabajadores afectados por un despido¹⁹⁶. No obstante, la representación legal de los trabajadores podrá utilizar el procedimiento de conflicto colectivo para denunciar el incumplimiento general de los criterios de selección acordados en el período de consultas o dispuestos por la entidad empleadora en la decisión final del despido colectivo, alegando y probando en tal caso que el incumplimiento o incumplimientos repercuten de modo indiferenciado sobre los interés generales del grupo de los trabajadores afectados por el despido colectivo¹⁹⁷.

Lo que parece razonable y exigible es que, en los despidos por causas técnicas y organizativas, los puestos de trabajo que se amortizan estén directamente relacionados con la causa objetiva que se invoca, tal y como sucede, por ejemplo, con aquellos trabajadores que prestan su actividad en una plaza que queda afectada por la introducción de nuevas tecnologías, métodos de trabajo o estrategias de prestación, pero no con aquellos otros que desarrollan su actividad en sectores o ámbitos distintos de la organización pública. Esta pauta de conexión inmediata quiebra, no obstante, cuando se invocan causas económicas, ya que éstas indudablemente afectan a la totalidad de la organización y de su personal, lo que amplía enormemente el espectro humano del despido.

Lo que está claro es que la entidad pública, a la hora de seleccionar a los trabajadores que sufrirán la pérdida de empleo, no sólo no podrá incurrir en tratamientos constitucionalmente discriminatorios ñcomo sucede con el empresario privado--, sino que

¹⁹³ STS, Social, 16 septiembre 2013.

¹⁹⁴ SJS núm. 1 Pamplona 4 enero 2012.

¹⁹⁵ SSTSJ Castilla y León 13 julio 2013 (rec. 1183/2013) y 26 diciembre 2013 (rec. 1880/2013).

¹⁹⁶ STS 25 junio 2014 (rec. 198/2013).

¹⁹⁷ SAN 16 enero 2014 (rec. 391/2013).

deberá ceñirse a criterios estrictamente objetivos, que deberá precisar a los efectos de fundamentar su decisión selectiva¹⁹⁸.

B) Personal laboral fijo

Un postulado nuevo, claramente objetivo en el sentido anteriormente indicado, introduce la Ley 3/2012 en la disposición adicional 16ª ET, pues establece cómo 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. Se pretende, así, blindar relativamente a aquellos empleados públicos que hayan realizado pruebas selectivas y hayan acreditado el mérito y la capacidad, siquiera sea formalmente. Valdrá, por tanto, con justificar la realización de tales pruebas para que esos empleados tengan preferencia de permanencia sobre aquellos que hayan ingresado mediante una contratación directa. Sería nulo, por tanto, el despido de trabajadores fijos por razones económicas, técnicas u organizativas, siempre que dentro del correspondiente grupo profesional permanezcan en sus puestos trabajadores temporales, trabajadores indefinidos no fijos o trabajadores del tipo que sea afectados por la anulación firme del proceso selectivo. Todo ello al margen de la justificación *lato sensu* de la causa en cuestión. Y es que frente a las mencionadas categorías de trabajadores los empleados fijos y seleccionados de forma regular, con respeto de los principios de mérito y capacidad, gozan de una prioridad de permanencia cuya fuente es la Constitución arts. 14, 23.2 y 103.3--¹⁹⁹.

Si no se respetase esta prioridad de permanencia se produciría no sólo una vulneración de los citados preceptos constitucionales, sino también un comportamiento arbitrario por parte de una Administración Pública. Ésta es la argumentación que ha llevado a algún pronunciamiento judicial a declarar no ajustadas a Derecho las extinciones contractuales producidas como consecuencia del proceso de despido colectivo llevado a cabo en un Ayuntamiento, afirmando lo siguiente: cómo quedó acreditado en la práctica de la prueba de interrogatorio de testigos, a juicio subjetivo del técnico o del delegado y, con una valoración personal, subjetiva y arbitraria, carente de la aplicación de cualquier parámetro objetivo, fueron determinados los trabajadores afectados por la decisión extintiva, sin tener en cuenta ni su competencia técnica, ni su formación, ni su experiencia, ni la polivalencia²⁰⁰. Asimismo, se ha declarado nulo, por violación de derechos fundamentales, el despido fundamentado en causa económica de una trabajadora al servicio de un Ayuntamiento pero que realmente implicaba una discriminación por afiliación política²⁰¹. Igualmente, se ha declarado nulo el despido de 726 trabajadores de la empresa pública TRAGSA, que no fijó los criterios de selección de los trabajadores despedidos en el período de consultas y los aplicados fueron del todo imprecisos, permitiendo múltiples interpretaciones, incluso hasta el punto de exigir un manual posterior que remite a un procedimiento de valoraciones, realizadas de forma no transparente y por valoradores no identificados, de factores ajenos a los principios constitucionales aplicables al empleo público, esto es, de mérito y capacidad²⁰².

No resulta muy afortunada la redacción del inciso final del precepto, pues utiliza el condicional, esto es, cómo así lo establezcan los entes, organismos y entidades que actúen como empresario. No obstante, el art. 41.2 Real Decreto 1483/2012 intenta corregir

¹⁹⁸ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Despidos colectivos*, en AA.VV (MONEREO PÉREZ, J.L., Dir.): *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, Granada (Comares), 2014, págs. 467 y ss.

¹⁹⁹ VIVERO SERRANO, J.B.: *La readmisión de los empleados públicos objeto de despido ilícito: el juego del derecho constitucional de igualdad, del art. 96.2 EBEP y de la autonomía colectiva*, *Relaciones Laborales*, núm. 7-8, 2013, pág. 29.

²⁰⁰ El Ayuntamiento es el de Jerez de la Frontera y la Sentencia ha sido comentada por RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: *El procedimiento de despido colectivo en la Administración Pública*, cit., pág. 64.

²⁰¹ No ha quedado acreditada la situación de déficit presupuestario, en relación con el Departamento de la trabajadora y el resto del Ayuntamiento. STSJ, Social, Andalucía 24 octubre 2013 (rec. 2513/2012).

²⁰² SAN, Social, 16 abril 2014 (proc. 499/2913)

esta permisividad, sentando que la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, o autoridad equivalente en el ámbito de las Comunidades Autónomas, podrá establecer la aplicación de dicha prioridad en los procedimientos que afecten al personal laboral de sus respectivos ámbitos, aun cuando el Departamento, Consejería, organismo o entidad que promueva el procedimiento no lo hubiera previsto, si, a la vista del expediente, entendiéndose que es aplicable dicha prioridad, por ser adecuada a las circunstancias concurrentes, teniendo en cuenta la ordenación general en materia de recursos humanos y el interés público. No se aclara, sin embargo, qué sucede con las Administraciones Locales ni otras entidades públicas²⁰³.

Ahora bien, ello no puede interpretarse como una facultad discrecional de las referidas Administraciones Públicas, sino como una habilitación a su favor para que en función del juego combinado de los principios constitucionales de mérito y capacidad, de un lado, y de eficacia administrativa, de otro, adopten la solución más adecuada al interés general. Esto es, una vez salvaguardada la prioridad de permanencia de las personas que ya han acreditado los requisitos de mérito y capacidad, cabe que la Administración Pública tome en cuenta criterios distintos dirigidos a lograr una mayor eficacia en la organización y prestación de los servicios públicos o a satisfacer otros bienes constitucionalmente protegidos. Otra interpretación resultaría difícilmente conciliable con los postulados constitucionales²⁰⁴.

De hecho, la doctrina judicial considera que la prioridad de permanencia del personal laboral fijo que hubiera adquirido esta condición de acuerdo con los principios de publicidad, mérito y capacidad prevista en la disposición adicional 16ª ET, es de obligado cumplimiento para las Administraciones Públicas, estableciéndose de esta manera una nítida distinción entre aquéllas y las empresas privadas, pues en estas últimas rige el principio de libre elección de los trabajadores que pueden quedar sometidos a extinciones contractuales por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción²⁰⁵. Por tanto, dicha prioridad de permanencia se impone en el sector público a que se refiere el art. 3.2 TRLCSP, mientras en el sector público empresarial, integrado por las entidades de derecho público que realizan actividades mercantiles, las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales y las sociedades mercantiles con mayoritaria participación pública, y en el sector público fundacional, rige plenamente el ordenamiento jurídico privado y, por ende, el criterio de libre elección de los trabajadores afectados por el despido colectivo siempre que no hubiera discriminación²⁰⁶.

No obstante, debe tenerse en cuenta también que existen entidades que no ostentan la condición de Administración Pública en los términos del art. 3.2 TRLCSP y que, sin embargo, se rigen por los principios rectores del acceso al empleo público previstos en el art. 55 EBEP (organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas). Por ello, el respeto a los parámetros de igualdad, mérito y capacidad habría de analizarse no sólo en función de la naturaleza del ente de que se trate,

²⁰³ CANTERO MARTÍNEZ, J.: *Las medidas de racionalización de plantillas en el empleo público local en un contexto de contención fiscal*, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 28, 2012, pág. 36.

²⁰⁴ ROQUETA BUJ, R.: *ÓJurisprudencia reciente sobre el despido en las Administraciones Públicas*, *Trabajo y Derecho*, núm. 2, 2015, pág. 74.

²⁰⁵ SSTSJ, Social, Andalucía 20 marzo 2013 (rec. 11/2012), Galicia 2 mayo 2013 (rec. 10/2013), Madrid 10 junio 2013 (rec. 6/2013) y Castilla y León 12 febrero 2013 (rec. 60/2013), 9 octubre 2013 (rec. 1277/2013), 20 noviembre 2013 (rec. 1450/2013) y 4 diciembre 2013 (rec. 1318/2013).

²⁰⁶ La STS, Social, 26 marzo 2014 (rec. 158/2013), a propósito del despido colectivo en el Ente Público Radio Televisión de Madrid, que tiene naturaleza de sociedad mercantil, viene a confirmar la afirmación de la sentencia de instancia de que la prioridad de permanencia del personal laboral fijo que establece el art. 41 Real Decreto 1483/2012 óes de aplicación a las Administraciones Públicas, pero no a los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público, al que pertenece este Ente Público. ROQUETA BUJ, R.: *ÓJurisprudencia reciente sobre el despido en las Administraciones Públicas*, cit., p. 75.

sino, dando un paso más, también de la forma de acceso de su personal²⁰⁷. Ciertamente, si la entidad de que se trate, pese a no tener la condición de Administración Pública, debe seleccionar a su personal conforme a los mismos criterios que las Administraciones Públicas, de suerte que la contratación irregular del mismo no puede conducir a la adquisición de fijeza, sino que su relación laboral tendrá el carácter de indefinida no fija de plantilla²⁰⁸, también tendría que respetar la prioridad de permanencia del personal laboral fijo que impone la disposición adicional 16ª ET²⁰⁹.

A la luz de esta regulación, no hay que perder de vista tampoco que si una Administración o entidad pública ha efectuado varios despidos improcedentes no puede sin más, a conveniencia o de forma discrecional, readmitir a algunos empleados públicos e indemnizar a otros. Una de dos, o hace invariablemente uso de la misma opción, cualquiera que sea, o tiene que encontrar argumentos objetivos, razonables y proporcionados para distinguir en este punto a los empleados despedidos, lo cual *a priori* no parece tarea sencilla, aunque tampoco puede descartarse automáticamente. Cabría defender, en consecuencia, que los empleados públicos despedidos con carácter improcedente o no ajustado a derecho que, a diferencia de otros compañeros readmitidos fueran simplemente indemnizados, pudieran, entre otras alternativas posibles, impugnar la decisión empresarial de no readmisión por la vía del proceso especial de tutela de los derechos fundamentales ñarts. 177 y ss. LRJS--. La lesión del derecho fundamental de igualdad formal y genérica permitiría, en su caso, la condena a la readmisión, esto es, la estabilidad real, además de la indemnización de daños y perjuicios ñart. 182 LRJS--²¹⁰.

C) Personal laboral temporal e óindefinido no fijoô

El añadido relativo a la prioridad de permanencia de los trabajadores fijos que hubieran adquirido esta condición de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, a través de un procedimiento selectivo de ingreso convocado al efecto para el sector administrativo y para aquellas entidades que deben reclutar a sus trabajadores siguiendo los mentados principios, lleva aparejada, a la postre, la solución al problema planteado por la extinción de los contratos laborales indefinidos no fijos de plantilla (calificados así por las irregularidades cometidas en su contratación)²¹¹, cuya resolución había ofrecido una disparidad interpretativa en sede judicial derivada de una polarización entre exigir la utilización de los arts. 51 y 52 c) ET con el abono de la pertinente indemnización²¹² o considerar que dicha exigencia es innecesaria al ser de aplicación el art. 49.1 b) ET²¹³, entendiendo en este último supuesto que se materializa una ácausa consignada válidamente en el contratoô como acontece con los vínculos de interinidad por vacante, que resultan extinguidos, tanto si se cubre la plaza de forma reglamentaria como si se produce su amortización.

²⁰⁷ SSTSJ, Social, Castilla y León 9 octubre 2013 (rec. 1277/2013).

²⁰⁸ SSTJ, Social, 12 mayo 2008 (rec. 1956/2007) y 26 mayo 2009 (rec. 2198/2008).

²⁰⁹ ROQUETA BUJ, R.: óJurisprudencia reciente sobre el despido en las Administraciones Públicasô, cit., pág. 76.

²¹⁰ VIVERO SERRRANO, J.B.: óLa readmisión de los empleados públicos objeto de despido ilícito: el juego del derecho constitucional de igualdad, del art. 96.2 EBEP y de la autonomía colectivaô, *Relaciones Laborales*, núm. 7-8, 2013, pág. 35.

²¹¹ Se trataba de conjugar dos intereses, por una parte, asegurar el principio de estabilidad en el empleo, como censura a las irregularidades, y, por otra parte, evitar que quienes no hubieran entrado en la Administración de acuerdo con los principios constitucionales de mérito y capacidad, pudieran ver consolidadas sus plazas como trabajadores fijos. MOLINA HERMOSILLA, O.: óBalance de la aplicación de la reforma laboral en materia de despidos colectivos en la Administraciónô, *Relaciones Laborales*, núm. 10, 2013, pág. 49.

²¹² STS, Social, 8 julio 2012 y SSTSJ, Social, Cataluña 10 diciembre 2003, Castilla y León/Valladolid 9 septiembre 2003 ó Comunidad Valenciana 14 febrero 2002.

²¹³ STS, Social, 14 marzo 2002 y SSTSJ, Social, Castilla-La Mancha 22 abril 2005, Navarra 15 octubre 2008, Comunidad Valenciana 13 abril 2010, Islas Baleares 27 octubre 2010 ó Madrid 21 diciembre 2011.

El Tribunal Supremo se pronunció, en un primer momento, sobre esta cuestión litigiosa considerando que la amortización de un puesto ocupado por un trabajador laboral indefinido no fijo de plantilla encuentra como causa de extinción la consignada en el contrato al amparo del art. 49.1 b) ET, sin derecho por tanto a indemnización de 20 días de salario por año de servicio. Entiende el Alto Tribunal que este tipo de contrato es una medida que sanciona el uso abusivo por parte de la Administración de la contratación temporal al poner fin a la sucesión contractual mediante la consolidación estable de una situación que terminará con la amortización o con la cobertura de la vacante por el procedimiento reglamentario²¹⁴, y el trabajador que se encuentra en esta situación no queda indefenso, porque frente a la no convocatoria de la plaza, tiene acción para pedirla, y frente a las decisiones de amortización, tiene la posibilidad de impugnarlas²¹⁵.

Sin embargo, recientemente, el Tribunal Supremo ha matizado este criterio. No cabe olvidar que al establecer la regla de prioridad en el puesto a favor del personal laboral fijo, la Ley 3/2012 evidencia, implícitamente, que para el legislador el indefinido no fijo precede al fijo en el orden de los despidos colectivos. Dicho en otros términos, parece que la nueva disposición adicional 16ª ET viene a sujetar la amortización de una plaza ocupada por un empleado público laboral indefinido no fijo de plantilla a las formalidades, requisitos e indemnización de la extinción contractual por causas económicas, técnicas y organizativas. De no admitirse esta conclusión, sería muy difícil responder el interrogante relativo al significado de la regla de preferencia o explicar respecto de quién tiene prioridad de permanencia el empleado público laboral fijo. Se respeta, así, la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que aun cuando expresamente admite la posibilidad de establecer exclusiones a la transformación automática en fijos de aquellos trabajadores contratados irregularmente por las Administraciones Públicas, no en vano la Directiva 1999/70, de 28 de junio, deja cierto margen de actuación a los diferentes Estados miembros a fin de transponer sus objetivos²¹⁶, lo cierto es que acto seguido exige la adopción de medidas efectivas para prevenir y sancionar semejantes irregularidades²¹⁷. Así, al albur de la interpretación realizada por el órgano judicial supranacional, el ordenamiento español quedaba forzado a establecer algún tipo de indemnización en los supuestos de extinción del contrato indefinido no fijo consecuencia de la amortización de la vacante hasta ese momento ocupada de manera irregular, reparación tasada por ley que impediría reclamar en la vía contenciosa contra la Administración por su funcionamiento anormal. Ahora bien, pese a esta lógica argumentación, el Tribunal Supremo adoptó una solución intermedia, reconociendo el derecho a la indemnización por finalización de contrato temporal establecida en el art. 49.1 c) ET²¹⁸. Por fin, el Alto Tribunal ha admitido la interpretación más lógica, exigiendo la aplicación de los arts. 51 y 52.c) ET y el pago de las indemnizaciones correspondientes (20 días de salario por año de servicio con el máximo de 12 mensualidades)²¹⁹.

²¹⁴ No es admisible la cobertura provisional de la plaza, sin que haya salido a concurso. STS, Social, 10 julio 2013.

²¹⁵ STS, Social, 22 julio 2013. Con anterioridad, en el mismo sentido, aun cuando se trataba de autos de inadmisión del recurso de casación para la unificación de la doctrina, por falta de identidad entre las resoluciones que se recurren y las ofrecidas como de contraste, AATS, Social, 24 marzo y 14 julio 2011.

²¹⁶ STJCE 212/04, de 4 de julio de 2006, asunto *Adelener y otros*.

²¹⁷ STJCE 53/04, de 7 de septiembre de 2006, asunto *Marrosu y Sardino*.

²¹⁸ Ocho días de salario por cada año de servicio para los contratos temporales que se celebren hasta el 31 de diciembre de 2011. Nueve días de salario por cada año de servicio para los contratos temporales que se celebren a partir del 1 de enero de 2012. Diez días de salario por cada año de servicio para los contratos temporales que se celebren a partir del 1 de enero de 2013. Once días de salario por cada año de servicio para los contratos temporales que se celebren a partir del 1 de enero de 2014. Doce días de salario por cada año de servicio para los contratos temporales que se celebren a partir del 1 de enero de 2015. STS, Social, 23 octubre 2013 (rec. 814/2013).

²¹⁹ SSTs, Social, 18 junio 2014 (RDJ 3081/2014), 24 junio 2014 (Ar. 4380), 14 julio 2014 (RDJ 3319/2014), 19 febrero 2015 (núm. 703/2015) y 19 junio 2015 (núm. 4549/2015).

En todo caso, la prioridad de permanencia en la Administración Pública y en los entes que tienen que aplicar los parámetros de mérito y capacidad a la hora de reclutar a su personal, juega a favor de los trabajadores fijos frente a los temporales y a los indefinidos no fijos, aunque éstos sean más antiguos²²⁰. En este sentido, los tribunales niegan que el hecho de que se prescindiera sólo de trabajadores temporales²²¹ y/o de trabajadores indefinidos no fijos²²² constituya una desigualdad de trato injustificada²²³. En fin, como nota común, cabe aclarar, por si duda hubiere, que los criterios son de prioridad en el servicio activo, pero no de exclusión, de modo que la afectación por el despido colectivo de trabajadores con tal prebenda va a requerir una justificación en la decisión final extintiva a riesgo de que en caso contrario sea nula²²⁴.

²²⁰ STS, Social, 23 mayo 2014 (rec. 179/2013). También, SSTSJ, Social, Castilla y León 12 febrero 2013 (rec. 60/2013), 28 mayo 2013 (proc. 9/2013), 9 octubre 2013 (rec. 1277/2013) y 20 noviembre 2013 (rec. 1450/2013), Galicia 2 mayo 2013 (rec. 10/2013) y Madrid 10 junio 2013 (rec. 6/2013).

²²¹ STSJ, Social, Madrid 10 junio 2013 (rec. 6/2013).

²²² SSTSJ, Social, Castilla y León 12 febrero 2013 (rec. 60/2013) y 28 mayo 2013 (proc. 9/2013) y Galicia 2 mayo 2013 (rec. 10/2013).

²²³ ROQUETA BUJ, R.: óJurisprudencia reciente sobre el despido en las Administraciones Públicasô, cit., pág. 77.

²²⁴ GONZÁLEZ ALONSO, A.: óLa última reforma del mercado laboral y su aplicación al sector públicoô, *Actum Social*, 2012, núm. 61, p. 67.

LAS MEDIDAS EN MATERIA DE PERSONAL EN LA LRSAL: ANALISIS Y VALORACIÓN DOS AÑOS DESPUÉS DE SU ENTRADA EN VIGOR.

Federico A. Castillo Blanco.

Si bien, a primera vista, es cierto que dadas las medidas que la LRSAL contiene sobre la reorganización de la planta local y de las competencias de las entidades locales, la reestructuración de los servicios públicos locales y del sector público local y de los organismos y entidades en los que éstas participan, la conclusión a la que habría que llegar es que, producto de su aplicación, se habrían producido profundos cambios en la organización y estructura del personal al servicio de las entidades locales, conviene advertir, sin embargo, que dada la práctica inaplicación de la misma en aquellos aspectos más controvertidos el verdadero impacto de dicha norma ha sido de mucho menor calado que lo que hubiésemos podido pensar en el momento de su promulgación. Más teórico que real.

Y es que conviene poner de relieve que las normas que regulan expresamente esta materia son escasas y puntuales, salvo la regulación general de los funcionarios con habilitación de carácter nacional, donde los cambios, al menos competencialmente, han sido notables. Y, con ello, y no habiéndose producido la anunciada reorganización competencial que la LRSAL anunciaba los resultados son, a salvo de las disfunciones en la estructura de los recursos humanos como consecuencia de las normas presupuestarias, mucho más limitados que lo que podríamos haber pensado en el momento de su entrada en vigor.

Los cambios y el impacto más visible, me refiero a los que han acontecido realmente, han tenido como protagonista principal no esta norma, sino las limitaciones a la gestión de personal que las distintas normas presupuestarias han establecido, tanto en lo que se refiere a la reposición de efectivos y a las restricciones para contratar, como a las limitaciones retributivas que también se han establecido¹.

Hay un punto de partida que no podemos ignorar como es la complejidad, diversidad y variedad presentes en la Administración Local española. Partiendo de esta realidad, comúnmente aceptada, desde el primer momento se advirtió que las posiciones de las distintas formaciones políticas eran discrepantes acerca del alcance, naturaleza y sentido de los cambios y transformaciones que era necesario introducir en el ámbito local. De ahí que, en la práctica, la reforma no haya alcanzado la profundidad y amplitud que se pretendía sin ignorar los errores

¹ En torno a este punto, y por todos, puede verse mi trabajo "Sostenibilidad de la Economía Local: ¿estamos reordenando nuestra Administración y el empleo público para que sean competitivos y estratégicos para el desarrollo", en el volumen colectivo *Estudios jurídicos sobre economía urbana sostenible*, UIM, , 2013, pág. 39 y ss. Más reciente puede consultarse SOSPEDRA NAVAS, F.J., "El empleo público local: las medidas de ajuste y racionalización derivadas de la crisis económica", *Cuadernos de Derecho Local*, nº 36, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2014. Asimismo, JIMENEZ ASENSIO, R., "La política de recursos humanos del sector público en un contexto de contención fiscal: impactos inmediatos, mediatos y a largo plazo (especial referencia al ámbito local): ¿una transformación de la institución del empleo público? y BOLTAINA BOSCH, X., "La gestión de recursos humanos en una época de crisis: el personal de nuevo ingreso, la interinidad y la temporalidad. Los procesos de funcionarización del personal laboral", ambos en *La reforma del sector público* (coordinado por F. Castillo Blanco), Instituto García Oviedo, Sevilla, 2014. De enorme interés resulta, asimismo, la consulta al blog *La mirada institucional* de Rafael Jiménez Asensio.

de diseño que la propia norma contiene lo que no nos puede llevar a concluir que, sin embargo, la misma no haya introducido contradicciones y disfunciones en el régimen jurídico del personal al servicio de las entidades locales. Ahora lo veremos.

Pero para realizar un balance de lo acontecido procedamos a analizar, de forma sistemática, las distintas medidas con impacto en materia de personal que la misma incluye en su articulado.

I. MEDIDAS DE LA LRSAL EN MATERIA DE RÉGIMEN JURÍDICO DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ENTIDADES LOCALES.

1. Los cambios en el régimen de fuentes del personal al servicio de las entidades locales.

La nueva normativa, y así se ha puesto de relieve por la doctrina más solvente, en principio no modifica el régimen de fuentes del personal al servicio de las Administraciones locales lo que no significa que no suponga un cierto replanteamiento². Sin embargo, y esto ha de ponerse de relieve, las referencias realizadas al régimen de fuentes no solo son innecesarias sino que introducen una cierta confusión respecto de la situación anterior establecida por el EBEP que había pretendido que fuera la legislación de empleo público la que abordarse la regulación del personal al servicio de las AAPP reservándose la legislación de régimen local para aquellos aspectos en los que la organización y funcionamiento de los entes locales estuviese imbricada con los aspectos referidos al empleo público (por ejemplo los funcionarios con habilitación de carácter estatal u otras materias como el régimen y situaciones administrativas del personal en la administración instrumental local)³. Se pretendía, con ello, resolver la problemática que presentaba el carácter bifronte de la legislación local y de empleo público.

Las consecuencias de dicha decisión normativa establecida en el EBEP no eran meramente teóricas y, cuestiones como la jornada de trabajo o el régimen del personal eventual, pusieron de relieve la importancia de la prevalencia de las normas establecidas en la legislación de empleo público sobre las establecidas en la normativa local.

De esta forma, y a tenor del nuevo artículo 92 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL):

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 (EBEP), por la restante legislación del Estado en materia de función pública, así como por la legislación de las Comunidades Autónomas, en los términos del art. 149.1.18 de la Constitución.

²Puede verse, a este respecto, el trabajo de FUENTETAJA PASTOR, J., "Incidencia de la Ley 27/2013, de Racionalización y sostenibilidad de la Administración Local en la Función Pública Local", en el volumen colectivo *La Función Pública Local: Del Estatuto Básico a la Ley de Reforma local de 2013*, Thomson-Reuter Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs.. 25 y ss.

³Recordemos que el artículo 3 del EBEP establecía que "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".

Este artículo 92 es, sin duda, importante en esta materia, puesto que establece un alambicado sistema de fuentes para los funcionarios locales, dando preferencia aplicativa a la LRBRL sobre el EBEP lo que, en principio, y siendo ambas normas básicas, no presenta problema normativa alguno si salvamos lo ya referido dado el principio de especialidad⁴ y la coherencia sobre el sistema establecido en esta última norma que hacía descansar, salvo en lo prevenido en la legislación local, en la normativa autonómica y en la propia labor normativa de las entidades locales en virtud de la autonomía local constitucionalmente garantizada.

De esta forma, la referencia contenida al resto de la legislación del Estado en materia de función pública, aparentemente por delante de la normativa autonómica, no hace sino confundir al interprete ya que, en sus estrictos términos, difícilmente podría mantenerse constitucionalmente esa preferencia aplicativa –en lo que no sea básico- que, por ello, ha de reconducirse con arreglo a la referencia final del apartado, es decir, en los términos del artículo 149.1.18 CE. Más grave es aún, por la falta de sensibilidad con respecto a la autonomía local, que no se haga la menor referencia a las normas locales que pudieran dictar, en desarrollo del EBEP y las remisiones que éste contiene, las entidades locales.

Esa aparente prelación de fuentes como resulta notorio es de dudosa constitucionalidad, en sus estrictos términos, y, además, es una materia que ya la STC 214/1989, declaró que no debía ser objeto de regulación. En suma se añade confusión al panorama que pretendió clarificar el EBEP.

2. Reserva de funciones a los funcionarios públicos locales.

De mayor calado puede conceptuarse esta modificación de su régimen jurídico⁵. Conforme a la nueva normativa, apartado segundo,

"con carácter general, los puestos de trabajo en la Administración local y sus organismos Autónomos serán desempeñados por personal funcionario".

Se ha de reparar, además, que la nueva legislación deroga la Disposición Adicional Segunda del EBEP en la que, entre otros aspectos, se contenían las funciones públicas que se reservaban a los funcionarios.

⁴A juicio de SERRANO PASCUAL, A., "El empleo público en la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local: claroscuros y falta de apuesta firme por la modernización y por un modelo funcional de lucha contra la corrupción", *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, nº 5, págs. 590 y ss "el citado art. 92 aparece ahora desajustado y con una clara incorrección técnica, ya que pretende situar en lugar preeminente a la LRBRL, blindándola, cuando sin embargo puede ser objeto de modificación por otra legislación básica posterior (leyes de Presupuestos Generales del Estado, legislación básica de empleo público...).

159/2001— ha reconocido que tiene una singular y una específica naturaleza y posición en el ordenamiento jurídico (STC 259/1988), integrándose sin dificultad en aquella parte que sea concreción de principios constitucionales dentro del llamado bloque de constitucionalidad; hay que pensar también que, no obstante su carácter estructural, en caso de conflicto con otra legislación básica, debería resolverse interpretativamente acudiendo al criterio de preferencia de la legislación básica posterior".

⁵Con similar opinión se expresa SANCHEZ MORÓN, M., "El impacto de la reforma de la Administración Local en el empleo público", en *Anuario de Gobierno Local. ¿Un nuevo gobierno local en España? La reforma de la Administración Local en la Ley 27/2013*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2014, pág. 77

Y en su apartado 3 establece cuál es la reserva de funciones que, en todo caso, debe corresponder a los funcionarios públicos, recuperando la vieja regulación de la Ley de Bases, a la que añade lo previsto en el artículo 9.2 EBEP. Reiteración de normas innecesaria por demás.

Este nuevo planteamiento planteaba, como mínimo, un cambio de concepción respecto del espíritu que alumbró el EBEP. Me explico.

Y es que, como es conocido, el EBEP había derogado el antiguo art. 92 de la LRBRL que, de facto, había establecido mediante cláusulas generales (ejercicio de autoridad y aquellas funciones que garanticen mejor la objetividad, la imparcialidad, y la independencia en el ejercicio de la función) una prevalencia del régimen funcionarial sobre el laboral. A diferencia de este el EBEP había pretendiendo establecer unos elementos mínimos de definición de lo que significa el vínculo funcionarial 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, la que concretaría dicho aspecto optando por un empleo público, incluido el local, en mayor o menor medida funcionarizado⁶.

De esta forma, del principio previsto en el EBEP basado en una 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)⁷, se pasa a una regulación en las Administraciones locales en las que "con carácter general" deben ser ocupados por funcionarios públicos⁸.

Con la nueva Ley se enfatiza que a los funcionarios de carrera les debe corresponder exclusivamente el ejercicio de aquellas funciones propias de potestades públicas, así como las que impliquen ejercicio de autoridad, y en general, aquellas que en desarrollo de dicha Ley, se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función (nuevo art. 92 de la LRBRL). Y si bien esta nueva norma no es exactamente idéntica al antiguo 92 derogado hace varios años, si que sigue la senda que marcó el mismo disminuyendo, con ello, la capacidad normativa de las Comunidades Autónomas para ejercer su competencia legislativa e imponiendo un modelo mucho más uniforme a favor del régimen funcionarial.

⁶Lo que ha merecido el juicio positivo de algunos autores. Véase SERRANO PASCUAL, op. cit., que expone que: "Con ello se podrá poner coto, por fin, a la huida del derecho administrativo, a través de unas plantillas sobredimensionadas de personal laboral, en detrimento del personal funcionario, cuyo sistema de selección ha adolecido en muchas ocasiones de una falta de acomodación a los principios constitucionales de mérito y capacidad, y del respeto, en suma, a la igualdad de oportunidades, así como de cumplimiento de la necesaria publicidad de la convocatoria, según ha sucedido en numerosas entidades locales".

⁷No sin cierta, también, confusión por el juego del artículo 9.2 y la Disposición Adicional Segunda de dicho texto legal como ha puesto de relieve FUENTETAJA PASTOR, J., op.cit., págs. 40 y ss.

⁸A estos efectos, y sobre el impacto que dichos términos (objetividad, imparcialidad e independencia) tienen en la determinación de los puestos de trabajo que han de ser reservados a funcionarios, puede verse la STS de 19 de octubre de 2005. Como argumenta FUENTETAJA PASTOR, J., op. cit., más adelante (pag. 44), dichos conceptos jurídicos indeterminados son sobre los que ha de fundamentarse –por su inexistencia– la creación de puestos de trabajo reservados a personal laboral que, en opinión del autor, por imperativos constitucionales han de considerarse la excepción a la regla general establecida de preferencia del régimen funcionarial. En torno a este punto puede verse, asimismo, el trabajo del mismo autor "Función pública local y reforma local" y de GARCIA RUBIO, F., "El personal laboral de las entidades locales tras la LRSAL" ambos publicados en Cuadernos de Derecho Local, nº 37, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2015.

Para la gestión de los servicios públicos de competencia local, además, se refuerza la idea de considerar cuándo se ejercen funciones de autoridad, en este caso reformulando el art. 85.2 para que se tenga en cuenta lo que dispone el art. 9 EBEP sobre funcionarios públicos. De esta forma, en el artículo 85.2 in fine LRBRL se vincula la forma de gestión de los servicios públicos por la que se opte con lo dispuesto en el artículo 9 del EBEP (funciones reservadas a funcionarios públicos)⁹.

Llama poderosamente la atención, sin embargo, que curiosamente no haya un reenvío en dicho precepto a lo previsto en el nuevo artículo 92 LRBRL lo que, de nuevo, nos introduce en una confusión que parece que habrá que atribuir a una incorrección técnica del legislador.

Por tanto, y en conclusión, la LRSAL vuelve a introducir dos cláusulas generales de indudable alcance cuyo resultado no podría ser otro, de cumplirse en sus términos pues de todos es conocida la complejidad del mundo local, que la estructura de personal de las entidades locales estaría compuesta principalmente, sino prácticamente en su integridad, por personal funcionario siendo el personal, sujeto a régimen jurídico laboral, la excepción. Otra cosa es lo que esté sucediendo en la práctica y, más aún, con las bolsas de contratados temporales generadas como consecuencia de las medidas de ajuste y contención de plantillas.

Otras normas dictadas en este tiempo, en paralelo a la reforma local, han flexibilizado, sin embargo, la provisión de puestos de trabajo reservadas, hasta ese momento, a determinados cuerpos¹⁰.

3. Nueva regulación de los interinos.

De absolutamente kafkiana puede calificarse la polémica suscitada en algunos ámbitos, a propósito del personal interino, por la nueva redacción otorgada al artículo 92 y que, en opinión de algunos, limitaría la posibilidad de desempeño de puestos de trabajo por el personal interino al referirse dicho precepto a funcionarios de carrera.

Injustificadas prevenciones ya que, a mi juicio, lo previsto en dicho apartado ha de complementarse con lo previsto en la regulación general, básica y complementaria del art.10.1 del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), que dispone: "*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*" Y así, la clave interpretativa radica en que el EBEP considera interinos a los que son "*nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera*" mientras el artículo 92 se limita a señalar, sin excluir su desempeño por funcionarios interinos, las funciones reservadas a los funcionarios de carrera.

⁹En concreto se establece que "La forma de gestión por la que se opte deberá tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 9 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, en lo que respecta al ejercicio de funciones que corresponden en exclusiva a funcionarios públicos".

¹⁰Así ha sucedido con determinadas funciones de las fuerzas y cuerpos de seguridad en los municipios de gran población. En efecto, en estos ya no será necesario que para las funciones de ordenación, señalización y dirección del tráfico en el casco urbano exista o se cree un cuerpo específico, puesto que dichas funciones se podrán atribuir a personal funcionario de la propia corporación, sin que se integre en la policía local (Párrafo primero del número 3 del artículo 53 redactado por la disposición final primera de la L.O. 9/2013, de 20 de diciembre, de control de la deuda comercial en el sector público).

De mayor enjundia dada la artificialidad de la anterior polémica son los cambios introducidos en el personal interino por la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa. En efecto, y como es conocido, dicha Ley introduce algunos cambios en el régimen jurídico establecido en el EBEP. A saber, el artículo 28 de la Ley citada establece dos importantes modificaciones del artículo 10 del EBEP:

Por un lado se acota el supuesto de nombramiento de funcionarios interinos para la ejecución de programas de carácter temporal estableciendo que dichos programas no podrán tener una duración superior a tres años, aunque se establece la posibilidad de ampliación hasta doce meses más por las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del EBEP.

Por otro lado, y con mayor enjundia dirigido a facilitar la movilidad de personal, se añade un nuevo apartado 6 a ese artículo que establece 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.

II. EL NUEVO RÉGIMEN DE LOS FUNCIONARIOS CON HABILITACIÓN DE CARÁCTER ESTATAL: ESPECIAL REFERENCIA A LOS FUNCIONARIOS QUE DESARROLLEN LAS TAREAS DE INTERVENCIÓN.

El artículo 92 bis LBRL recibió una nueva regulación de los que (de nuevo) serían denominados funcionarios con habilitación de carácter nacional. Los cambios más significativos son los siguientes:

- Se produce una clara recentralización de atribuciones en manos de la AGE¹¹. De esta forma, su regulación esencial se atribuye al ámbito estatal y gran parte de las competencias ejecutivas quedan en manos del Estado¹², con la excepción del País Vasco y

¹¹Lo que ha merecido el aplauso de los autores pertenecientes a estos Cuerpos, que han mostrado su opinión, tras la experiencia vivida tras su interiorización autonómica. Lo cierto es que la experiencia implementada tras el EBEP no ha sido totalmente positiva —por cierto solución no compartida por la Comisión— y es que durante los seis años de su vigencia, se ha producido un abultado descenso en el número de plazas convocadas por las Comunidades Autónomas, en relación a las que venía convocando el Estado; con la correspondiente falta de funcionarios para proveer puestos de trabajo de existencia preceptiva, así como la negación en muchos ámbitos territoriales —la mayoría— del derecho a la carrera profesional por promoción interna para los colectivos afectados. Una cierta crítica al régimen existente se puede encontrar en el Informe del Tribunal de Cuentas de 23 de febrero de 2012.

¹²De esta forma, es de destacar que en materia de selección —oferta de empleo, selección, formación y habilitación—, el Estado recupera la plenitud de funciones, lo que, a priori, solventa los problemas de coordinación que el EBEP provocaba.

Por su parte, y en materia de provisión de puestos de trabajo, la estructura de los sistemas de provisión se mantendría, si bien se incorporarían algunas novedades. En cuanto al sistema de concurso, cuyo ámbito pasa ahora a ser estatal, los nuevos porcentajes de méritos suponen un refuerzo a favor de los estatales —que tendrán un peso mínimo del 80% de la puntuación total, en cualquiera de los dos concursos. El derogado art. 99 de la

Navarra (Disposición Adicional Segunda. 7 y Tercera LRSAL)¹³. En este sentido, se introducen cambios en materia de selección, provisión de puestos de trabajo¹⁴, situaciones administrativas y régimen disciplinario sobre el que, además, se anunciaría una nueva normativa¹⁵.

LRBRL fijaba unos porcentajes del 65%, 10% y 25% del total posible para méritos fijados por Estado, CCAA, y Entidades Locales, respectivamente. El nuevo artículo 92 bis de la LRBRL fija esos porcentajes en un 80%, 15% y un 5% del total posible. Se establecen, de otro lado, normas sobre permanencia en puestos de trabajo para dar respuesta a la problemática suscitada con los numerosos cambios de puesto de trabajo de estos funcionarios (párrafo 8º).

La regulación de las situaciones administrativas, igualmente, pasaba al Estado, eliminando la disparidad existente desde la aprobación del EBEP, tanto en lo relativo a los supuestos de cada una de ella como a su declaración y efectos de ella derivados.

Pero, además, se recuperaba amplias facultades ejecutivas, entre otras:

- Informe preceptivo previo de la AGE para el cese de aquellos funcionarios que tengan atribuida las funciones de Intervención-Tesorería.
- Registro de funcionarios con habilitación de carácter nacional.
- Incoación de faltas muy graves establecidas en la normativa estatal (competente para nombrar instructor y decretar o alzar la suspensión provisional).
- Imposición de sanciones por faltas muy graves.

¹³En el País Vasco todas las facultades previstas el artículo 92 bis y concordantes de la LRBRL respecto de los funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional serán ostentadas por las instituciones competentes de dicha Comunidad Autónoma.

Igualmente tampoco estas normas son de aplicación en la Comunidad Foral de Navarra, ya que las funciones reservadas no se ejercen en esa Comunidad Autónoma por habilitados nacionales sino por personal funcionario con habilitación conferida por la Administración de la Comunidad Foral – Disposición Adicional Tercera de la LRBRL y artículo 234 de la Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, de Régimen de la Administración Local de Navarra.

¹⁴Respecto de este punto merece la pena destacar los trabajos de CELMA ALONSO, P., “El concurso de provisión de puestos de trabajo de los Funcionarios de Administración Local con Habilitación de Carácter Nacional” y el de VERA TORRECILLAS, R.J., “La libre designación de los puestos reservados a Secretarios, Interventores y Tesoreros de Habilitación Nacional”, ambos en el volumen colectivo *La Función Pública Local: Del Estatuto Básico a la Ley de Reforma local de 2013* (Dir. A. Fuentetaja Pastor), Thomson-Reuter Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs..

¹⁵Su régimen disciplinario se aborda con detalle en los apartados 10 y 11 de este nuevo art. 92 bis; señalando, en el primero de ellos, que son órganos competentes para la incoación de expedientes disciplinarios a los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional, los siguientes:

- a) El órgano correspondiente de la corporación, donde el funcionario hubiera cometido los hechos que se le imputan, cuando pudieran ser constitutivos de falta leve.
- b) La Comunidad Autónoma, respecto a funcionarios de corporaciones locales en su ámbito territorial, salvo cuando los hechos denunciados pudieran ser constitutivos de faltas muy graves tipificadas en la normativa básica estatal.
- c) El Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas cuando los hechos denunciados pudieran ser constitutivos de faltas muy graves, tipificadas en la normativa básica estatal —debiera decir también, y habrá que considerarlo sobreentendido, cuando se trate de funcionarios por hechos cometidos en distinta Comunidad Autónoma—.

El órgano competente para acordar la incoación del expediente, según este apartado, lo será también para nombrar instructor del mismo y decretar o alzar la suspensión provisional del expedientado, así como para instruir diligencias previas antes de decidir sobre tal incoación. La instrucción del expediente se efectuará por un funcionario de carrera de cualquiera de los Cuerpos o Escalas del Subgrupo Al de titulación, incluida la Escala de funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional, que cuente con conocimientos en la materia a que se refiere la infracción.

Según el apartado 11 de este mismo art. 92 bis, son órganos competentes para la imposición de sanciones disciplinarias los siguientes:

- a) El ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, cuando la sanción que recaiga sea por falta muy grave, tipificada en la normativa básica estatal —hay que entender también que para los hechos cometidos en distinta Comunidad Autónoma—.
- b) La Comunidad Autónoma, cuando se trate de imponer sanciones de suspensión de funciones y destitución, no comprendidas en el párrafo anterior.
- c) El órgano local competente, cuando se trate de imponer sanciones por faltas leves.

- Las CCAA conservan: méritos específicos en concursos (hasta un 15%) y competencias ejecutivas en materia de nombramientos provisionales, comisiones de servicio, acumulaciones, nombramientos de personal interino y de personal accidental. Asimismo competencias en materia de incoación de expedientes disciplinarios por faltas graves y muy graves cuando la Comunidad Autónoma haya legislado sobre esta materia más allá de lo prevenido en el artículo 95 EBEP.
- Se amplió, en medio de una crítica generalizada, el ámbito de los puestos que pueden ser cubiertos por el sistema de libre designación¹⁶, aunque los que desarrollen funciones de tesorería e intervención se sujetan a determinados requisitos formales en su proceso de nombramiento y cese, con intervención del MHAP¹⁷.

En cuanto a las funciones, el colectivo mantiene reservadas exactamente las mismas que le atribuía el apartado 1.2 de la Disposición adicional segunda EBEP, así como su antecesor, el

La sanción se ejecutará en sus propios términos, aún cuando en el momento de la ejecución, el funcionario se encontrara ocupando un puesto distinto a aquel en el que se produjeron los hechos que dieron lugar a la sanción. La sanción de destitución implicará la pérdida del puesto de trabajo, con la prohibición de obtener destino en la misma Corporación en la que tuvo lugar la sanción, en el plazo que se fije, con el máximo de seis años, para las faltas muy graves, y de tres años para las faltas graves, y la sanción de suspensión de funciones tendrá una duración máxima de seis años, para las faltas muy graves, y de tres años para las faltas graves.

De otro lado, se contempla una nueva sanción: la destitución y se modula la sanción de suspensión.

¹⁶Lo que ha sido criticado por ser contradictorio con lo que dice perseguir la propia Disposición. De esta forma, SERRANO PASCUAL, op. cit., ha expuesto que “sorprende que se hable de garantizar la profesionalidad de los funcionarios con habilitación de carácter nacional, justificando así la nueva regulación parcial de su régimen jurídico, y que, sin embargo, se mantenga y amplíe el alcance de las entidades locales que pueden utilizar el mecanismo «supuestamente excepcional» de provisión de puestos de trabajo reservados a los habilitados, a través de la libre designación; lo que resulta clamorosamente contradictorio con el objetivo de la reforma que se pretende llevar a cabo, que no compensa algunas de las mejoras que sí se llevan a cabo en materia de concursos, sino que arroja sombras razonables de duda sobre la verdadera finalidad de esta reforma”. Y es que, en efecto, tras su aprobación los puestos de trabajo a cubrir por el citado sistema serán los municipios incluidos en el ámbito subjetivo definido en los arts. 111 (capitales de provincia o de Comunidad Autónoma, o población de derecho igual o superior a 75.000 habitantes, precepto referido a la cesión de impuestos del Estado) y 135 (también referido a cesión de impuestos del Estado a las provincias) del Texto Refundido de la Ley Reguladora de Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, así como las Diputaciones Provinciales, Áreas Metropolitanas, Cabildos y Consejos insulares, y las ciudades con estatuto de autonomía de Ceuta y Melilla, entre funcionarios de la subescala y categoría correspondientes.

¹⁷Lo que no es suficiente. SERRANO PASCUAL, op. cit. expone no deja de sorprender que no nos escandalicemos ante un nombramiento efectuado por libre designación a un Interventor o a un Secretario y sí lo hagamos ante su cese, olvidando que el problema está en la raíz, es decir en la existencia de la libre designación que permite saltarse el escalafón sin pudor y propiciar a partir de ahí la sombra de todo tipo de corruptelas.

¿Alguien puede encontrar justificado que el Secretario o el Interventor, exclusivamente en razón de la población, pueda ser nombrado y cesado libremente, por más que se haya intentado maquillar con alguna engañosa cautela en el caso del órgano interventor? ¿Tiene alguna lógica tamaño disparate, salvo que estamos en presencia de un descarado y burdo control de la política sobre la Administración?

Las autorizaciones o informes de la Administración del Estado para cubrir por libre designación las funciones de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, la gestión tributaria y la contabilidad, tesorería y recaudación, son un parche contrario además a la autonomía local, cuando lo correcto es eliminar la provisión por libre designación para los funcionarios con habilitación de carácter nacional, cuyos nombramientos no tienen en cuenta el historial profesional que señala, como un paño caliente, la de por sí rechazable STC 235/2000.

antiguo art. 92.3 LRBRL¹⁸, si bien el nuevo art. 92bis, párrafo 1, parece querer garantizar que en estas funciones no haya posibilidad de duplicidad entre funcionarios y funcionarios de habilitación nacional, residenciando exclusivamente en estos últimos su ejecución¹⁹.

Hay que advertir, en todo caso, que si bien durante buena parte de la tramitación parlamentaria de la LRSAL, la «gestión tributaria» figuró junto a las anteriores funciones, tal referencia desapareció durante la tramitación del Proyecto de Ley en el Senado.

La LRSAL también desarrolla y matiza el ejercicio de determinadas funciones propias de intervención mediante la modificación del TRLRHL²⁰. En ese sentido, el nuevo art. 213 TRLRHL desarrolla el alcance del control interno, anticipando —y legitimando competencialmente— un desarrollo estatal, entre otras cuestiones, de los procedimientos de control, metodología de aplicación, criterios de actuación, así como los «derechos y deberes del personal controlador» pareciendo establecer, respecto de éstos, un especial status para garantizar el ejercicio de sus funciones. Por su parte, la nueva redacción del art. 218 TRLRHL fortalece el alcance del «informe sobre resolución de discrepancias», mediante la regulación de determinados aspectos de contenido y procedimiento.

Por último, la Disposición adicional 7.a LRSAL previó la posibilidad de que la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE) firme Convenios de colaboración con Entidades Locales para la realización de actuaciones de apoyo en materia de intervención, desarrollando así una previsión ya contemplada en la LGP.

¹⁸Decisión que no ha satisfecho, en general, al colectivo que reclamaba un mayor protagonismo del Secretario. Así SERRANO PASCUAL expone que la LRSAL, lamentablemente, sigue sin afrontar la necesaria atribución expresa a la Secretaría de funciones que deben considerarse imprescindibles para contribuir al sometimiento pleno a la ley y al derecho de las entidades locales, como son: el asesoramiento jurídico no limitado al de carácter preceptivo; la jefatura de los servicios jurídico-administrativos; la coordinación administrativa; la concreción del alcance de la fe pública, no reducida al mero juicio de veracidad, sino también al juicio y control de legalidad; la atribución más clara del contenido directivo de sus puestos, y, asimismo, la posibilidad de atribución de funciones distintas o complementarias al secretario de la corporación, en línea con lo ya previsto actualmente en el art. 166 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, entre las que ha de estar su protagonismo en los nuevos gobiernos abiertos que se desea desde la ciudadanía, exigente de la transparencia de sus instituciones, como mecanismo imprescindible para su participación en la vida pública.

¹⁹Es preciso hacer referencia, en relación a la reserva de funciones de estos funcionarios, al trabajo de FERNANDEZ RODRÍGUEZ, C., «La reserva de funciones locales a funcionarios de habilitación estatal» en el volumen colectivo *La Función Pública Local: Del Estatuto Básico a la Ley de Reforma local de 2013*, Thomson-Reuter Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 421 y ss. que concluye que el sistema de habilitación estatal es un sistema apto para garantizar un conocimiento especializado, pero éste requiere de las garantías necesarias para que los mismos desarrollen su función con independencia orgánica y funcional.

²⁰Bien es cierto que matizando los anteproyectos anteriores ante la fuerte oposición de la FEMP y resto de federaciones y asociaciones municipales. En este sentido, ya no recogió la previsión contenida en versiones del anteproyecto de esta ley, en las que en el [art. 7.4 LRBRL](#), se requería expresamente el informe del interventor sobre la sostenibilidad financiera para ejercer competencias no previstas en la ley, así como para desarrollar actividades económicas de las nuevas competencias. Asimismo, la LRSAL tampoco contiene la previsión de algunos anteproyectos de la ley, a propósito del art. 61 bis LRBRL, apartado 2, en el que se reflejaba que el interventor del municipio o el órgano que ejerza la tutela financiera comunicaría a la diputación u órgano equivalente la concurrencia de lo previsto en el apartado primero de dicho precepto (que se refería a la «intervención» de municipios con población de menos de 5000 habitantes). En el plazo máximo de un mes desde la recepción de esta comunicación, la diputación u órgano equivalente debía adoptar por mayoría simple, previo informe del órgano que ejerza la tutela financiera, el acuerdo de intervención temporal del municipio. Transcurrido este plazo sin haberse adoptado el acuerdo, se entenderá aprobado.

El Estado, con arreglo a esta nueva regulación de dichos funcionarios anunció una nueva normativa de los mismos que, por razones que desconocemos²¹, no ha visto la luz en la legislatura y que recibió alegaciones y sugerencias por parte del Colegio Nacional que agrupa a éstos por lo que, mientras tanto, sigue rigiendo las normas transitorias establecidas²².

Lo que si vio la luz²³, y creó la correspondiente polémica y con razón, fue una nueva modificación del artículo 92 bis en virtud de la cual la Subescala de Secretaría-Intervención parecía asumir, también las funciones de Tesorería²⁴. El Ministerio se vio obligado, como en tantos otros aspectos de la LRSAL, a publicar una “nota informativa” en que se aclaraba el alcance de dicha disposición²⁵.

²¹El último borrador conocido es de diciembre de 2014 y en éste se delimitaban las funciones de los mismos y se daba regulación a las cuestiones referidas en el cuerpo de este estudio. Dicho borrador fue objeto de alegaciones en las que, junto a señalar el papel que una norma reglamentaria tiene en la materia referida, se realizaba observaciones a todo el articulado de la norma propuesta en el sentido de reforzar el papel de estos funcionarios y garantizar su imparcialidad e independencia. Así, y a título de ejemplo, se proponía incluir la gestión tributaria y se detallaba, con mayor énfasis, la función de Secretaria.

²²De esta forma, sigue en vigor las disposiciones transitorias establecidas (Disposición Transitoria Séptima) que establecía que, en tanto no entre en vigor el Reglamento previsto en el artículo 92 bis de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, y en todo aquello que no se oponga a lo dispuesto en esta Ley, mantiene su vigencia la normativa reglamentaria referida a los funcionarios incluidos en el ámbito de aplicación del citado artículo.

Y es que numerosas cuestiones dependían de dicho desarrollo reglamentario, sa saber: el artículo 92 bis contiene una remisión al desarrollo reglamentario en ese apartado 8 para nombramientos provisionales; la misma remisión la encontramos en el apartado 4 respecto de la creación, clasificación y supresión de puestos reservados, del régimen disciplinario y de las situaciones administrativas; en el apartado 5 respecto de la aprobación de las bases y programas para la selección y formación de estos funcionarios, y en el apartado 6 respecto de las especialidades correspondientes de la forma de provisión de puestos.

Y sobre todos estos aspectos, incluidos los nombramientos provisionales (no sin cierta problemática interpretativa), lo que viene a decir esta disposición transitoria es que se seguirán rigiendo por la normativa reglamentaria vigente con anterioridad a la entrada en vigor de la LRSAL “en todo aquello que no se oponga a lo dispuesto en esta Ley”, hasta que se aprueben los nuevos Reglamentos.

²³El artículo 3 del Real Decreto-ley 10/2015, de 11 de septiembre, por el que se conceden créditos extraordinarios y suplementos de crédito en el presupuesto del Estado y se adoptan otras medidas en materia de empleo público y de estímulo a la economía, modifica el apartado 2 del artículo 92 bis de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local en los siguientes términos: “La escala de funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional se subdivide en las siguientes subescalas:

a) Secretaría, a la que corresponden las funciones contenidas en el apartado 1.a) anterior.
b) Intervención-tesorería, a la que corresponden las funciones contenidas en el apartado 1.b).
c) Secretaría-intervención a la que corresponden las funciones contenidas en los apartados 1.a) y 1.b).”

²⁴De hecho, la Disposición transitoria séptima recibió inclusive una nueva redacción por la Disposición Final segunda de la Ley 18/2015, de 9 de julio, por la que se modifica la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público para establecer, hasta 31 de diciembre de 2016, de forma excepcional, que cuando en las Corporaciones Locales cuya población sea inferior a 20.000 habitantes quede acreditado mediante informe al Pleno, la imposibilidad de que las funciones de tesorería y recaudación sean desempeñadas por un funcionario de Administración Local con habilitación de carácter nacional, ya sea con carácter definitivo, provisional, acumulación o agrupación, dichas funciones podrán ser ejercidas por funcionarios de carrera de la Diputación Provincial o entidades equivalentes, de acuerdo con lo previsto en el [artículo 36 de la Ley 7/1985, de 2 de abril](#), o cuando quede acreditado que esto no resulta posible, por funcionarios de carrera que presten servicios en la Corporación Local. En ambos casos, deberán ser funcionarios de carrera y actuarán bajo la coordinación de funcionarios del grupo A1 de las Diputaciones Provinciales o entidades equivalentes.

²⁵En dicha nota, de octubre de 2015, se aclaraba que, en tanto no exista un desarrollo reglamentario que regule el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, se considera por este Centro Directivo que el desempeño de funciones de tesorería en municipios de menos de 5.000 habitantes podrá articularse mediante alguna de las siguientes posibilidades:

- Mediante agrupación de tesorería, que haya sido establecida por la respectiva Comunidad Autónoma;
- Mediante un puesto de colaboración, reservado a funcionario con habilitación de carácter nacional;

Como puede verse “tirar y no dar” salvo en las urgencias del correspondiente Ministerio en cuanto al control de déficit público. Ciertamente, y no cabe no hacer referencia a ello, la situación de este personal, clave en el funcionamiento diario de las entidades locales dadas las funciones que ejerce, no es tarea fácil. Ni fácil ni puede dejar contentos a todos ya que existen intereses encontrados entre las legítimas aspiraciones de éstos, en algunos casos de elemental lógica, y el estamento político de las entidades locales que, a menudo, valora muy negativamente y con notorias prevenciones el papel que a estos se les asigna²⁶. Tal vez en ello radique el retraso en la aprobación de la norma reglamentaria.

III. LAS LIMITACIONES EN LA POLITICA RETRIBUTIVA DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ENTIDADES LOCALES.

La Ley 27/2013, en el contexto de austeridad en que se dictó, buscaba el control de los salarios del personal al servicio de las Administraciones locales a través de varios instrumentos: por una parte a través de su limitación en las Leyes de presupuestos; por otra, mediante obligaciones específicas de las propias corporaciones locales en la aprobación de dichos límites y en su publicación electrónica; por último, estableciendo la norma, en si misma, limitaciones en ciertos supuestos.

Por lo que hace referencia al primer asunto, el art. 75.bis de la LRBRL remite a los Presupuestos Generales del Estado la determinación, con carácter anual, de un límite máximo y mínimo total que por todos los conceptos retributivos pueda percibir el personal al servicio de las entidades locales y entidades de ellas dependientes "en función del grupo profesional de los funcionarios públicos o equivalente del personal laboral, así como de otros factores que se puedan determinar en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado".

Y es que el nuevo art. 75 bis .4 LRBRL, invocando la LOEPSF así como el art. 93.2 LRBRL, señala que las LLPGE de cada año podrán fijar «un límite máximo y mínimo total» que, por «todos los conceptos retributivos» (lo que incluiría productividad y gratificaciones), pueda percibir el personal al servicio de las Entidades Locales y Entidades de ellas dependientes (sea

-
- Mediante la Diputación Provincial o entidades equivalentes o Comunidad Autónoma Uniprovincial que asuma estas funciones a través de sus servicios de asistencia técnica;
 - Mediante otro funcionario de Administración Local con habilitación de carácter nacional perteneciente a otro Municipio, a través de la acumulación de funciones con su puesto habitual.

De forma transitoria, con el fin de garantizar la actuación de la Entidad Local respectiva, en aquellos casos en que no sea posible aplicar ninguno de los criterios anteriormente señalados, y en tanto se articule alguno de ellos, la misma persona podrá desempeñar las funciones de secretaría, intervención y de tesorería.

En este mismo sentido, los secretarios interinos que actualmente desempeñen los puestos de secretaría, clase tercera en Ayuntamientos y Agrupaciones de Municipios constituidas para tal fin, podrán seguir ejerciendo, igualmente, las funciones de tesorería, como propias de dichos puestos.

La misma nota, huelga hacer referencia al escaso valor de dicho instrumento, establecía un procedimiento para hacer efectivas las dos últimas previsiones relativas al desempeño de estos puestos por funcionarios de la Diputación Provincial o funcionarios propios.

²⁶De dicha tensión se hace eco, así como en extenso de la nueva regulación introducida con la LRSAL, LOPEZ BENITEZ, M., “Autonomía e independencia funcional de los Funcionarios con Habilitación de Carácter Nacional en la nueva regulación establecida por la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local” en el volumen colectivo *La Función Pública Local: Del Estatuto Básico a la Ley de Reforma local de 2013* (Dir. A. Fuentetaja Pastor), Thomson-Reuter Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 111 y ss.

funcionario o laboral). De un modo, un tanto genérico e impreciso, el precepto indica que estos límites dependerán del «grupo profesional», así como de «otros factores» que se pudieran recoger en la LPGE.

Por el momento, y ya han transcurrido dos años, el artículo posee un carácter meramente enunciativo y habrá que esperar, en su caso, a ver qué alcance concreto tienen dichas limitaciones y cómo y con qué alcance se articulan, si llega a realizarse, por las articula el legislador presupuestario.

Lo grave es que este régimen supone enmarcar el régimen retributivo del personal funcionario y laboral al que se deben sujetar las Administraciones locales en el ámbito de las competencias estatales sobre complementos económicos al menos en lo que se refiere a su cuantía, limitando, por tanto, las posibilidades que, tanto las entidades locales, como las organizaciones sindicales a través de la negociación colectiva pueden realizar en materia de política retributiva.

Como un mecanismo adicional de control se ha de añadir que, en el nuevo art. 103bis de la LRBRL aprobado con la reforma, las entidades locales han de aprobar anualmente la masa salarial del personal laboral del sector público local respetando los límites y las condiciones que se establezcan con carácter básico en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado lo que no resultaba una novedad.

Lo verdaderamente relevante es lo referido a su «ámbito de aplicación», y es que el art. 103 bis define un ámbito de aplicación ampliado, estableciendo una particular delimitación del «sector público local» en su apartado 2 en línea con asegurar el control del gasto público. En ese sentido, el sector público local, ahí definido, no coincide con el sector público tal y como la define la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, ya que el art. 103 bis se acerca más a la definición que, tradicionalmente, se ha venido estableciendo como «sector público» en las sucesivas leyes de PGE, en línea con lo que dispone el art. 2.1 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria²⁷.

En ese sentido, el sector público local contemplado en el art. 103 bis alcanza a mayor número de las entidades que integran el Presupuesto General de la Entidad Local, tal cual este se define en el art. 164 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales. Con la definición efectuada en el art. 103 bis se disipan, pues, las posibles dudas que se suscitaban acerca de cuál

²⁷El apartado 2 dispone: La aprobación indicada en el apartado anterior comprenderá la referente a la propia Entidad Local, organismos, entidades públicas empresariales y demás entes públicos y sociedades mercantiles locales de ella dependientes, así como las de los consorcios adscritos a la misma en virtud de lo previsto en la legislación básica de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y de las fundaciones en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de las entidades citadas en este apartado.

b) Que su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades.

3. La masa salarial aprobada será publicada en la sede electrónica de la Corporación y en el Boletín Oficial de la Provincia o, en su caso, de la Comunidad Autónoma uniprovincial en el plazo de 20 días.

era el alcance subjetivo de las limitaciones establecidas en esta materia en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado²⁸.

En segundo lugar, en lo que atañe al cálculo, el precepto establece que la masa salarial se calculará respetando los límites y condiciones que se establezcan anualmente en la LPGE; condiciones que, por lo demás, se han venido tradicionalmente estableciendo con carácter básico en las LLPGE, por lo que el artículo no constituye novedad alguna. Sí constituye una novedad, digna de resaltar, la necesidad de que la Entidad Local articule un procedimiento de aprobación —o dependiendo del ente, de autorización— de la masa salarial para los diferentes entes de su sector público de la misma forma y manera que ya acontece en la Administración General del Estado. En todo caso, la masa salarial aprobada —o autorizada— tendrá carácter limitativo a efectos de negociación colectiva.

En materia procedimental, resultó novedoso el plazo de 20 días, habrá que entender computado desde la adopción del acuerdo de aprobación, que se establece en el apartado 3 del art. 103 bis para la publicación de la masa salarial aprobada en la sede electrónica de la Corporación y en el respectivo Boletín Oficial. ¿hubiera sido suficiente, como han señalado algunos autores²⁹, establecer la obligación de publicarla conforme al art. 70.2 LRBRL, máxime cuando ni siquiera el art. 169.3 TRLRHL dispone un plazo concreto para la publicación del Presupuesto General de la Entidad Local?

En relación a la última cuestión al principio del epígrafe apuntada, es decir, las limitaciones que en la propia norma se contemplan es de destacar lo referido a las retribuciones de contratos mercantiles y de alta dirección.

Y es que la LRSAL aborda, también de forma novedosa hasta ese momento, las retribuciones a percibir por los contratos mercantiles y de alta dirección suscritos por entes, consorcios, sociedades, organismos y fundaciones que conforman el sector público local, así como las atribuciones del Pleno sobre estas entidades y el número máximo de miembros de los órganos de gobierno (DA 12a).

Se incorpora, de esta forma, a la legislación básica del Régimen Local —al menos, parcialmente— la regulación y limitaciones establecidas para el sector público estatal a través de la Disposición adicional octava del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral y del Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo, por el que se regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades, que lo desarrolla.

Dicha operación normativa se realiza dando una nueva redacción a la vigente Disposición adicional duodécima LRBRL, sobre Información en materia de tutela financiera (que hasta ahora regulaba la reordenación de sociedades mercantiles), mediante la cual incorpora al ámbito local parte de las disposiciones estatales antes reseñadas, permitiendo que algunas cuestiones se desarrollen por cada Entidad Local, con cierto margen de autonomía. Entre

²⁸Puede verse, a este respecto, SANCHEZ MORÓN, M., op. cit., pág. 79 y DÍEZ QUESADA, A. y GONZÁLEZ-HABA GUIADO, V.M. “Innovaciones de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local en materia de empleo público y en el régimen retributivo de los miembros de las corporaciones”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, Nº 2, 2014.

²⁹DÍEZ QUESADA, A. y GONZÁLEZ-HABA GUIADO, V.M., op. cit.

aquéllas destaca, por ejemplo, la clasificación de las entidades del sector público local en tres grupos, cuestión que queda atribuida al Pleno de cada Corporación³⁰.

Ahora bien, aunque la normativa aplicable al sector público estatal define claramente cuál es su ámbito de aplicación, la nueva Disposición adicional duodécima LRBRL no define, sin embargo, cuál es «el sector público local». A juicio de los autores en notas pasadas referidos debería aplicarse, por analogía, la definición de sector público local que contempla el nuevo art. 103 bis LRBRL, si bien, en mi opinión y admitiendo dicha interpretación como una de las posibles, ha de entenderse excluidos a los Consorcios que, dependiendo de que aspectos, seguirán el régimen de la Administración a la que estén adscritos.³¹

Es de resaltar aquí que el art. 8.1 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, establece la obligación de hacer pública la información relativa a: «f) Las retribuciones percibidas anualmente por los altos cargos y máximos responsables de las entidades incluidas en el ámbito de la aplicación de este título. Igualmente, se harán públicas las indemnizaciones percibidas, en su caso, con ocasión del abandono del cargo»

³⁰La norma establecía, asimismo, un plazo de dos meses desde su entrada en vigor para adaptar los contratos celebrados con anterioridad y de tres meses para adaptar los estatutos de las entidades. Por otro lado establecía un límite cuantitativo consistente en que la adaptación no podría producir ningún incremento en relación a su situación anterior.

³¹En principio, y si nos atenemos al tenor literal de la norma, pareciera que habría que llegar a dicha conclusión y de esa opinión parecen ser algunos autores(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). 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 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.

IV. LAS AUSENCIA DE PREVISIONES EN LA LEY SOBRE DETERMINADAS CUESTIONES: TRANSFERENCIAS DE PERSONAL.

Hay que poner la voz de alerta en una cuestión: la LRSAL prevé, ya sabemos que solo eso prevé tras lo acontecido con los servicios sociales y con las denominadas competencias impropias, la asunción de determinadas competencias municipales y provinciales por parte de las Comunidades Autónomas, así como la asunción de la prestación de servicios municipales por las Diputaciones provinciales o la gestión compartida de los mismos (está también por ver), pero no recoge ni una sola regla específica sobre traspasos de personal y las consecuencias que tendrán esas medidas.

Los primeros borradores del ALRSAL sí que preveían este tipo de medidas e, inclusive, algunas normas sobre los traspasos de personal, pero paradójicamente la LRSAL no los ha incluido. Y ello puede ser una fuente de problemas en el futuro.

Los supuestos que contemplan la LRSAL son numerosos y precisamente, por ello, sorprende que la cuestión más problemática, que a menudo resulta ser el personal afectado, no haya encontrado ningún tipo de amparo en el texto normativo³², a saber:

- a) Supuestos de redimensionamiento internos o producto de la colaboración interadministrativa.
 - Celebración de acuerdos de delegación (art. 27.1 LRBRL) o acuerdos de colaboración (art. 57 LRBRL) o que finalice la vigencia o quede sin efecto un Convenio de colaboración que posibilitaba la prestación de un servicio (Disposición adicional novena LRSAL).
 - Medidas de «redimensionamiento del sector público local» que pueden ser determinantes para la disolución y liquidación de las entidades y sociedades afectadas por la misma (Disposición adicional novena LRBRL).
- b) Supuestos de fusión, absorción o supresión de entidades locales.
 - Fusión de municipios (nuevo art. 13.4 a) LRBRL).
 - Supresión de Mancomunidades (Disposición transitoria undécima LRSAL).
 - Supresión de entidades de ámbito territorial inferior al municipio (Disposición transitoria cuarta LRSAL).
- c) Nuevas formas de prestación de los servicios públicos o transferencia a otras Administraciones públicas de la competencia para prestarlos.
 - Gestión integrada en las Diputaciones provinciales de los servicios municipales (art. 26.2 LRBRL).
 - Asunción de aquéllos por parte de la Comunidad Autónoma como acontece con la educación (Disposición adicional decimoquinta LRSAL), la salud (Disposición transitoria

³²De la misma opinión se muestran DÍEZ QUESADA, A. y GONZÁLEZ-HABA GUIADO, V.M., op. cit.

primera LRSAL), los servicios sociales (Disposición transitoria segunda LRSAL) o los servicios de inspección sanitaria (Disposición transitoria tercera LRSAL).

- Asunción directa, mediante la denominada (re)municipalización, de la gestión de los servicios públicos.

Parece obvio que, en cualquiera de los supuestos mencionados, habrá personal afectado ya fuere porque se suprimen los entes en los que se prestaba servicios, ya se trate de que se transfieren a otra Administración la competencia en una determinada materia, o de que se presta mediante otras fórmulas el servicio de que se trate.

Sin embargo, nada se dice sobre cómo se ha de proceder ni en qué condiciones quedará el personal afectado y nuestra legislación de empleo público dictada en tiempos de bonanza tampoco ofrece. Bien es cierto que, en algunos supuestos (educación, sanidad, servicios sociales, etc.), y previendo la norma una intervención de la Comunidad Autónoma, previa evaluación de los servicios, parece que el legislador estatal ha remitido a éstas la determinación de las medidas a adoptar³³. En este sentido, SANCHEZ MORON se mostraba escéptico sobre que, de forma efectiva, se fuese a producir una efectiva reducción de efectivos en virtud de las medidas previstas. El tiempo, al menos por ahora, ha venido a confirmar su previsión ya fuere porque, o no se han puesto en marcha prácticamente ninguna medida en muchos de los supuestos antes mencionados o, porque alternativamente, las Comunidades Autónomas han optado por realizar cambios negociados con las entidades locales afectadas como prevé expresamente la Ley 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, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local³⁴ o remitiendo a lo que se establezca reglamentariamente en el momento de traspaso de los servicios (Decreto-Ley 1/2014, de 27 de marzo, de Castilla y León, de garantía y continuidad de los servicios sociales)³⁵.

Es obvio que la solución dependerá de la causa y, así a título de ejemplo, no será idéntica en la supresión de un servicio público que en la transferencia del mismo a otra Administración pública. Asimismo dependerá del régimen jurídico del personal, funcionario o laboral que preste sus servicios en la unidad o centro de trabajo afectado. Y, asimismo, dentro de éstos si se trata de personal temporal y la causa que motivó el contrato o nombramiento interino.

³³SANCHEZ MORON, M., op. cit., págs. 71 y ss.

³⁴De esta forma, el artículo 12, bajo la denominación, Coordinación y colaboración entre la Administración autonómica y la local, establece que: Deberá establecerse un marco de coordinación y colaboración efectiva entre la Administración autonómica y la local de cara a la prestación y mantenimiento de los servicios frente a la ciudadanía, debiendo promover su mejora y garantizar su prestación efectiva y promoviendo el trabajo en común para la solución de aquellos problemas que pudieran presentarse más allá del concreto reparto competencial en los distintos sectores de la acción pública.

³⁵De esta forma, el artículo 5 de dicho Decreto-Ley establece que el traspaso de medios económicos, materiales y personales vinculados a las previsiones contenidas en las Disposiciones adicional decimoquinta y transitorias primera, segunda y tercera de la [Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local](#), se articulará conforme a los criterios que determine reglamentariamente la Junta de Castilla y León, en el marco de la normativa básica y de lo que dispongan las normas reguladoras del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas y de las Haciendas Locales.

Casi idéntica determinación se contiene en el artículo 8 del Decreto-Ley 1/2014, de 27 de junio, de medidas urgentes para la garantía y continuidad de los servicios públicos en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, derivado de la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.

De esta forma, y en ausencia de una norma específica, todos estos supuestos se resolverán, en el caso del personal funcionario, o bien declarándolos en la situación administrativa que corresponda o mediante la sucesión universal en los derechos y obligaciones del ente que asume el servicio (a esos efectos el propio RSCL en su artículo 88.2 contempla una previsión específica) y en el caso del personal interino, en aquellos supuestos en que no quede integrado, su cese por desaparición de la causa que provocó dicho nombramiento. En el caso del personal laboral las soluciones vendrán de la mano de la aplicación, cuando proceda, del mecanismo subrogatorio previsto en el artículo 44 ET o, en los casos más problemáticos, mediante la la extinción de los contratos de trabajo vía artículo 51 y 52 del ET y su específico desarrollo reglamentario en la Administración pública o, en el caso de contratos temporales, su cese por extinción de la causa que motivó el contrato³⁶.

En cualquier caso, y en mi opinión, se deberían haber previsto mecanismos específicos. ¿Olvido del legislador u omisión intencionada?. A mi juicio más bien parece este último supuesto pues el Estado si que ha tenido en cuenta en su esfera organizativa previsiones específicas sobre la materia cuando ha acometido procesos de reestructuración de su sector público.

De esta forma, la Ley 15/2014 de reestructuración de la Administración General el Estado³⁷ establece disposiciones legales que, o integran el personal en los nuevos organismos, o

³⁶Una aproximación a las medidas que pueden adoptarse puede verse en el trabajo de CANTERO MARTINEZ, J. "Las medidas de racionalización de plantillas en el empleo público local y en un contexto de contención fiscal", *Cuadernos de Derecho Local*, nº 28, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2012 y PALOMAR OLMEDA, A., "La planificación del empleo público y su ejecución: las medidas de redimensionamiento en el ámbito de las Administraciones Públicas", en el volumen colectivo *La función pública local: Del Estatuto Básico a la Ley de Reforma Local de 2013* (Dir. J. Fuentetaja Pastor), Thomson-Reuter Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 223 y ss.

³⁷Con carácter previo a esta norma la Orden HAP/583/2012, de 20 de marzo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2012, por el que se aprueba el plan de reestructuración y racionalización del sector público empresarial y fundacional estatal.

Quinto. Las medidas laborales que en ejecución de las operaciones societarias y planes de redimensionamiento que se adopten se entenderán motivadas por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, en los términos de la Disposición adicional segunda del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Asimismo, en los procesos de integración del personal laboral que se lleven a cabo en ejecución de este Acuerdo, habrán de respetarse, en todo caso, los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso exigidos en la ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, cuando aquellos se realicen entre entidades de diferente naturaleza jurídica. En cualquier caso, de la ejecución de las actuaciones autorizadas en este Acuerdo no podrá derivarse incremento alguno de la masa salarial en las entidades afectadas.

Asimismo la Orden HAP/1816/2013, de 2 de octubre, por la que se publica el Acuerdo por el que se adoptan medidas de reestructuración y racionalización del sector público estatal fundacional y empresarial y a la que se remite la Disposición Adicional Novena de la Ley 15/2014..

Octavo. La extinción de una fundación con integración de su actividad en un organismo público requerirá previamente la modificación de los Estatutos para introducir como causa de extinción el acuerdo del patronato por mayoría simple, así como para hacer beneficiario de los bienes y derechos, en el supuesto de extinción, al organismo que haya de asumir actividad de acuerdo con lo previsto en el apartado 1.b. del anexo II. El acuerdo del Patronato de extinción precisará que la liquidación tendrá lugar por integración de su actividad en el organismo público de destino mediante la cesión de todos sus bienes y derechos. La asunción por los organismos públicos de la actividad de las fundaciones disueltas con la consiguiente cesión precisará la aprobación, por el órgano de gobierno del organismo en que se integra, de un plan de redimensionamiento sobre la adecuación de las estructuras organizativas, laborales, inmobiliarias y de recursos resultantes de su nueva situación. Los planes de redimensionamiento contendrán las correspondientes memorias económicas. Los planes de redimensionamiento deberán ser aprobados previa autorización del Ministerio de dependencia que deberá contar con informe favorable del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Las medidas laborales que en ejecución de

transforman dichos empleos en plazas “a extinguir”, lo que permite que las personas que los ocupan mantengan una relación laboral prácticamente estable con su empleador (Administración u otro Ente del Sector Público), mientras se mantenga el contrato y sus condiciones³⁸. Y es que la previsión “a extinguir” tiene una consecuencia inmediata: hace

estas operaciones se adopten se entenderán motivadas por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, en los términos de la Disposición adicional vigésima del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo. Asimismo, en los procesos de integración del personal laboral que se lleven a cabo, en su caso, en ejecución de este Acuerdo, habrán de respetarse, en todo caso, los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso exigidos en la ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, cuando aquellos se realicen entre entidades de diferente naturaleza jurídica.

En todo caso, cuando como consecuencia de la extinción de una Fundación, se produzca la integración de su actividad en un organismo Público, la incorporación, en su caso, del personal proveniente de la extinta Fundación al organismo se realizará con la condición de «a extinguir», sin que en ningún caso este personal adquiera la condición de empleado público. Únicamente podrá adquirirse la condición de empleado público mediante la superación de las correspondientes pruebas selectivas, convocadas al efecto por la Administración Pública, en los términos y de acuerdo con los principios contenidos en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. En cualquier caso, de la ejecución de las actuaciones autorizadas en este Acuerdo no podrá derivarse incremento alguno de la masa salarial en las entidades afectadas.

³⁸Así la Disposición adicional primera Supresión del organismo autónomo Consejo de la Juventud de España establece que:

1. Queda suprimido el organismo autónomo Consejo de la Juventud de España, creado por la [Ley 18/1983, de 16 de noviembre](#), sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición transitoria primera.
2. El Instituto de la Juventud se subroga en los bienes, derechos y obligaciones del organismo autónomo que se suprime.
3. Los empleados públicos del extinto organismo autónomo Consejo de la Juventud de España, se integrarán en su totalidad en el Instituto de la Juventud.

Asimismo, se dispone en la Disposición adicional undécima Incremento del gasto público

Las medidas incluidas en esta norma no podrán suponer incremento de dotaciones ni de retribuciones ni de otros gastos de personal y el funcionamiento de los diferentes órganos entes y organismos tendrá que realizarse con los medios materiales y personales de que se dispone actualmente por el organismo o ente que se integra y el organismo en el que será integrado. Los órganos, organismos y entes se dotarán exclusivamente mediante la incorporación de efectivos de los propios organismos y entes afectados en cada caso o mediante la correspondiente redistribución de efectivos de cualquier ente u organismo público.

El artículo 1 sobre la integración del Servicio Militar de Construcciones en el Instituto de Vivienda, Infraestructura y Equipamiento de la Defensa, prevé que:

4. Desde la entrada en vigor de esta ley, el SMC dependerá orgánica y funcionalmente del INVIED. El personal funcionario, militar y laboral que estuviera prestando servicio en el SMC será adscrito al INVIED en la forma que determine el Estatuto y continuará prestando servicios en las mismas condiciones existentes a la entrada en vigor de esta ley.

Y el artículo 2 sobre la integración en el Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial «Esteban Terradas» del Organismo Autónomo Canal de Experiencias Hidrodinámicas de El Pardo, del Instituto Tecnológico «La Marañosa» y del Laboratorio de Ingenieros del Ejército «General Marvá», establece que:

El personal afectado por la integración se adscribirá al INTA y se le respetará la situación administrativa o laboral en que se encuentre en el momento de la constitución efectiva.

Y el artículo 3, al referirse a la situación del personal, establece respecto de la Obra Pía en Santos Lugares, que:

El actual personal propio contratado en régimen de derecho laboral por la Obra Pía de los Santos Lugares tendrá la consideración de «a extinguir», amortizándose los puestos de trabajo que actualmente ocupa el mismo cuando queden vacantes por fallecimiento, jubilación o cualquier otra causa legal, y se podrán dar de alta, en su caso, en la misma condición de personal laboral, siempre que sea necesario para garantizar la continuidad del ejercicio de las funciones que vienen desarrollándose a través de los mismos y como personal del ámbito del Convenio Colectivo único de la Administración General del Estado.

Y el artículo 4 de la norma, respecto de la integración de Fundaciones en Organismos Públicos dispone, con carácter general, que:

prácticamente idéntica la situación del personal indefinido no fijo al fijo ya que no se podrá celebrar, por su propia naturaleza, convocatoria alguna para la cobertura de las plazas, sino que tan solamente una vez se produzca su baja, por cualquier circunstancia (jubilación, despido disciplinario u objetivo, fallecimiento, etc.) dicha plaza se amortiza.

Lo relevante a destacar es que requiere que haya una norma con rango de Ley que tase las circunstancias o casos en los que se puede aplicar pero las entidades locales carecen de tal instrumento por lo que, en su caso y de producirse, habrá que esperar a las normas que regulen los traspasos y transferencias en el ámbito de las Comunidades Autónomas.

Y es que dicha Ley, no aplicable desde mi punto de vista ni en forma supletoria a las entidades locales, debería haber previsto dichos mecanismos con carácter básico para que fuese de aplicación al conjunto de administraciones ofreciendo una respuesta más equitativa a estos supuestos de reestructuración, transferencia, fusión, absorción o integración.

V. EL PERSONAL EVENTUAL: LA MUESTRA MÁS PALPABLE DE LA Tensión ENTRE EL MÉRITO Y LA CONFIANZA COMO FORMA DE PROVISIÓN DE LOS PUESTOS DE TRABAJO DIRECTIVOS.

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 de dificultosa admisibilidad constitucional estimo oportuno subrayar en nuestro sistema de empleo público³⁹. De esta

La integración no podrá ser entendida como causa de modificación o de resolución de las relaciones jurídicas que mantengan las fundaciones citadas, quedando los organismos públicos subrogados en las citadas relaciones jurídicas.

Y el artículo 5 se prevé que:

El personal de la Fundación Universidad.es se incorporará, dependiendo de sus funciones, en el Organismo Autónomo Programas Educativos Europeos o en el Organismo Autónomo Universidad Internacional Menéndez Pelayo desde el momento de su extinción, con la misma situación, antigüedad y grado que, en su caso, tuvieran, subrogándose el Organismo correspondiente en los contratos de trabajo concertados con personal sujeto a contrato laboral.

En todo caso, la incorporación del personal procedente de la fundación se realizará, en su momento, con la condición de «a extinguir» y sin que, en ningún caso, este personal adquiera la condición de empleado público.

Únicamente podrá adquirir la condición de empleado público mediante la superación de las pruebas selectivas que, en su caso, se puedan convocar por la Administración Pública a la que se incorpora, en los términos y de acuerdo con los principios contenidos en la [Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público](#).

Similar previsión tiene, con respecto, a la creación de la ANECA el artículo 8 de la Ley con respecto del personal de la Fundación Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación o con respecto a la transferencia de una rama de actividad de la Sociedad Estatal España, Expansión Exterior, S.A., a la entidad pública empresarial ICEX España Exportación e Inversiones (ICEX) en el artículo 9.

³⁹Encontramos precedentes de esta figura en la Ley de 8 de enero de 1845, de organización y atribuciones de los ayuntamientos, cuando disponía en su artículo 90 que el Gobierno señalaría los pueblos en los que el alcalde podía tener un secretario particular, distinto del secretario del ayuntamiento. Los secretarios particulares y los demás dependientes de su secretaría, cuando los hubiere (según diciendo este precepto), serían nombrados por el alcalde. Asimismo, el art. 129 de la Ley Municipal de 1877 señalaba que los secretarios del ayuntamiento lo serían del alcalde, y que en las capitales de provincia y en los pueblos de más de 25 000 habitantes el alcalde tenía la facultad de nombrar un secretario especial, cuyo sueldo determinaba la junta municipal. Los secretarios de alcaldía, añadía el art. 130, quedaban igualados en lo que se refiere a la responsabilidad a los secretarios del respectivo ayuntamiento.

forma, se produjeron algunas modificaciones legislativas tendentes a limitar y reducir esta clase de personal que obedece a la estricta confianza política⁴⁰.

La LRSAL continúa esa senda de mayor restricción de ese personal, tanto cuantitativa como cualitativamente⁴¹, si bien con un cierto desacierto, sin embargo, en las soluciones que ofrece y con soluciones transitorias que se han extendido hasta junio de 2015⁴².

En parecidos términos se pronunciaron el Estatuto Municipal de 1924, en el art. 226, y los arts. 3 y 9 del Reglamento de Secretarios, de 23 de agosto de 1924, así como la Ley Municipal de 1935, en su art. 175, en el que se rebajaba la cifra de población que facultaba para contar con un secretario especial a los 15 000 habitantes, y el art. 121.15 del Decreto de 17 de mayo de 1952, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, que contemplaba entre las competencias del alcalde la de nombrar y remover en los municipios de más de 15 000 habitantes y en las capitales de provincia, si lo estimaba necesario, un secretario particular, dotándolo con cargo al presupuesto; preceptos que hoy debemos considerar derogados implícitamente ya desde la Ley 30/1984, de 2 de agosto.

El art. 147 del Reglamento de Funcionarios de 1952, manteniendo la tónica de la legislación precedente, recogió una figura encuadrable en el actual concepto de personal eventual, al señalar que en las corporaciones locales de capitales de provincia o en las poblaciones con censo superior a 15 000 habitantes podía designarse un secretario particular de la Presidencia, que podía no tener la condición de funcionario de la propia corporación, precepto que no establecía una previsión similar para las diputaciones provinciales y que hay que poner en relación con el art. 121.15 del Decreto de 17 de mayo de 1952, por el que se aprueba el anterior Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, que contemplaba entre las competencias del alcalde la de nombrar y remover en los municipios de más de 15 000 habitantes y en las capitales de provincia, si lo estimaba necesario, un secretario particular, dotándolo con cargo al presupuesto, preceptos que debemos considerar derogados implícitamente ya desde la LMRFP.

También durante la dictadura franquista, encontramos otros precedentes de esta figura en los ayuntamientos de Madrid y Barcelona. Así, hay que mencionar, en primer lugar, la regulación especial contenida en el Decreto 1166/1960, de 15 de junio, por el que se establece el régimen especial para el Municipio de Barcelona, conforme a lo autorizado por el art. 94 de la Ley de Régimen Local de 1955, así como, en el Ayuntamiento de Madrid, el Decreto 1674/1963, de 11 de julio, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley que establece su régimen especial.

Durante la etapa de la transición hacia la democracia, en el Real Decreto 3046/1977, de 6 de octubre, de articulación parcial de la Ley 41/1975, de 19 de noviembre, de Bases de Estatuto de Régimen Local, su art. 24.3 dispone que los funcionarios de empleo, es decir, el personal eventual, es aquel que eventualmente desempeña puestos de trabajo considerados como de confianza o asesoramiento especial no reservados a funcionarios de carrera, en el que había que inscribir a los directores de Servicio, contenido directivo que espuriamamente se incrustó después en el art. 176 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril.

⁴⁰Por 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).

⁴¹En el mismo sentido, FUENTETAJA PASTOR, J., op. cit. pág. 55.

⁴²Dicho régimen transitorio, que se extendía hasta 30 de junio de 2015, preveía su no aplicación a aquellas entidades locales que cumplieren con los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública y además su período medio de pago a proveedores no supere en más de 30 días el plazo máximo previsto en la normativa de morosidad. Si que se prevé, en éstas, que el nuevo modelo no puede suponer un aumento respecto de las plazas de personal eventual existentes a 31 de diciembre de 2012 (Disposición transitoria décima).

Respecto del personal eventual, la nueva norma estableció una serie de límites para su contratación por el Ayuntamiento y las Diputaciones, en función del número de habitantes del municipio a partir de 2000 habitantes, lo que se traduce, en todo caso, en que los Ayuntamientos que no figuren en dichas escalas o de sus organismos dependientes no podrán incluir en sus respectivas plantillas puestos de trabajo cuya cobertura corresponda a personal eventual⁴³. Ya, como noticia negativa, se ha procedido a incrementar el número establecido en la Ley 48/2015, de PGE para 2016⁴⁴. Mala dirección apunta dicha reforma en lo que se refiere a la profesionalización del empleo público.

Para las Diputaciones, la escala va en función del municipio más poblado de su ámbito territorial, y para los Consejos y Cabildos Insulares, dicha escala va en función de la población de la isla y del número de cargos electos de dichos entes. Y, además, se prohíbe la existencia de personal eventual en otras entidades locales distintas de las indicadas (por ejemplo, Mancomunidades o Comarcas).

Su número, puede seguir discutiéndose⁴⁵, puede parecer excesivo en algunos supuestos e, inclusive, un empeoramiento de la situación actual ya criticable y es que, en el marco

⁴³Se establece, en este sentido, que las dotaciones de puestos de trabajo cuya cobertura corresponda a personal eventual en los ayuntamientos deberán ajustarse a los siguientes límites y normas:

- a) En los municipios de población entre 2.000 y 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.
- b) 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.
- c) 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.
- d) 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.
- e) 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.
- f) 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.
- g) 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 del 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.

Por lo que se refiere a las diputaciones provinciales, consejos y cabildos insulares, el número de puestos de trabajo de personal eventual será el mismo que el de la corporación del municipio más poblado de la respectiva provincia —concreta también el caso de los Consejos y Cabildos, atendiendo a la población de la isla—, y no se podrá incluir este tipo de puestos en el resto de entidades locales o de sus organismos autónomos.

⁴⁴En efecto, la Disposición final décima novena de dicha ley prevé, con efectos de 1 de enero de 2016 y vigencia indefinida, una modificación consistente en añadir un nuevo párrafo a la letra g) del apartado 1 del artículo 104.bis de la Ley 7/1985, con el siguiente tenor:

«Estos Ayuntamientos, si lo fueran del Municipio de mayor población dentro de un Área Metropolitana, podrán incluir en sus plantillas un número adicional de puestos de trabajo de personal eventual, que no podrá exceder del siguiente número:

- Seis, si el Municipio tiene una población entre 500.000 y 1.000.000 de habitantes.
- Doce, si el Municipio tiene una población entre 1.000.001 y 1.500.000 habitantes.
- Dieciocho, si el Municipio tiene una población de más de 1.500.000 habitantes.»

⁴⁵Elogiable es la reforma con carácter general, a juicio de SANCHEZ MORÓN, M., op. cit., pág. 80, bien que el autor señala algunas deficiencias en cuanto a su número en determinados tramos de población.

constitucional de que disponemos, este tipo de personal es de dudosa constitucionalidad como se ha dicho.

El nuevo apartado 4 del art. 104.bis de la LBRL prevé, asimismo, que el personal eventual

"tendrá que asignarse siempre a los servicios generales de las entidades locales en cuya plantilla aparezca consignado. Sólo excepcionalmente podrán asignarse, con carácter funcional, a otros de los servicios o departamentos de la estructura propia de la entidad local, si así lo reflejase expresamente su reglamento orgánico".

De esta forma, el nuevo art. 104 bis LRBRL viene a establecer una regulación complementaria a la ya contemplada en el art. 104 de la misma norma así como en el art. 12 EBEP. Como es conocido, mientras el primero de los preceptos citados incide muy sucintamente sobre aspectos concretos de este personal en la Administración Local (nombramiento, cese y retribuciones), el segundo, aplicable a todas las Administraciones, es de mayor alcance y aborda otros aspectos como su definición, órganos que podrán disponer del mismo, así como ciertas limitaciones en orden al acceso a la Función Pública o para la promoción interna, sin perjuicio de que se les aplique, «en lo que sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera.»

En este sentido, destaca, desde mi punto de vista, que éstos solo puedan ser nombrados en los «servicios generales» de la entidad, lo que debe ser interpretado en el sentido de que no pueden existir en los distintos departamento de la entidad local respectiva sino sólo en aquellos que desarrollen tareas transversales y genéricas para toda la entidad local respectiva excluyendo, eso sí, los servicios comunes (contratación, personal, economía y hacienda, etc.)⁴⁶. Únicamente, de manera excepcional y con carácter funcional, podrán ser nombrado en otros de los servicios o departamentos de la estructura propia de la entidad local, si así lo reflejare expresamente su Reglamento Orgánico que, por tanto, en su modificación de haberla para dar acogida a dicha previsión deberá justificar y motivar dicha excepción.

Por último, el nuevo art. 104 bis contiene algunas medidas encaminadas a dar transparencia en esta materia: de una parte, la publicación cada seis meses —en los medios ya indicados—, del número de puestos de trabajo reservados a eventuales; y, de otra, el deber del Presidente de la Entidad Local de informar al Pleno. Obligaciones que ya se recomendaron, en su día, por la Comisión EBEP pero que no fueran en su día atendidas.

VI. EL PERSONAL DIRECTIVO EN LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES Y LAS MODIFICACIONES RESPECTO DE MUNICIPIOS DE GRAN POBLACIÓN.

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 (JIMENEZ ASENSIO, LONGO, RAMIO, SANCHEZ MORÓN, PALOMAR OLMEDA, etc.).

⁴⁶Similar opinión mantienen DÍEZ QUESADA, A. y GONZÁLEZ-HABA GUIADO, V.M., op. cit.

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 pretendían⁴⁷. 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 JIMENEZ ASENSIO, institucionales y culturales⁴⁸.

Y es que ni el sistema de provisión de puestos mediante libre designación, ni la existencia del denominado personal eventuo⁴⁹, ni los sistemas de dirección pública hasta ahora implementados han dado 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. Como ha resaltado MAESO SECO no sabemos, con exactitud, en qué consiste ese espacio directivo a nivel normativo que no ha resuelto suficientemente, a su juicio, ni por la doctrina ni por la jurisprudencia⁵⁰.

Esta, sin embargo, resultó 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 profesional⁵¹. Es preciso reseñar que, si

⁴⁷FUENTETAJA PASTOR, A., op. cit., pág. 57 coincide en dicho análisis que califica, en el caso de la LRSAL, como aproximación fragmentaria.

⁴⁸JIMENEZ ASENSIO, R., "[Sobre las dificultades \(fáctico-normativas\) de implantación de la dirección pública profesional en los gobiernos locales](#)" *Anuario de Derecho Municipal*, N.º. 4, 2010, págs. 167-193

⁴⁹Especialmente 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 mencionado artículo 176 no se compadece 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..."

⁵⁰MAESO SECO, L.F., "Función Directiva y Funcionarios con Habilitación de Carácter Nacional: algunas reflexiones al hilo de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre", en el volumen colectivo *La Función Pública Local: Del Estatuto Básico a la Ley de Reforma local de 2013* (Dir. A. Fuentetaja Pastor), Thomson-Reuter Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 335 y ss. Bien es cierto que el autor destaca más adelante (pág 343) la definición aportada por VILLORIA MENDIETA en "La función directiva profesional", incluida en el volumen colectivo JIMENEZ ASENSIO, R., PALOMAR OLMEDA, A. y VILLORIA MENDIETA, M., *La dirección pública profesional en España*, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2009, pág. 81

⁵¹Un análisis del alcance y significado del EBEP en este punto puede verse en BACIGALUPO SAGESSE, M., "Un apunte sobre el desarrollo de la figura del directivo público profesional, en particular en el ámbito de la Administración Local", en el volumen colectivo *La Función Pública Local: Del Estatuto Básico a la Ley de Reforma local de 2013* (Dir. A. Fuentetaja Pastor), Thomson-Reuter Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 25 y ss.

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 servicios⁵².

La opción materializada, a lo largo del iter parlamentario, fue en dos direcciones, a saber: 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 que como ya sabemos en la reforma de 2003 y en la más reciente de 2013 ha encontrado su regulación⁵³).

Lo cierto, y en lo que nos atañe, es que al remitir el EBEP el desarrollo del régimen del personal directivo a los Gobiernos estatales y autonómicos⁵⁴, enclava a éste en las potestades

⁵²Como ha señalado SANCHEZ MORON, 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”*

⁵³Lo 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.

⁵⁴En 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”*, *Revista Vasca de Administración Pública*, 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.

de autoorganización y se suprime la reserva legal, pero el artículo 13 se olvida por completo de la Administración Local. El EBEP, en este aspecto y como decimos, no aportó 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.

Pues bien, y centrándonos en la normativa local reformada con la LRSAL, cabe realizar algunas observaciones partiendo de afirmar, con carácter previo, la singularidad que el espacio directivo encuentra en este nivel territorial⁵⁵.

La primera relativa a la regulación del personal directivo de las Diputaciones Provinciales que, como se ha dicho, había sido olvidado por el legislador de 2003.

Su regulación, cabe reseñarlo, sufrió notables variaciones a lo largo del proceso de tramitación parlamentaria de la Ley, pero en su dicción final la regla general es que el personal directivo de las Diputaciones Provinciales deberá ser nombrado, de acuerdo a criterios de competencia profesional y experiencia para el desempeño del concreto puesto de dirección, entre funcionarios de carrera de las distintas administraciones públicas que pertenezcan a cuerpos o escalas clasificados en el subgrupo Al. No se exige, aunque debe de entenderse de aplicación directa el EBEP, que los procedimientos para la determinación de esos méritos han de respetar y garantizar los requisitos de publicidad y concurrencia.

La excepción, que se ha introdujo en el trámite del Senado, consistió en que el Reglamento Orgánico puede, en atención a las características específicas de las funciones de tales órganos directivos, permitir que su titular no reúna la condición de funcionario. Esta regulación recogida en el artículo 32 bis LRBRL supone la inclusión de una estructura directiva al ámbito provincial, en términos similares (aunque no idénticos) a la recogida para los municipios de gran población. En todo caso, la excepción prevista requiere que el Reglamento Orgánico explicita de forma motivada por qué un determinado puesto directivo puede ser cubierto por persona que no tenga la condición de funcionario (hay jurisprudencia, notoriamente limitativa, recaída al respecto⁵⁶).

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.

⁵⁵En efecto, MAESO SECO, op. cit., pág. 354 y ss destaca que su heterogeneidad, la ausencia de un marco competencial propio, claro y constitucionalmente asegurado, su peculiar naturaleza bifronte y su estructura de gobierno bicéfala, entre otros rasgos, determinan que encontrar una respuesta en el mundo local al espacio directivo en más complicado que en otros niveles de gobierno.

⁵⁶A título de ejemplo de esta línea jurisprudencial la sentencia de la Audiencia Nacional, de 13 de marzo de 2013 (rec. 192/2012), a propósito de la convocatoria para la provisión, entre inspectores de Trabajo y S.S., del puesto de director de la Escuela de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en un tímido pero positivo paso, declara que la confianza política en los puestos de libre designación debe motivarse y razonarse objetivamente, concretando en el F. J. 16.º: «A partir del curriculum vitae, méritos y capacidad del elegido, se trata de que se explicita cómo se ha formado la voluntad administrativa, esto es, por qué él y no otro es la persona idónea para dirigir ese concreto centro de formación, por qué se entiende que se amolda e identifica con las exigencias y objetivos que los órganos

Se ha planteado, asimismo, si en los procesos de nombramiento de este personal se han de aplicar o no las previsiones recogidas en el artículo 13 EBEP y, en este sentido, sin la necesaria claridad no está de más señalar que alguna jurisprudencia contencioso-administrativa lo entiende de aplicación en el caso de municipios de gran población.

Por otro lado, se modifica la regulación sobre coordinadores generales y directores generales de municipios de gran población (arts. 32 bis y 130.3). En estos supuestos, el nombramiento recaerá sobre funcionarios del subgrupo A1, excepto que el Reglamento orgánico disponga que, en atención a las características específicas de las funciones de los órganos a los que se adscriban, su titular no reúna la condición de personal funcionario. El nombramiento se efectuará siempre con criterios de competencia profesional y experiencia. Para los coordinadores y directores generales antes tan sólo se estaba a criterios de competencia profesional y experiencia en los nombramientos de no funcionarios; ahora se requieren en todo caso inclusive cuando sean funcionarios lo que hace pensar la necesidad de que se establezca qué criterios son los que exige el desempeño.

La excepcionalidad a la exigencia de la condición de funcionario de carrera, tiene una redacción idéntica a la que se establece para los Directores Generales de la Administración del Estado en el art. 18.2 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), por lo que puede mantenerse, *mutatis mutandi*, que la jurisprudencia recaída sobre dicho precepto puede servir como criterio interpretativo de esta cuestión en el ámbito local. En ese sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de septiembre de 2010 (rec. 528/2008)⁵⁷, entiende que:

«cualquier excepción que sea establecida a la regla general de reserva funcional exigirá, para poder ser considerada válida, que se apoye en hechos objetivos y concretos; y por dicha razón no bastarán consideraciones abstractas o genéricos juicios de valor» (FJ tercero).

Por último, resta señalar que la Disposiciones transitoria octava y novena LRSAL regulan el régimen transitorio de ambos preceptos respectivamente, limitando su aplicación a aquellos nombramientos que tengan lugar a partir de la entrada en vigor de la Ley.

En conclusión puede decirse que más de lo mismo. Decepcionante regulación y, a la vista de lo que está sucediendo en la práctica decepcionante puesta en marcha de las medidas contempladas y es que, como ha dejado expuesto, MAESO SECO ni la LMGL, ni el EBEP, ni la LRSAL han cristalizado en un verdadero cambio de “modelo directivo” en el grueso de nuestras entidades locales y menos en clave profesional, todo lo más se ha verificado una funcionarización de ese espacio junto con una tímida apertura a otras figuras y sujetos ajenos al empleo público⁵⁸.

directivos del Ministerio pretenden para la selección y formación de los inspectores de Trabajo y Seguridad Social o cuál es su proyecto docente o ideas al respecto y por qué se entiende que el elegido se ajusta a los fines de esa Escuela cuya dirección se va a proveer por primera vez. Cabe así hablar de ‘confianza política’, en el sentido de confianza respecto de la ejecución de una política de selección y formación para el Cuerpo de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social. Por tanto, la confianza no es un concepto tan etéreo pues hay elementos de referencia que pueden integrarse, luego razonarlo de manera objetiva no es ni imposible ni inexigible»

⁵⁷En el mismo sentido otras como la de 19 de febrero de 2013 o 20 de octubre del mismo año.

⁵⁸MAESO SECO, L.F., op. cit., pag. 415 quien añade, además, que lo uno y lo otro sin llevar a cabo una reflexión seria, sosegada y profunda acerca de lo que es –o debería ser- la función directiva pública y local, qué personas

VII. OTRAS CUESTIONES: LAS COMPETENCIAS DE LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES SOBRE GESTIÓN DE RECURSOS HUMANOS Y LOS CONSORCIOS.

Como ya se ha señalado por los autores que se han ocupado de ello Las Diputaciones provinciales asumen, respecto de los municipios, algunas funciones cuyo contenido y alcance dependerá muy mucho de las capacidades institucionales de éstas (muy singularmente JIMENEZ ASENSIO). De esta forma, se prevén dos funciones:

- Deberán garantizar en los municipios de menos de 1.000 habitantes la prestación de los servicios de secretaría e intervención.
- Igualmente, deberán prestar apoyo en la selección y formación de su personal (art. 36).

Como se plasme la segunda de las previsiones, que ya despertó numerosas cautelas entre los municipios y motivó la modificación del artículo 100.1 estableciendo para que no hubiera equívocos sobre el alcance de la misma que es competencia de cada Corporación local la selección de los funcionarios con la excepción de los funcionarios con habilitación de carácter nacional, plantea numerosas dudas de su alcance efectivo y deja sin resolver un grave problema de nuestro régimen local sobre el que pesan, lamentablemente, con sospechas fundadas la existencia de un extendido nepotismo en los procesos selectivos que se desarrollan.

Se ha perdido, por tanto, la oportunidad de establecer una solución a dicho problema deslindando dos fases que evitasen dichos males: el reclutamiento y la selección de tal forma que se garantizase la idoneidad de los candidatos finalmente seleccionados por cada entidad local⁵⁹.

En lo que respecta a los Consorcios, la LRSAL añadió una nueva Disposición adicional — la vigésima— a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común(en adelante, LRJPAC), que seguía la senda marcada por el Dictamen del Consejo de Estado de 23 de febrero de 1984, en el que se negaba a los Consorcios la posibilidad de disponer de personal funcionario propio, haciendo extensiva dicha consideración también al personal laboral, y estableciendo asimismo una importante limitación en materia retributiva⁶⁰.

han de desarrollarla, cuál debería ser el específico régimen jurídico de las mismas, así el de los (perfiles) puestos que ocupen, etc.; lejos en definitiva de lo que sería una verdadera profesionalización.

⁵⁹Respecto de este punto es preciso remitirnos a las propuestas contenidas en CASTILLO BLANCO, F.A. y JIMENEZ ASENSIO, R., *Informe sobre el Empleo Público Local: Balance y Propuestas para su racionalización en el marco de la reforma del empleo público*, Fundación y Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2009

⁶⁰No obstante, la LRSAL contempla una serie de excepciones a esta regla general. La primera —en su Disposición adicional decimotercera—, que prevé la posibilidad de que, en los Consorcios ya constituidos para la prestación de servicios mínimos (estrictamente, los enumerados en el art. 26 LRBR, se integre también personal que no sea funcionario o laboral de las Administraciones consorciadas. Y la segunda excepción al régimen de la LRJPAC es la contenida en la Disposición adicional decimocuarta LRSAL y que comprende una serie de Consorcios que, mientras mantengan las condiciones previstas en dicha Disposición, continuarán rigiéndose por lo establecido en sus Estatutos.

Por último, para aquellos Consorcios que se deban adaptar a las previsiones de la LRJPAC, se establece un régimen transitorio en la Disposición transitoria sexta LRSAL.

La citada disposición, con la que necesariamente en ciertos aspectos es preciso ser crítico⁶¹, sobre todo en lo que se refería a la forma de provisión de los puestos de trabajo ocasionó, además, alguna polémica, de nuevo kafkiana, sobre si los Consorcios podían o no proceder a la contratación de personal laboral temporal. La discusión, absurda en si misma, devenía de los términos expresados en dicha disposición adicional para evitar que el personal al servicio de los Consorcios pudiese ser seleccionado externamente con independencia de las entidades que constituían el mismo.

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, 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 disponibles⁶². Hasta ahí ningún problema, pero sin embargo, y como era de esperar, era 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, 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

⁶¹CASTILLO BLANCO, FEDERICO A. "La nueva regulación de los consorcios públicos: interrogantes y respuestas sobre el régimen jurídico de su personal", RVAP nº 99-100. Mayo-Diciembre 2014. Págs. 887-920

⁶²Como 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 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.

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 y el tiempo vino a darnos la razón como veremos.

Por otro lado, la fórmula de provisión escogida difícilmente podía 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?⁶³. 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 sector⁶⁴.

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 extraordinario, está prevista para aquellos funcionarios cuyo puesto de trabajo sea objeto de supresión como consecuencia de un Plan de Empleo⁶⁵. Y es que dicha fórmula, que tiene

⁶³La 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.

⁶⁴Puede 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.

⁶⁵El 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

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 efectiva⁶⁶.

Los problemas, sin embargo, no terminaban con lo hasta aquí expuesto. Efectivamente la norma hablaba 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.

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 EBEP⁶⁷.

Otro tanto sucede con el caso del personal directivo. 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

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.

⁶⁶Los 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?.

⁶⁷Resulta 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.

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 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.

De nuevo, una paradoja presenta la norma desde mi punto de vista respecto del personal eventual. 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 locales⁶⁸. Al menos esa es mi opinión, bien es cierto que existen otras opiniones al respecto⁶⁹, 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.

Lo que no significa, de nuevo, que ésta sea una solución optima. 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.

El tiempo vino a poner las cosas en su sitio. Y primero las leyes generales de presupuestos de 2014, 2015 y 2016 que contienen previsiones que permiten deducir que se puede acudir a la contratación de personal temporal, y, a la vez, modificaciones a la norma originaria han venido a poner las cosas en su sitio.

En efecto, las disposiciones adicionales de las leyes presupuestarias dejaron meridianamente claro que, si se había de rendir cuentas del personal contratado, es que obviamente era posible acudir a la contratación de personal laboral con carácter temporal.

De otro lado, la Ley Orgánica 6/2015, de 12 de junio, de modificación de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las Comunidades Autónomas y de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera supuso la modificación de dicha Disposición Adicional 20ª apartado 5 dándole una nueva redacción, según la cual

⁶⁸El 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.

⁶⁹En 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.

“El personal al servicio de los consorcios habrá de proceder de las administraciones participantes. Se autoriza, en casos excepcionales, que puedan contratar personal propio”.

Se subsanaba así, al menos parcialmente, las contradicciones de dicho precepto. Es decir que rectificando se acertaba. Pero no cantemos victoria las urgencias del gobierno al término de esta legislatura no son buenas consejeras y véamos cual ha sido el resultado final.

Y es que curiosamente la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que declara supletorios de ésta la normativa local referida a los Consorcios, vuelve a ofrecer una nueva versión que, de nuevo, abre interrogantes y que, desde mi punto de vista, ha dejado pasar una oportunidad para resolver los graves problemas de funcionamiento que esta normativa está creando. Establece el artículo 121 sobre el régimen de personal de los Consorcios que:

El personal al servicio de los consorcios podrá ser funcionario o laboral y habrá de proceder exclusivamente 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.

Excepcionalmente, cuando no resulte posible contar con personal procedente de las Administraciones participantes en el consorcio en atención a la singularidad de las funciones a desempeñar, el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, u órgano competente de la Administración a la que se adscriba el consorcio, podrá autorizar la contratación directa de personal por parte del consorcio para el ejercicio de dichas funciones.

Sinceramente parece que las prisas del legislador –SANCHEZ MORÓN en un excelente trabajo recientemente publicado ha hablado de reformar por reformar con referencia a estas normas- le han hecho olvidar la modificación efectuada de la norma unos meses antes. Increíble pero me temo que cierto pues tampoco la disposición derogatoria de la norma se acuerda de la modificación efectuada.

