Seminari sobre relacions col·lectives

FEDERACIÓ DE MUNICIPIS DE CATALUNYA

2016

Barcelona

creative commons

Reconeixement-NoComercial-SenseObraDerivada 2.5 Espanya

Sou lliure de:

copiar, distribuir i comunicar públicament l'obra

Amb les condicions següents:

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

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

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

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

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

FEDERACIÓ DE MUNICIPIS DE CATALUNYA

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

Disseny i maquetació
www.lacuinagràfica.com

Sumari

1a sessió
24/10/16

2a sessió
17/11/16

3a sessió
15/12/16

Introducció

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 en les quals tractarà temes molt diversos amb ponents de contrastada experiència, i d'enorme vàlua professional i acadèmica. Algunes ponències seran estrictament sobre negociació col·lectiva, i d'altres tractaran temes vinculats a l'ocupació pública local, a l'ètica i a les responsabilitats públiques. Inaugurarem el Seminari amb una Taula rodona que analitzarà la trajectòria que ha tingut, i que tindrà, l'Acord comú de condicions per als empleats públics dels ens locals de Catalunya de menys de 20.000 habitants (2015-2017), signat l'any 2015, pels agents socials i les entitats municipalistes. Aquest acord té una vigència de tres anys, des de l' 1 de gener de 2015 fins al 31 de desembre de 2017 i es preveu que les seves disposicions s'apliquin, íntegrament, als funcionaris de carrera i al personal laboral de les entitats que s'hi adhereixin. Tot seguit, en la mateixa sessió, ens centrarem en les noves formes de prestació dels serveis públics locals després de les darreres reformes de la legislació local, i en com aquestes han incidit en els drets dels empleats públics locals. Aquest anàlisi anirà a càrrec del professor Joan Mauri i Majós, professor de Dret Administratiu de la Universitat de Barcelona. Clourem aquesta primera sessió del seminari amb la ponència de la professora de Dret del Treball i de la Seguretat Social de la Universitat d'Oviedo, Alba García Torres, que tractarà sobre la problemàtica derivada de la disposició per la normativa administrativa de crisi de les normes pactades a la negociació col·lectiva.

En la sessió del mes de novembre, Federico Castillo Blanco, catedràtic de Dret Administratiu de la Universitat de Granada, abordarà l'estat actual de l'ocupació pública local, oferint-nos una visió global de la plantilles locals. A continuació, el subdirector general de l'Institut Valencià d'Administració Pública i professor de la Universitat de València, Javier Cuenca Cervera,

exposarà de forma més concreta l'afectació de la legislació de la crisi a la consolidació de l'ocupació temporal i als processos de funcionarització que va encetar l'Estatut bàsic de l'empleat públic. La darrera ponència d'aquesta sessió comptarà amb la intervenció de la catedràtica de Dret del Treball i de la Seguretat Social, Remedios Roqueta Buj, que ens parlarà d'un dels temes candents de la negociació col·lectiva pública, com és el deure de negociar de bona fe per part de les administracions públiques.

La tercera i última sessió del seminari, que tindrà lloc el mes de desembre, estarà íntegrament dedicada a l'ètica i responsabilitats públiques. Per tractar d'aquests temes comptarem amb la presència de tres reconeguts experts en la matèria. En primer lloc, el catedràtic de Dret Penal de la Universitat de Barcelona, Joan Josep Queralt que ens oferirà propostes per lluitar contra la corrupció en el sector públic local, amb especial referència a la responsabilitat pública (accountability) i als public compliance officers. En segon lloc, el professor titular de Dret Administratiu, Juli Ponce Solé tractarà d'apropar-nos el significat de l'ètica pública als governs locals. I, finalment, tancarà el seminari el professor de Dret constitucional de la Universitat Pompeu Fabra, i consultor institucional, Rafael Jiménez Asensio que ens acostarà a temes com
l'ètica i la integritat institucional per mitjà de l'elaboració dels codis de conducta de les entitats locals.

Confiem doncs que el programa que us presentem sigui del vostre interès, i us animem a participar en aquesta 18a edició del Seminari de Relacions Col·lectives; un espai de debat i de reflexió, que pretén també ajudar a assolir una millor gestió dels serveis públics i dels interessos dels empleats de les nostres entitats locals.

Ponències

1a sessió

24/10/16

Els canvis en les formes de prestació dels servies públics locals després de les darreres reformes de la legislació de règim local. Incidència en els drets dels empleats públics locals?

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

Ordres, instruccions i circulars d'execució de la legislació de crisis i disponibilitat de les normes pactades a la negociació col·lectiva.

Alba García Torres, professora de Dret del Treball i de la Seguretat Social de la Universitat d'Oviedo

Els canvis en les formes de prestació dels serveis públics locals després de les darreres reformes de la legislació de règim local. La seva incidència en els drets dels empleats públics

Joan Mauri Majós
Professor de Dret Administratiu de la Universitat de Barcelona

1. Introducció

Els canvis en les formes de gestió dels serveis públics locals induïts per via legislativa que han produït o que tenen capacitat per a produir una reorganització del sector públic instrumental local amb incidència en els drets del personal es poden substanciar en els següents blocs normatius:

a) El configurat pel marc donat pel Reial Decret-llei 4/2012, de 24 de febrer, pel qual es determinen obligacions d'informació i procediments necessaris per establir un mecanisme de finançament per al pagament als proveïdors de les entitats locals, i el Reial Decret-llei 7/2012, de 9 de març, pel qual es crea un fons per al finançament dels pagaments als proveïdors, normes que han estat complementades més endavant amb el Reial Decret-llei 17/2014, de 26 de desembre, de mesures de sostenibilitat financera de les comunitats autònomes i entitats locals. Constitueix l'objecte d'aquestes disposicions habilitar les condicions necessàries per permetre la cancel·lació per les entitats locals de les seves obligacions pendents de pagament amb els seus proveïdors, derivades de la contractació d'obres subministraments i serveis. Aquest mecanisme de finançament comporta una operació d'endeutament a llarg termini i l'obligació per part de les entitats locals d'aprovar un pla d'ajust que ha de respondre a uns objectius i continguts bàsics per tal de garantir la sostenibilitat financera de l'operació. Aquest pla d'ajust s'ha de valorar favorablement pel Ministeri d'Hisenda i Administracions Públiques per que pugui quedar autoritzada aquesta operació d'endeutament i es constitueix en una referència essencial i ineludible per l'elaboració dels pressupostos generals de les entitats locals en els exercicis que es corresponguin amb el període d'amortització d'aquesta operació d'endeutament. Al respecte, l'article 7 del Reial Decret 4/2012, de

24 de febrer, va establir el contingut del pla d'ajust d'una manera molt vaga i general, però advertint expressament en el seu apartat 3 que: "El pla d'ajust pot incloure modificacions de l'organització de la corporació local". Per tant, la reorganització de l'entitat local, així com del seu sector públic instrumental es constituïa en un dels elements a valorar per l'elaboració del corresponent pla. Però no només seria això, el pla d'ajust també tenia que procurar un finançament adequat dels serveis públics prestats mitjançant taxa o preus públics, és a dir, tenia que contemplar un sistema de autofinançament dels serveis locals, la qual cosa incidia en el règim de prestació d'activitats i serveis des del prisma únic de la seva racionalització, el que obligava a portar a terme una anàlisi exhaustiva dels serveis públics prestats pels ajuntaments, amb la finalitat última de reconsiderar la seva prestació o l'abaratiment dels seus costos. En aquesta direcció l'Ordre HAP/537/2012, de 9 de març, que aprova el model de certificació individual, el model per a la seva sol·licitud i el model del pla d'ajust, conté un important Annex III relatiu al contingut possible del pla d'ajust que contempla dintre dels arranjaments proposats pel pla una mesura 8 relativa a la dissolució d'aquelles empreses que presentin pèrdues que excedeixen de la meitat del capital social segons l'article 103.2 del Reial Decret legislatiu 781/1986, de 18 d'abril, pel qual s'aprova el Text Refós de les disposicions legals vigents en matèria de règim local (en endavant, TRRL); aquesta mesura va acompanyada de dos més: la 13, que preveu la modificació de l'organització de la corporació local, i la 14, que preveu la reducció de l'estructura organitzativa de les entitats locals. En tot cas, s'ha de subratllar que aquestes mesures adreçades al sector local són coetànies de la Ordre HAP/583/2012, de 20 de març, per la qual es publica l'Acord del Consell de Ministres de 16 de març de 2012, pel qual s'aprova el pla de reestructuració i racionalització del sector públic empresarial i fundacional estatal, disposició en la qual s'adverteix d'un increment sense parangó del sector públic empresarial i fundacional en l'àmbit autonòmic i local, el que demanda abordar de forma decidida la reducció i el sanejament d'aquest sector públic, assenyalant-se al respecte que les mesures presses per aquesta disposició a l'àmbit estatal resulten suficientment rellevants perquè puguin tenir un efecte multiplicador en la seva assumpció per les comunitats autònomes i les entitats locals, induint una reducció substancial dels seus sectors públics empresarials i fundacionals, provocant a l'efecte un desitjat efecte imitació. Tot i que no tenim xifres exactes sobre l'impacte dels plans d'ajust envers al sector públic local, sembla que aquest ha estat significatiu. En aquesta direcció, s'ha de tenir present que l'èxit del pla de pagament a proveïdors ha provocat la seva ampliació en una segona fase pel Reial Decret-llei 4/2013, de 22 de febrer, de mesures de suport a l'emprenedor i de la creació d'ocupació, i en una tercera fase a través del Reial Decret-llei 8/2013, de 28 de juny, de mesures urgents contra la morositat de les Administracions i de suport a entitats locals amb problemes financers. És més, la jurisprudència permet rastrejar un seguit d'exemples significatius sobre la directa connexió entre els plans d'ajust i les mesures de reestructuració de l'ocupació d'una indubtable importància, de la que pot ésser una bona mostra la

STS de 22 de juliol de 2015, ROJ: STS 4635/2015, relativa al Pla d'Ajust de l'Ajuntament de Sevilla que indueix la dissolució de l'empresa Sevilla Global, SA, amb l'acomiadament per raons objectives de 43 persones de la seva plantilla.

b) El segon bloc normatiu que ha d'ésser objecte de consideració està directament relacionat amb la Llei 27/2013, de 27 de desembre, de racionalització i sostenibilitat de l'Administració local 8 en endavant, LRSAL). Els canvis introduïts en aquesta reforma presenten un seguit d'aspectes substancials amb incidència en les entitats del sector públic local, que es podrien considerar de la forma següent:

- La introducció d'un criteri legal de preferència per la gestió directa per la pròpia entitat local o per la formula de l'organisme autònom local que es pot deduir sense un particular esforç interpretatiu de la redacció donada a l'article 85.2. de la Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases del règim local (en endavant, LRBRL). Aquest precepte referit als models de gestió directa dels serveis, assenyala expressament que només es podran fer ús de les formes d'entitat pública empresarial local i de societat mercantil local, amb capital social de titularitat pública, quan quedi acreditat mitjançant memòria justificativa elaborada a l'efecte que resulten més sostenibles i eficients que les formes de gestió indiferenciada per la pròpia entitat local o per la formula d'organisme autònom local, opció que s'haurà de demostrar en base als criteris de rendibilitat econòmica i recuperació d'inversió.
- La introducció a través de la disposició addicional novena de la LRBRL, redactada a partir de la LRSAL, de mesures de tipus preventiu que impedeixen a les entitats locals adquirir, constituir o participar en la constitució, directa o indirectament, de nous organismes, entitats, societats, consorcis, fundacions, unitats i demés ens públics, durant el temps de vigència del seu pla econòmic-financer o pla d'ajust. En la mateixa direcció i en relació amb els ens instrumentals preexistents es prohibeix a aquests ens locals pel mateix període la realització d'aportacions patrimonials o la subscripció d'ampliacions de capital d'entitats públiques empresarials o de societats mercantils locals que tinguin necessitats de finançament. Excepcionalment, aquestes entitats locals podran realitzar aportacions patrimonials si en l'exercici pressupostari immediatament anterior, haguessin complert amb els objectius d'estabilitat pressupostària i deute públic i el seu període mitjà de pagament a proveïdors no superes en més de 30 dies el termini màxim previst a la normativa de morositat. Lògicament una qüestió derivada d'aquesta regulació és la possible tensió entre aquests tipus de prohibicions en les aportacions patrimonials i l'obligació expressa de dissolució d'una societat municipal en base a la previsió de l'article 103.3 TRRL, quan les pèrdues excedeixin de la meitat del capital social.
- L'obligació per a les entitats que duguin a terme activitats econòmiques, estiguin adscrites als efectes al Sistema Europeu de Comptes a qualsevol entitat local o als seus organismes autònoms, i

estiguin en desequilibri financer, d'aprovar, amb informe previ de l'òrgan interventor de l'entitat local, un pla de correcció d'aquest desequilibri. Si aquesta correcció no es compleix a 31 de desembre de 2014, l'entitat local en el termini màxim dels sis mesos següents a comptar des de l'aprovació dels comptes anuals o de la liquidació del pressupost de l'exercici 2014 de l'entitat, ha de dissoldre cadascuna de les entitats que continuï en situació de desequilibri. Si no ho fa, aquestes entitats queden dissoltes automàticament l'1 de desembre de 2015. Aquest redactat ens planteja alguns interrogants que en part es poden resoldre amb les normes que el completen. Així, d'entrada sembla que únicament es refereix a les entitats que duguin a terme activitats econòmiques, una visió que s'ha de desfer ràpidament atès que amb posterioritat, a les clàusules d'ampliació de terminis temporals, es fa referència a entitats que prestin alguns serveis essencials com poden ser els de proveïment domiciliari i depuració d'aigües, recollida, tractament i aprofitament de residus, i transport públic de viatgers. Semblantment, resulta relativament imprecís el terme desequilibri financer que s'utilitza com a causa de la mesura de correcció i, en última, instància de la dissolució de l'entitat. Aquí la norma es cuida d'aclarir que aquesta situació de desequilibri financer es refereix, per als que tinguin la consideració d'Administració pública als efectes del Sistema Europeu de Comptes, a la seva necessitat de finançament en termes del Sistema Europeu de Comptes, mentre que per als altres ens s'entén com situació de desequilibri financer la manifestada per l'existència de resultats negatius d'explotació en dos exercicis comptables consecutius. S'ha de fer notar que tenen la consideració d'Administració pública als efectes del Sistema Europeu de Comptes les entitats que reuneixin tres característiques: a') que siguin una unitat institucional amb autonomia i comptabilitat pròpia; b') que siguin una unitat institucional pública, requisit que exigeix que estiguin sota el control efectiu d'una Administració pública definit aquest com la capacitat per a determinar la política general; c') que la unitat institucional pública sigui un productor no de mercat, entenent que la producció no de mercat és la subministrada gratuïtament o a preus econòmics no significatius, circumstància que es produeix si les vendes no cobreixen el 50% dels costos de producció. Si es donen aquestes condicions, el que cal valorar alhora de declarar l'existència d'una situació de desequilibri financer és la necessitat de finançament del sector "Administracions públiques" des d'una perspectiva local, és a dir, l'integrat pel respectiu ajuntament, els seus organismes i les entitats públiques empresarials i societats que es puguin qualificar com a operadors o productors no de mercat. Tal com assenyala explícitament la disposició addicional novena 2 de la LRBRL, introduïda per la LRSAL, en aquest sector que té la consideració d'Administració pública, la "situació de desequilibri" es referirà, a efectes del Sistema Europeu de Comptes, a la seva necessitat de finançament en termes del Sistema Europeu de Comptes. Dit d'una altra manera, es mesurarà en termes d'estabilitat pressupostària amb criteris SEC i a nivell consolidat de tots aquells ens que formen part del sector Administració pública. Per tant, si en la liquidació del pressupost de l'exercici corresponent, aquestes entitats presenten en el

seu conjunt, és a dir, a nivell consolidat, una estabilitat pressupostària, la seva situació no requerirà cap sanejament ni caldrà procedir a la seva dissolució. Si això no és així lògicament caldrà procedir sobre els corresponents organismes, entitats, societats, consorcis i fundacions. D'aquí que molt probablement la intervenció més incisiva induïda per aquesta legislació s'acabarà produint sobre l'altre gran sector que integra l'àmbit públic en el Sistema Europeu de Comptes Nacionals i Regionals, és a dir, el sector de societats no financeres, unitats del sector públic nacional, regional o local que són productors de mercat i, òbviament, estan controlades efectivament per una Administració pública; sector de "societats no financeres", conegudes com a societats d'economia de mercat, és a dir, les participades majoritàriament per una entitat local o aquelles sobre les quals l'entitat local té una influència dominant i que són finançades amb els seus propis ingressos, sense comptar amb transferències o subvencions públiques, de manera que poden fer front almenys al 50% de les seves despeses d'explotació. Per aquestes entitats empresarials i societats, la "situació de desequilibri financer" és més fàcil de manifestar per la pura existència de "resultats negatius d'explotació en dos exercicis comptables consecutius". És a dir, amb una aplicació literal de la llei s'ha d'entendre que aquesta situació no es mesura en termes consolidats d'estabilitat pressupostària conforme al Sistema Europeu de Comptes com les entitats integrants del sector "Administracions públiques", sinó en termes individuals i singulars, fixant-nos exclusivament en el "resultat d'explotació" conforme els criteris de comptabilitat de les empreses regulat pel Reial Decret 1514/2007, de 16 de novembre, pel qual s'aprova el Pla General de Comptabilitat, tal com aparegui referit en els comptes de pèrdues i guanys, un document que forma part dels comptes anuals de cada societat. Precisament, en aquesta qüestió, un dels aspectes més rellevants serà els dels terminis. Si seguim la cronologia que marca la pròpia llei, les conclusions haurien de ser les següents: les societats que a l'entrada en vigor d'aquesta llei presentin una situació de desequilibri financer manifestada en l'existència de resultats negatius d'explotació en dos exercicis comptables consecutius anteriors disposen del termini de dos mesos per aprovar un pla de correcció d'aquest desequilibri. Si aquesta correcció no es compleix a 31 de desembre de 2014, l'entitat local disposa d'un termini màxim de sis mesos des de l'aprovació dels comptes anuals o de la liquidació del pressupost de l'exercici 2014 de l'entitat, és a dir, al llarg del 2015. Si no ho fa, aquestes entitats queden dissoltes automàticament per imperatiu legal a 1 de desembre de 2015. Aquests terminis s'amplien fins a 31 de desembre de 2015 i l'1 de desembre de 2016 respectivament, quan les entitats en desequilibri estiguin prestant algun dels següents serveis essencials: proveïment domiciliari i depuració d'aigües, recollida, tractament i aprofitament de residus, i transport públic de viatgers. Lògicament els perills que es plantegen en aquest camí traçat poden venir de dos vies: de la presentació del mateix pla de correcció dels desequilibris existents que poden exigir reorganització de la plantilla de personal o modificacions de les seves condicions de treball i, òbviament, dels processos de dissolució d'aquestes societats, la qual cosa obligarà a cadascuna

d'aquestes entitats locals a pronunciar-se sobre la continuïtat o no de les activitats i serveis que presten i, en cas afirmatiu, a la forma de prestar-los. Tot i que la meva impressió és que el procés plantejat per la llei no ha tingut encara una incidència que puguem considerar substancial en el sector públic local, el cert és que resta per veure al seu impacte al llarg de tot l'any 2016, quan entraran en joc les posicions de les societats que gestionen grans serveis públics locals com poden ser l'aigua, els residus o el transport. D'aquí que haguem assistit aquest estiu a un seguit de declaracions sobre el que pugui passar en aquests subsectors. Així, per exemple, a data 4 d'agost, el President de la Federació Espanyola de Municipis i Províncies, que sembla haver detectat un seguit de cartes remeses des del Ministeri d'Hisenda i Administracions Públiques sol·licitant informació sobre la situació d'aquestes societats, ha qualificat aquestes comunicacions de "temeràries" i "imprudents" i ha demanat explicacions al Ministre sobre les seves intencions envers a un seguit de societats que al seu parer presten serveis públics essencials, plantejant al respecte la necessitat d'una moratòria en l'aplicació d'aquestes disposicions de la llei si no es vol procedir al tancament d'un seguit de serveis públics que es consideren fonamentals. Declaracions, per cert, que han estat contestades pel Ministeri d'Hisenda i Administracions Públiques a través d'una comunicació oficial, en la qual s'assenyala que els requeriments fets a determinades empreses locals són d'informació i no de supressió, i que hores d'ara (sic) només es pretén fer el seguiment d'un procés que han comptat amb dos exercicis pressupostaris per introduir les oportunes mesures de correcció. Lògicament, aquest és un intercanvi d'opinions que resulta indicatiu que el pretès procés de redimensionament del sector públic local no ha donat els resultats previstos legalment, però que també l'autoritat de supervisió d'aquest mateix procés no ha renunciant a obtenir-ne uns determinats objectius, sobretot en determinats camps com poden ser el sector de l'habitatge i el del desenvolupament empresarial, que hores d'ara difícilment poden ser definits com a àmbits de competència pròpia de les entitats locals.

c) El tercer bloc normatiu amb incidència sobre els organismes, entitats, societats i fundacions que composen el sector públic local té com a referència l'aprovació de la Llei 40/2015, de règim jurídic del sector públic (en endavant, LRJSP). Aquesta llei inspirada en el Informe de la Comissió per a la Reforma de les Administracions Públiques (CORA), presentat amb data de 21 de juny de 2013, pretén regular el règim jurídic de les Administracions públiques, però sobretot pretén disciplinar el sector públic institucional de l'Estat, de les comunitats autònomes i de les entitats locals, establint un marc normatiu que impedeixi la creació d'organismes i entitats innecessaris o redundants, asseguri la vigència i eficàcia dels existents, exercint sobre ells una supervisió continua que permeti avaluar la seva funcionalitat i el compliment dels objectius que van justificar la seva creació, supervisió que també ha de possibilitar qüestionar el seu manteniment quan hagin esgotat les raons de la seva fundació o existeixi un altre mode més eficient d'assolir-los. Tenint en compte

aquests antecedents la Llei estableix un doble nivell de regulació: un bloc de normes bàsiques que es projecten sobre totes les Administracions públiques i un bloc de normes pensades per l'Administració General de l'Estat però que, al nostre parer (i és una matèria objecte de discussió), pot tenir un indubtable impacte sobre el sector públic local, impacte induït d'una manera indirecta per la particular forma de regular els modes de gestió dels serveis públics locals que té la LRBRL per remissió a l'antiga Llei 6/1997, de 14 d'abril, d'Organització i funcionament de l'Administració general de l'Estat (en endavant, LOFAGE). Les normes bàsiques, que seran de directa aplicació a les nostres entitats locals, es localitzen bàsicament al Títol II, Capítol I, que la llei dedica al sector públic institucional. Aquest capítol introdueix bàsicament dos grans novetats:

- L'article 81.2 LRJSP, preveu que totes les Administracions públiques hauran d'establir un sistema de supervisió continua de les seves entitats dependents, amb l'únic objecte de comprovar la subsistència dels motius que varen justificar la seva creació i la seva sostenibilitat financera, sistema que haurà d'incloure o del que s'haurà de deduir la formulació expressa de propostes de manteniment, transformació o extinció de les organitzacions existents. Tot i que la llei no ens diu en què haurà de consistir aquest sistema, el cert és que el sistema en qüestió es regula a l'article 85 LRJSP per les entitats integrants del sector públic institucional estatal, amb la qual cosa segurament aquesta proposta servirà com a una referència que esdevindrà un veritable model per a les entitats locals introduït a través dels seus òrgans interventors. El sistema en qüestió s'articula en base a un control d'eficàcia i en un mètode de supervisió continua. El control d'eficàcia es fonamenta en la necessària elaboració d'un pla d'actuació que en principi s'ha d'aprovar en el moment de la creació de l'organisme, la qual cosa no vol dir que aquest mateix pla s'hagi d'acabar adoptant per les entitats preexistents en un termini prudencial. L'anomenat pla d'actuació contindrà les línies estratègiques en funció de les quals s'haurà de desenvolupar l'activitat de l'entitat, que es revisaran cada tres anys, i que es completaran amb plans anuals que desenvoluparan l'inicial per a l'exercici següent. Aquest control d'eficàcia serà exercit per la regidoria, l'àrea o l'òrgan competent de l'entitat local a la qual estiguin adscrits els pertinents organismes i tindrà per objecte avaluar el compliment dels objectius propis de l'activitat especifica de l'entitat i l'adequada utilització dels recursos adscrits. Al marge del control d'eficàcia hi ha el sistema de supervisió. En principi, totes les entitats integrants del sector públic institucional hauran d'estar subjectes des de la seva creació fins a la seva extinció a la supervisió continua dels òrgans competents de l'entitat local en matèria de hisenda, amb la qual cosa s'haurà de decidir aquí el paper que pugui pertocar als corresponents òrgans interventors; en qualsevol cas, la funció d'aquest mecanisme de supervisió és vigilar la subsistència de les circumstàncies que varen justificar la creació de l'organisme, la seva sostenibilitat financera i, el que és mes important, la concurrència o no de possibles causes de dissolució per incompliment de les finalitats que varen justificar la seva creació o que la seva subsistència no resulti el medi més idoni per aconseguir-los. En tot cas, la confluència dels dos

mecanismes de control d'eficàcia i supervisió continua està prevista a la llei amb una única i exclusiva finalitat: l'elaboració d'un informe que, segons les conclusions que s'hagin pogut obtenir podrà contenir recomanacions de millora o una proposta de transformació o supressió de l'organisme públic o entitat.

- La segona novetat, aquesta més relativa, consisteix en l'aparició, a l'article 82 LRJSP, d'un Inventari d'Entitats del Sector Públic Estatal, Autonòmic i Local, que es configura com un registre públic administratiu que ha de garantir la informació pública i l'ordenació de totes les entitats integrants del sector públic institucional amb independència de la seva naturalesa jurídica. Aquest inventari dependrà de la Intervenció General de l'Administració de l'Estat i la captació i el tractament de la informació dependrà de la Secretaria General de Coordinació Autonómica i Local del Ministeri de Hisenda. La creació, transformació, fusió o extinció de qualsevol entitat haurà d'ésser inscrita en l'esmentat inventari i, a tenor de l'article 83 LRJSP, caldrà tenir en compte que la inscripció en l'esmentat inventari es constitueix en un requisit essencial perquè per part de l'Administració tributària es pugui assignar a la referida entitat un número d'identificació fiscal definitiu i la lletra identificativa, sense la qual en la pràctica resulta impossible operar.

Aquestes són les regles bàsiques que caldrà complir per totes les entitats locals en els terminis que després assenyalarem. Ens interessa hores d'ara plantejar una altra qüestió d'indubtable transcendència dintre d'aquest mateix bloc, qüestió que ens ha de venir induïda a partir de la consideració de l'article 85 bis.1 LRBRL. Aquest precepte preveu expressament que la gestió directa dels serveis de la competència local mitjançant les formes d'organismes autònoms locals i d'entitats públiques empresarials locals es regiran, respectivament pel que es disposa en els articles 45 a 52 y 53 a 60 LOFAGE, amb un seguit d'especialitats. Tanmateix, el que succeeix és que aquesta llei (LRJSP) ha vingut a substituir els aspectes orgànics previstos a la LOFAGE, amb la qual cosa es planteja immediatament la qüestió de si la remissió feta a determinats preceptes de la LOFAGE a la LRBRL s'ha d'entendre ara feta als articles equivalents de la LRJSP. Una qüestió que no resulta fàcil ni senzilla, sobretot perquè la nova llei ha "oblidat" resoldre aquesta qüestió. A partir d'aquí, el tema es pot tornar difícil i conflictiu; per exemple, es pot pensar que aquesta remissió senzillament ha desaparegut i que el seu buit serà cobert en el seu dia per les lleis autonòmiques que desenvolupin la llei de l'Estat, o es pot pensar que el territori abandonat pot ser cobert per les normes estatutàries derivades de la pròpia autonomia local. El que succeeix és que aquests plantejaments semblen xocar frontalment amb una conjuntura històrica en la qual les STC 103/2013, de 25 d'abril, 143/2013, de 11 de juliol, 161/2013, de 26 de setembre, han confirmat la constitucionalitat d'una legislació bàsica de l'Estat que es remet a una norma estatal, la LOFAGE, per a la regulació dels organismes autònoms i les entitats públiques empresarials locals i, després, normant les seves especialitats, amb la qual cosa difícilment s'entén ara l'abandonament d'un

sector de la regulació que tractava d'imposar un model comú d'organització de les entitats instrumentals del sector públic local. Encara més, en dret es distingeix entre les diverses tècniques de reenviament normatiu i els seus diferents efectes jurídics. Així es parla de reenviament material i formal. En el reenviament material, la norma de reenviament és una norma en blanc sense contingut que s'ha d'emplenar amb el contingut de la norma cridada, amb la qual cosa la derogació d'aquesta és un indiferent jurídic, la norma derogada pot seguir sent utilitzada per a completar la norma de reenviament. A aquesta opció se li ha d'oposar l'anomenat reenviament formal, és a dir, la norma cridada ho és amb el contingut existent que poguessin tenir en el moment de la configuració del reenviament o amb el que tingui en el futur. El criteri per a diferenciar quan estem davant d'un reenviament material o formal no és fàcil, assenyalant-se al respecte que l'opció per un o altre model s'ha de fonamentar en la redacció de la norma, és a dir, que de la norma en qüestió es pugui deduir inequívocament que va haver una voluntat clara del legislador de remetre's al contingut material d'un text i no al dit text, amb independència del seu contingut. Per tant, el punt de partida hauria d'ésser aquí pensar, com jo crec que s'ha de pensar, que la idea última del legislador de les bases del règim local era optar per un model de regulació dels organismes públics locals coincident amb el model d'organismes públics estatals, fos el que fos en cada moment, cosa que al meu parer té sentit. Tot i això, seguirà existent fins al moment que es pugui clarificar aquesta situació una bona dosis d'inseguretat per un raó senzilla, hores d'ara no resulta fàcil identificar els preceptes de la LRJSP que resulten d'aplicació als organismes públics locals i aquesta norma modifica d'una manera important l'ordenament jurídic vigent en alguns aspectes substancialment importants com pot ser la pròpia definició d'organisme públics o, el que pot resultar més essencial des d'una perspectiva pràctica, la funcionalitat de les entitats públiques empresarials que s'hauran de finançar majoritàriament amb ingressos de mercat, la qual cosa abocarà a la seva transformació en organismes autònoms si es vol conservar la seva diferenciació jurídica. De la mateixa manera, la llei en qüestió incorpora com a "matèria nova" una regulació de la possible fusió, transformació, liquidació o extinció dels organismes públics que no estava prevista a la LOFAGE i que, per tant, resultaria de difícil aplicació al mon local llevat d'una disposició expressa al respecte. Això no s'ha d'entendre com un alleujament, ja que, en canvi, els mecanismes de control i supervisió s'hauran d'aplicar expressament, amb el que això pot comportar d'inducció dels processos de fusió, transformació o extinció, processos perfectament regulats a la LRJSP, però de difícil aplicació a l'àmbit local sense una concreta previsió. En definitiva, si hem d'aterrar com puguem, almenys que estigui assenyalada la pista d'aterratge. Avui per avui només es veu boira.

Pel que fa a la qüestió dels terminis d'aplicació de la nova legislació, s'ha d'assenyalar que segons la disposició final divuitena LRJSP, aquesta ha d'entrar en vigor a l'any de la seva publicació, és a dir, ha entrat en vigor el dia 1 d'octubre de 2016. A partir d'aquesta data, totes les entitats i

organismes que integren el sector públic estatal existents en el moment de l'entrada en vigor de la llei disposen d'un termini de tres anys a comptar des de la seva entrada en vigor per adaptar-se a la mateixa. Tanmateix, aquest termini que no destorba la necessitat de constituir un sistema de supervisió contínua de les entitats dependents del sector públic estatal, autonòmic i local en el moment de l'entrada en vigor de la llei i de l'obligació d'inscriure les corresponents entitats d'aquest mateix sector públic en l'Inventari d'Entitats del Sector Públic Estatal, Autonòmic i Local, en el termini de tres mesos a comptar des de l'entrada en vigor de la llei.

A partir d'aquí ens haurem d'enfrontar a una política de reestructuració del sector públic que pot implicar les operacions següents:

a) Transformacions o canvis de la naturalesa jurídica d'un organisme autònom, entitat pública empresarial, societat mercantil local o fundació local de qualsevol d'aquestes entitats per a transformar-se en una altra de les esmentades.

b) Fusions, és a dir, la possible extinció d'un organisme públic per la seva integració en un altre organisme públic ja existent, o la possible extinció de dos organismes públics per la seva integració en un nou organisme públic.

c) Dissolucions, liquidacions i extincions d'organismes públics induïdes pel compliment de les seves finalitats, per la seva manifesta falta d'eficàcia com a forma de gestió o per la situació de desequilibri financer.

Certament, no existeix un sistema construït i racionalitzat de la reestructuració dels aparells públics, però es poden deduir una tipologia de problemes relacionats amb la gestió del personal que resulta afectat pels canvis relacionats amb el règim jurídic o l'estructura de les organitzacions a la llum de les previsions de la legislació vigent, encara que no resultin de directa d'aplicació a les entitats locals i a la llum també de l'experiència adquirida i de la jurisprudència emesa en els processos de reestructuració d'entitats públiques ja viscuts a l'Estat i a determinades comunitats autònomes, com poden ser Andalusia, Madrid i el País Valencià, i a les mateixes Administracions locals, que han adquirit una experiència recent en aquestes matèries en base fonamental a l'aplicació de les mesures de reestructuració derivades de l'aprovació dels corresponents plans d'ajust.

2. Transformacions de les entitats del sector públic institucional.

És important tenir present que la transformació o el canvi de règim jurídic d'una entitat no pressuposa un qüestionament de la seva activitat, de la seva unitat estructural o dels seus mitjans personals. Certament, s'ha dit que hi ha en la nova legislació del sector públic una opció conscient per a facilitar un determinat tipus de decisions de transformació en una determinada direcció, d'aquí

que aquestes facilitats només es constaten si les transformacions tenen com a finalitat revertir el procés de "privatització" que han patit els organismes públics en els últims anys, és a dir, si es tracta de transformar una entitat pública empresarial en un organisme autònom, o una societat o una fundació pública en una entitat pública empresarial. Es vol certament invertir la tendència de transformació dels modes de gestió en benefici de les formes privades de personificació (fonamentalment, societats i fundacions), i sobretot es vol recuperar el valor dels tipus jurídics, de manera que cada forma jurídica de gestió d'una activitat descentralitzada funcionalment s'ajusti a la naturalesa última de les missions, finalitats o activitats que hagi de desenvolupar.

Si ens atenem estrictament al concepte mateix de transformació de la naturalesa jurídica originaria de l'entitat alguns dels instituts jurídics propis de la successió d'activitats es poden veure directament qüestionats. La normativa vigent en matèria de successió d'empreses demana un canvi de titularitat de l'empresa i una transmissió de la mateixa empresa, d'un centre de treball o d'una unitat productiva autònoma; això pressuposaria l'extinció d'una persona jurídica, per exemple, una entitat pública empresarial, i el naixement d'una altra, un organisme autònom. Tanmateix, la legislació estatal vigent que prenem com a referència, més concretament l'article 87 LRJSP, ens diu que la transformació té lloc, conservant la personalitat jurídica, per cessió i integració global en unitat d'acte, de tot l'actiu i passiu de l'entitat transformada amb successió universal dels drets i obligacions; amb la qual cosa el que es pot deduir es que la persona jurídica, l'empresari en termes estructurals, és el mateix, el que canvia és la seva naturalesa jurídica.

Tot i això, es pot donar per cert que es manté sempre una persona jurídica, però també és pot afirmar que hi ha una persona jurídica de dret privat, per exemple, que desapareix, i una persona jurídica de dret públic que apareix, persona a la que es cedeix en unitat d'acte, tot l'actiu i passiu de l'entitat transformada, la cedent, entitat que desapareix en benefici de la nova creada amb aquesta operació; la cessionària, amb la qual cosa en la pràctica es dona una situació subrogatòria de facto a la qual resulta d'aplicació l'article 44 ET. Al meu parer, el tema clau aquí és l'existència o no d'una persona jurídica cedent i una altra cessionària, si només existeix un canvi de naturalesa amb la conservació de la personalitat jurídica preexistent que solament alterà el seu règim, en la pràctica podríem dir que la situació laboral del treballadors es manté inalterada en no existir una alteració de la titularitat empresarial i només procedeix, si s'escau, un canvi en l'ordenació i organització dels mitjans personal, seguida d'una assignació d'efectius, per integrar-los en la nova estructura de llocs de treball, tal com sembla advertir el mateix article 87 LRJSP, que assenyala també que aquest canvi o adaptació no podrà suposar l'atribució de la condició de funcionari al personal laboral que presti serveis en l'entitat transformada, advertint-ne a l'efecte que la integració de les persones que fins al moment venien exercint funcions reservades a funcionaris sense ser-ho podrà realitzar-se

amb la condició de “a extingir”, assenyalant-se finalment que de l’execució de les mesures de transformació no es podran derivar increments de la massa salarial preexistent en l’entitat transformada.

3. Les fusions d’organismes públics.

En principi, en el plantejament original la fusió d’organismes públics, és una operació reservada als de la mateixa naturalesa jurídica. Tot i amb això, existeixen precedents relativament recents en la nostra història administrativa per recordar que alguns dels processos de reestructuració per concentració s’han donat entre organismes públics de distinta naturalesa jurídica, tal com es pot acreditar amb una lectura atempta de la Llei 1/2011, de 17 de febrer, de Reordenació del sector públic d’Andalusia, el que ha produït un seguit de problemes jurídics en la integració del personal principalment per les diferències existents en la classificació dels llocs de treball de personal laboral i funcionari, i pel desajust en els procediments d’accés a l’ocupació pública dels organismes de dret públic i de dret privat.

En tot cas, la fusió pot pressuposar l’extinció i integració de dos o més organismes públics en un nou organisme públic, o, també, l’extinció d’un nou organisme públic per la seva absorció per un altre preexistent o també per la seva integració a l’Administració matriu.

En la legislació vigent, tot procés de fusió ha de comportar un estalvi i sembla una tècnica particularment útil per a resoldre les situacions de desequilibri financer i de solapament d’activitat, per tant, es susceptible de comportar una alteració de la estructura preexistent, de la qual és pot derivar una reestructuració de plantilla a través del corresponent pla de redimensionament que ha d’adequar les estructures organitzatives, immobiliàries, de personal i els recursos existents a la nova situació.

En aquesta direcció, s’ha de recordar que la figura del pla de redimensionament té el seu origen en l’Ordre HAP/583/2012, de 20 de març, per la qual es publica l’Acord del Consell de Ministres de 16 de març de 2012, pel qual s’aprova el pla de reestructuració i racionalització del sector públic empresarial i fundacional estatal, i la seva finalitat última, tal com es disposa en aquesta Ordre, es servir de fonament, és a dir, de motivació a les mesures laborals que s’hagi d’adoptar en la seva execució que s’entendran per aquesta raó fonamentades en causes econòmiques, tècniques, organitzatives i de la producció. Això vol dir que es vol a priori que la decisió pública de racionalitzar el sector públic i la seva obligada concreció pels organismes es constitueix a priori en un supòsit possible d’extinció de les relacions laborals, en els termes que es disposava a la disposició

addicional segona del Reial Decret-llei 3/2012, de 10 de febrer, de mesures urgents per a la reforma del mercat laboral, que ara s'ha incorporat a la disposició addicional setzena ET.

En tot cas, l'aprovació d'aquests plans de redimensionament és prèvia a la fusió en el supòsit d'integració d'organismes en un nou organisme, és a dir, el pla de redimensionament s'ha d'aprovar per cada una de les entitats abans de l'operació de fusió, i, en canvi, és posterior a la fusió en el supòsit d'absorció d'un organisme per un altre, és a dir, han d'ésser aprovats per l'organisme públic absorbent, si un organisme s'extingeix per ser absorbit per un altre preexistent, el que no deixa de ser una norma directiva de gestió del procés de reestructuració que resulta poc significativa i que té com a únic objectiu facilitar el procés de reestructuració resultant de les fusions per absorció.

A tenir en compte que les fusions no pressuposen per elles mateixes una continuació de l'activitat. De fet, la legislació vigent per a la reordenació del sector públic estatal preveu expressament que l'activitat o activitats que poden ocasionar una situació de desequilibri financer es deixin de prestar després de la fusió, llevat que la mateixa fusió garanteixi una realització de forma sostinguda després de la fusió.

Per tant, una operació de fusió comporta sempre una operació de compartició de serveis comuns que lògicament produirà un estalvi, però és també una operació de replantejament de les activitats realitzades que poden o no tenir la seva continuïtat en el nou organisme o en l'organisme absorbent, amb la qual cosa no hi ha una relació de simetria entre la fusió i la continuació de l'activitat.

Amb aquesta excepció, les operacions de fusió han de comportar la integració dels mitjans personals dels organismes públics fusionats en els termes assenyalats en el pla de redimensionament. Conseqüentment, el personal dels organismes públics extingits es podrà integrar, bé en l'Administració matriu, o bé en el nou organisme públic que resulti de la fusió o en l'organisme públic absorbent, segons procedeixi, d'acord amb les previsions establertes en la norma reglamentària de fusió i de conformitat amb els procediments de mobilitat establerts en la legislació de funció pública o en la legislació laboral que resulti d'aplicació, amb els drets i obligacions que els corresponguin d'acord amb la normativa vigent.

Un plantejament de principi que ha d'ésser objecte de matisació. Sens dubte en el marc d'un procés de reestructuració de les Administracions públiques, de manera motivada, podran traslladar als seus funcionaris, per necessitats dels serveis, a unitats, departaments o organismes públics o entitats distintes a les de la seva destinació, respectant les seves retribucions, condicions

essencials de treball i lloc de residència, modificant, si s'escau, l'adscripció dels llocs de treball dels quals siguin titulars, un plantejament que es fa palès a l'article 81.2 EBEP, que per eliminar dubtes és una pura reproducció de l'article 20.1 LMRFP. Encara més, si entenem que el pla de redimensionament en la pràctica pot tenir el contingut i la funcionalitat d'un pla d'ordenació de recursos humans aquests trasllats poden implicar també un canvi de residència. Més dificultat té aquest plantejament per al personal laboral, sobretot si aquest personal laboral ha estat contractat per un organisme públic determinat, és a dir, és personal laboral d'aquest organisme i apareix dotat d'un conveni propi i diferenciat amb un particular sistema de mobilitat. Altra cosa seria que estiguem parlant de personal laboral de l'Administració matriu o de personal d'un determinat organisme públic integrat en l'àmbit subjectiu de l'aplicació d'un conveni col·lectiu que pogués cobrir al personal de l'Administració matriu i al personal dels seus organismes públics que a tots els efectes son considerats un grup d'empreses amb capacitat per adoptar una normes de circulació, o si es vol, de mobilitat o de provisió de llocs de treball dintre del grup, amb la qual cosa aquests processos de mobilització de personal es podrien emparar en el sistema de provisió de llocs de treball i mobilitat del personal funcionari perquè així ho disposa el conveni col·lectiu o, en el seu defecte, perquè així s'ha previst a l'article 83 EBEP, amb independència del que pugui dir la legislació laboral. Si no es donen aquests pressupòsits segurament ens trobaríem en una altra situació i es podria pensar en el procediment tradicional de successió d'empreses previst en l'article 44 ET.

En tot cas, convé que expliquem aquí la importància que té per aquests procediments de mobilitat del personal en els supòsits de reestructuració d'entitats del sector públic, la STC 236/2015, de 19 de novembre, recaiguda sobre el judici de constitucionalitat fet a la Llei 1/2011, de 17 de febrer, de reordenació del sector públic d'Andalusia, un judici de constitucionalitat que es projecta en un dels seus fonaments, concretament el sisè, sobre les condicions de mobilitat de funcionaris dependents de l'Administració matriu a agencies o entitats públiques empresarials per a l'exercici de les corresponents potestats públiques, adscripció que es fonamenta en una dissociació entre dependència orgànica i dependència funcional que es produeix entre una Administració i un organisme públic, una dissociació que es considera una particular modalitat de mobilitat del funcionari entre persones jurídiques distintes i que es fa efectiva a través dels procediments de mobilitat i de provisió de llocs de treball, com aquí es fa efectiva aquesta mobilitat entre organismes fusionats. Plantejament que no es considera contrari als principis essencials de la nostra Constitució i del nostre dret de la funció pública. De la mateixa manera que tampoc es considera contrari al principi d'igualtat i mèrit l'establiment d'un determinat sistema d'integració del personal funcionari i contractat laboral en organismes de nova creació o sorgits de l'adaptació de les entitats instrumentals existents, sempre que les normes que regulin aquests processos d'integració estiguin

predeterminades, siguin generals i abstractes i es fonamentin en el principi d'igualtat i mèrit, la qual cosa atorga a l'Administració un ampli camp de maniobra per controlar els aspectes de personal derivats del procés de reestructuració.

Més enllà d'aquestes qüestions el procediment de fusió remarca les singularitats que ja coneixem sobre la impossibilitat d'atribuir la condició de personal funcionari al personal laboral que presti serveis en els organismes públics fusionats, la possibilitat d'integrar les persones que venien exercint funcions reservades a funcionaris en els corresponents llocs de treball amb la condició de "a extingir", i la prohibició expressa que de les mesures de fusió es puguin derivar increments de la massa salarial en els organismes públics afectats.

4. L'extinció d'organismes públics

Finalment, ens referirem al procés d'extinció dels organismes públics. Un procés que no és senzill i que es fonamenta en unes causes determinades com pot ser el transcurs del temps assenyalat per a l'existència de l'entitat en la seva llei de creació, el compliment del seus fins o la impossibilitat acreditada de compliment dels mateixos a través del mecanisme de control d'eficàcia o de supervisió continua, l'assumpció per l'Administració matriu de les finalitats i objectius de l'entitat descentralitzada, i finalment, en sintonia amb les previsions de la legislació de racionalització i sostenibilitat a l'Administració local, l'existència d'una situació de desequilibri financer durant dos exercicis pressupostaris.

El procediment d'extinció previst a la llei estatal s'inicia en base a una comunicació d'existència del motiu de l'extinció feta pel titular del màxim òrgan de direcció a l'Administració matriu en el termini de dos mesos des de que quedi acreditada la causa de dissolució. Transcorregut aquest termini sense la producció d'aquesta comunicació, concorrent objectivament la causa de dissolució, es considera que l'organisme públic queda automàticament dissolt. En el cas que s'hagi produït aquesta comunicació els òrgans de govern de l'Administració matriu hauran d'adoptar el corresponent acord de dissolució i iniciar el procés de liquidació.

Només en el supòsit de la causa de dissolució fonamentada en una situació de desequilibri financer es permet l'aprovació d'un pla de correcció i la seva aplicació en l'exercici pressupostari en el qual es pugui aprovar i en el següent. Transcorreguts ambdós exercicis pressupostaris sense que s'hagi corregit el desequilibri, el titular del màxim òrgan de direcció de l'organisme comunicarà aquesta situació a l'Administració matriu perquè decideixi o no prorrogar la duració del pla de correcció, la qual cosa, per cert, pressuposa un sistema de compartició de la decisió pública d'extinció que no existeix en la legislació de racionalització i sostenibilitat de l'Administració local.

Tot i això s´ha d'advertir que la liquidació i extinció de l'organisme públic no ha de produir per ella mateixa un procés de reestructuració del personal. En principi, en la legislació estatal es preveu que les reestructuracions del sector públic aboquin a un procés de successió universal de tots els drets i obligacions que, en bona lògica, hauria d'abastar també al personal, amb independència que amb posterioritat al procés de subrogació es procedeixi a les oportunes operacions de redimensionament del personal.

Fins aquí, el traçat d'un paral·lelisme entre el que podrien ser els processos de reestructuració del sector públic estatal i el local a la llum de la LRJSP. Convé ara que reflexionem sobre les experiències adquirides en aquesta matèria amb la finalitat d'avançar en la identificació dels problemes de personal que es poden donar en la pràctica de la reestructuració del sector públic local

5. La decisió de reestructurar i els seus efectes sobre les plantilles.

Un dels grans interrogants dels processos de reestructuració que viuen les nostres organitzacions públiques rau en la possible connexió entre la decisió administrativa de reestructurar i la decisió de regulació de la plantilla existent en el si de les nostres organitzacions.

Sabem al respecte, que el nostre Tribunal Suprem manté d'antic una doctrina que diferencia entre els acomiadaments que es donen per iniciativa de l'empresari i que s'han de subjectar a les causes i els procediments dels acomiadaments per causes objectives i els acomiadaments que venen determinats pel compliment d'una llei. En aquest sentit és coneguda la doctrina de l'extinció per "factum principis" o "fet del príncep", entenent per aquest fet tota decisió del poder o de l'autoritat pública imprevisible i/o inevitable, que recau sobre la persona de l'empresari i impedeix la continuació del seu funcionament.

En aquest sentit, és important tenir en compte per aquesta anàlisi que en aquest concepte s'integrarien decisions del poder legislatiu o del poder polític que resulten irresistibles per a la persona de l'empresari, el que permet reconduir aquest tipus d'acomiadament als anomenats acomiadaments per força major, la qual cosa vol dir que quedarien subjectes a l'article 51.7 ET, és a dir, que l'acomiadament no s'hauria de justificar per causes econòmiques, organitzatives, tècniques o productives i que el procediment d'acomiadament és el de simple comunicació amb interposició de l'autoritat laboral i no el de negociació amb els representants dels treballadors amb la voluntat d'arribar a acords.

Aquesta ha estat una argumentació utilitzada recentment en la justificació de l'extinció contractual dels promotors d'ocupació del Servei Andalús d'Ocupació en la fonamentació de la STS de 19 de juliol de 2016, ROJ: STS 4032/2016. El raonament és simple: la causa d'una amortització del lloc de treball i el corresponent cessament és una concreta disposició legal o una decisió política. La pregunta lògica que s'ha de plantejar a continuació és si la decisió política de reestructurar i racionalitzar el sector públic i la seva obligada concreció pels organismes i societats afectats, resulta ser un supòsit possible d'extinció de les relacions laborals dels treballadors al marge de les causes llistades a l'article 51.1 ET, 52.c ET i a la disposició addicional setzena ET, la qual cosa sembla suggerir el citat acord cinc de l'Ordre HAP/583/2012, de 20 de març, per la qual es publica l'Acord del Consell de Ministres de 16 de març de 2012, per la qual s'aprova el pla de reestructuració i racionalització del sector públic empresarial i fundacional estatal, quan disposa: "Las medidas laborales que en ejecución de las operaciones societarias y planes de redimensionament que se adopten se entenderán motivadas por cusas 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".

La tòpica jurisprudencial ens mostra que els plans econòmics-financers i que els plans d'ajust s'han fet valer com a fonament últim de la insuficiència pressupostària que es considera acreditativa de l'acomiadament objectiu per causes econòmiques a les Administracions públiques, tal com es pot veure en una extensa i constant jurisprudència menor de la qual poden resultar representatives la STSJ de Murcia de 17 de febrer de 2014, ROJ: STSJ MU 258/2014, la STSJ de Madrid de 26 de febrer de 2014, ROJ: STSJ M 3406/2014, i la STSJ de Andalusia, Melilla i Ceuta, de 6 de març de 2014, ROJ: STSJ AND 2249/2014, tot i que la STS de 2 de desembre de 2014, ROJ: STS 5642/2014, sembla haver introduït un més gran rigor en els precisos termes en què apareixen descrites les causes econòmiques en la disposició que regula l'acomiadament en el sector públic i que fan referència a l'existència d'una situació d'insuficiència pressupostària sobrevinguda i persistent per al finançament dels serveis públics corresponents, assenyalant al respecte que el caràcter sobrevingut de la situació es pot explicar també per circumstàncies legals que obliguin a l'Administració, entesa com a empresari, a no poder seguir utilitzant finançament extern i adoptar mesures preventives i correctives com poden ser l'aprovació dels corresponents plans de sanejament.

Més enllà d'aquest plantejament cal dir planerament que els nostres tribunals venen refusant que l'adopció de simples mesures de reestructuració, amb caràcter preventiu o executiu, puguin fundar una causa autònoma de resolució de les relacions laborals, tal com es pot veure a la STS de 21 de maig de 2014, ROJ: STS 34100/2014, en la qual es descarta que la decisió administrativa de

supressió d'una agència pública, amb l'assumpció de les seves funcions per un departament i una entitat pública, pugui fundar una causa autònoma d'acomiadament per raons organitzatives que tinguin prioritat sobre les previsions de subrogació previstes a les normes laborals. Més concretament, la STS de 28 de gener de 2015, ROJ: STS 997/2015, advertirà que les causes objectives d'acomiadament operen amb independència dels acords de reestructuració que es puguin adoptar pels corresponents òrgans de govern i s'han de provar objectivament en funció de les circumstàncies acreditades després de la producció de cada situació.

Tanmateix, no resulta infreqüent connectar la supressió o la dissolució d'un organisme públic per ministeri de la llei amb l'extinció de la personalitat jurídica de l'empresari prevista a l'article 49.1.g) ET, una causa justificativa que no exonera dels tràmits de l'article 51 ET previstos pels acomiadaments col·lectius, però que pot funcionar autònomament per aquells acomiadaments que no superin els llindars numèrics dels acomiadaments col·lectius establerts al citat article 51.1 ET. Aquí l'extinció de la personalitat jurídica del contractant es pot veure com una causa d'acomiadament plenament justificada sense que es consideri necessària l'acreditació d'una de les causes previstes a l'article 51 i 52 ET, tot i què aquesta és una tesi susceptible de discussió atesa l'artificialitat que pot representar la personalitat jurídica com a forma de gestió dels serveis públics, el que ha donat lloc a una doctrina avui minoritària que descarta l'acceptació d'aquest tipus de causa sense la concurrència de les causes econòmiques, tècniques, organitzatives i de la producció, una discussió que es fa ben palesa a l'argument de la majoria i al vot minoritari sostingut a la STS de 3 de desembre de 2014, ROJ: 5781/2014.

En tot cas, el que sí queda clar és que els arguments preventius no tenen cabuda a l'ordenament jurídic vigent, amb la qual cosa, un projecte de llei en el qual es prevegi l'extinció de la personalitat jurídica d'un organisme públic, no pot servir per a fundar un acomiadament col·lectiu quan aquesta extinció jurídicament no s'ha produït, la qual constitueix una decisió administrativa de caràcter preventiu que intenta eludir que el personal de plantilla de l'organisme pugui passar a prestar serveis a l'òrgan administratiu que en el futur haurà d'assumir les competències i activitats pròpies de l'organisme en qüestió.

A partir d'aquí sembla que podem ja assolir alguna conclusions:
a) L'extinció per intermediació de la llei d'un organisme públic pot fundar una causa autònoma de reestructuració de la seva plantilla en base a l'existència de força major o d'extinció de la personalitat jurídica de l'empresari, tenint sempre present que els acomiadaments preventius no tenen cabuda en el nostre ordenament jurídic.

b) Es pot afirmar que, a dia d'avui, els tribunals venen refusant les decisions polítiques o les decisions administratives de reestructuració d'un organisme públic com a causes autònomes d'acomiadament, el que fa que els processos de reestructuració que puguin impactar sobre el personal necessitin sempre de l'acreditació d'una causa econòmica o d'una causa organitzativa que caldrà justificar sempre en base a la caracterització d'aquests supòsits feta per la legislació laboral.

c) Tot i això, és cert que els plans econòmics-financers i els plans d'ajust poden justificar una insuficiència pressupostària sobrevinguda i persistent que acrediti la causa econòmica prevista a la legislació laboral com a fonament d'un acomiadament objectiu, causa que sovint s'articularà per aquells organismes que poden ser objecte de fusió o d'extinció en base a la seva situació de desequilibri financer. De la mateixa manera, els plans de redimensionament fonaments en l'excés de plantilla que produirà, per exemple, l'agregació de serveis comuns, poden basar una causa organitzativa d'extinció de les relacions laborals que s'hauria d'acreditar ordinàriament, amb independència de les propostes normatives existents i contingudes a la LRJSP, per l'organisme resultant d'una determinada fusió o per l'organisme absorbent.

Tanmateix, el cert és que sovint les reestructuracions fonamentades en decisions polítiques el que intenten evitar o eludir és la successió de plantilles que ha de funcionar autònomament al marge de l'esdevenir de les estructures administratives i en funció sempre de la conservació de les activitats i de les unitats productives.

6. Reestructuració d'organismes i successió d'activitats.

Tal com es diu a la STS de 26 de juny de 2014, ROJ: STS 3434/2014: "lógicamente, es muy difícil que en el ámbito de las Administraciones Públicas, pueda producirse la extinción del contrato de trabajo por esta específica causa de 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 de un organismo público se trasladan a otro".

De fet, la transmissió d'activitats i serveis pels canvis induïts en les formes de gestió dels serveis públics poden ser un supòsit objectiu de successió d'empreses regulat per l'article 44 ET, que resulta ser una adaptació al dret nacional de les previsions de la Directiva 2001/23/CE, sobre aproximació de les legislacions dels Estats membres relatives al manteniment dels drets dels treballadors en cas de traspàs d'empreses o centres d'activitat.

Com és sabut, la successió d'empreses es fonamenta en un element objectiu, el canvi de titularitat de l'empresa per qualsevol tipus de negoci jurídic, i un element objectiu, la transmissió d'una entitat

econòmica que manté la seva identitat, entesa com a un conjunt de mitjans organitzats amb la finalitat de dur a terme una activitat econòmica, essencial o accessòria.

El canvi de titularitat entre una antiga entitat (cedent) i un nova entitat (cessionari) pressuposa la seva aplicació amb indistinció de la naturalesa pública o privada de les persones jurídiques, amb la única excepció dels supòsits de reorganització administrativa entre autoritats públiques i el traspàs de funcions administratives entre autoritats, una excepció que nos ens ha de portar a engany, ja que tal com diu la STSJUE de 26 de setembre de 2000, Assumpte C-175/99, aquesta excepció pertoca única i exclusivament a la cessió de competències administratives pròpies de l'exercici del poder públic, és a dir, a la transferència de l'exercici de potestats públiques o de funcions d'autoritat en el sentit contingut a l'article 9.2 EBEP, però no a l'activitat de serveis públics.

De la mateixa manera aquest canvi de titularitat es pot produir per qualsevol situació de fet, acte o negoci jurídic, al marge sempre de la forma jurídica de transmissió, de manera que una decisió política o administrativa adoptada per una autoritat pública pot fundar perfectament aquest tipus de situació, tal com es pot veure a la STSJUE de 29 de juliol de 2010, Assumpte C-151/2009.

Més difícil resulta l'acreditació de l'element objectiu que ha de basar la reversió laboral. Des d'una perspectiva orgànica, l'element objectiu de la successió pressuposa sempre la transmissió d'una entitat econòmica que manté la seva identitat, entesa com un conjunt de mitjans materials i immaterials organitzats i estructurats amb la finalitat de portar a terme un activitat econòmica, essencial o accessòria. Tanmateix, el cert és que aquesta concepció orgànica, sovint es completa amb una concepció de caràcter funcional que només demana la continuació de l'activitat i la conservació d'una part del personal "en termes de nombre i competències", tal com diu la STSJUE de 10 de desembre de 1998, Assumptes acumulats C-127/96, C-229/96 i C-74/97. En el límit aquesta tesi representa que una pura continuïtat de les activitats i la conservació d'un nombre important del personal pot habilitar el pressupòsit substancial d'una subrogació de personal per a tota la plantilla de personal, cosa que resulta ésser un excés atès que la conceptualització de la successió d'empresa en base a la successió de plantilles demana que aquesta es doni "en termes de nombre i competències", la qual cosa vol dir que l'element essencial aquí és l'assumpció d'un actiu immaterial; és a dir, l'element essencial no és quantitatiu: el nombre de treballador, sinó qualitatiu: les competències, i en especial, organitzatiu: un conjunt de persones estructurades, amb un determinat grau d'organització i coordinació interna, que aporta les seves competències, la seva qualificació o especialització professional i experiència per a prestar un servei. Tot i això, el cert és que la subrogació de la major part o d'una part essencial del personal i la continuació de l'activitat té avui en dia en el nostre dret la força suficient per garantir l'existència d'una transmissió

d'empreses. D'aquesta manera l'element objectiu de la transmissió que demana l'existència d'una entitat econòmica que manté la seva identitat muda i es transforma en la transmissió d'un conjunt organitzat de persones i/elements que permeten l'exercici d'una activitat amb un objectiu propi.

D'aquí que la jurisprudència comunitària per a provar l'existència d'una transmissió d'empreses acabi utilitzant un sistema d'indicis i una anàlisi cas per cas en la qual juga un paper important la transmissió d'elements materials i immaterials, però també la transmissió d'una part important dels treballadors, la conservació dels clients o dels usuaris i el grau d'analogia de les activitats abans i després de la transmissió, tal com es pot veure a la STSJUE de 9 de desembre de 2004, C-460/02.

D'aquí que realment els supòsits de fusió, absorció i extinció d'organismes públics que únicament impliquin un canvi en la modalitat gestora del servei siguin supòsits de successió d'empreses llevat que la desaparició de l'organisme gestor pressuposi també l'extinció de l'activitat o del servei públic que s'ha vingut prestant fins al moment. De fet juga aquí el principi de successió universal que la LRSAL contempla expressament pels organismes públics del sector estatal, i que d'antic està consagrat a la legislació de règim local, concretament a l'article 88.2 del Decret de 15 de juny de 1955, pel qual s'aprova el Reglament de serveis de les corporacions locals, que preveu la successió universal de les corporacions locals al dissoldre's les formes de personificació pública que es puguin utilitzar per a la prestació de serveis, tal com ens recorda la STSJ del País Basc de 30 de maig de 2012, ROJ: STSJ PV 3152/2012.

En aquesta mateixa direcció també és pot afirmar que una clàusula general de successió universal de tots els drets i obligacions continguda en una norma jurídica i referida als processos d'extinció de la personalitat jurídica dels organismes, les societats i les fundacions del sector públic, com resulten ser les incorporades sense matisacions a l'article 97 LRSP per la liquidació i extinció dels organismes públics estatals, habilita la corresponent successió de les relacions laborals. Tal com es diu a la STS de 21 de maig de 2014, ROJ: STS 3410/2014: "esa subrogación en los derechos y obligaciones se refiere también –aunque no solamente- a los que dimanan de los contratos de trabajo".

Tot i això, no falten en la nostra història més recent experiències en les quals es procedeix al cessament de totes les activitats d'una determinada societat pública amb continuació d'alguna activitat menor per part de l'Ajuntament a través de les corresponents àrees i serveis i amb el propi personal excedentari de la mateixa corporació local que a tots els efectes s'ha considerat amb capacitat per habilitar la corresponent causa objectiva a fi i efecte de procedir a l'acomiadament per raons organitzatives de tot el personal de la societat municipal, tal com es pot veure a la STS de 22

de juliol de 2015, ROJ: 4365/2015, un plantejament en el qual juguen un seguit de factors que s'han de considerar: l'objecte social de l'empresa pública en qüestió no és un servei públic essencial; l'activitat assumida per l'ajuntament és complementària i és precisament la reorganització d'aquestes activitats i la inserció de les mateixes en el si de la corporació municipal la que habilita la causa organitzativa de l'acomiadament, que es justifica també perquè en cap moment l'ajuntament es fa càrrec d'una part dels treballadors de l'extinta societat. Una jurisprudència per cert que té una línia de continuïtat en la STSJ de Andalusia, Málaga, de 17 de març de 2016, ROJ: STSJ AND 3385/2016, que coneix del procés de reestructuració del sector públic de la Diputació de Màlaga, i més concretament, del procés d'extinció de l'Empresa pública provincial per a l'habitatge de Màlaga, SAU, empresa dedicada bàsicament a la promoció d'habitatges de protecció oficial i a la gestió dels registres públics municipals de sol·licitants d'aquests habitatges, empresa que s'acredita com a clarament deficitària i sobredimensionada en la seva estructura i plantilla de personal, que és objecte de dissolució a través d'una operació de liquidació mitjançant la cessió global d'actius i passius a favor del seu únic soci, la Diputació, la qual acorda el cessament definitiu de totes les activitats de la societat, amb els corresponents acomiadaments per causes econòmiques i organitzatives, i amb desconeixement de les clàusules del conveni col·lectiu, més concretament el seu article 59 que estableix unes garanties d'ocupació, entre elles la de que tota reducció o pèrdua de llocs de treball de l'empresa tindrà que ser absorbida per la plantilla de l'empresa o organisme provincial que continuï prestant els serveis propis d'aquesta entitat. Aquí el tema clau torna a ser el mateix: la falta de continuïtat en els serveis públics prestats per la societat extingida i la no conservació de les relacions laborals existents fins al moment, cuidant-se la Sala de recordar que, la condició de soci únic d'una societat anònima, no imposa a la corporació local un il·limitat deure de realitzar aportacions socials, doncs les societats municipals constitueixen un mode de gestió directa dels serveis públics locals dotat de personalitat jurídica pròpia, distinta e independent de la corporació que les constitueix, de tal manera que no resulta lícit confondre-la amb l'Administració que hagi contribuït al seu naixement, amb la qual cosa aquest tipus d'entitat mercantil està exposada als condicionats econòmics i de mercat que poden portar, si s'acrediten les corresponents causes objectives a l'extinció dels contractes dels seu empleats. L'argument sobre l'aplicació de les clàusules de garantia de l'ocupació que conté el conveni col·lectiu de la societat extingida l'havia ja abordat la STSJ de 1 de juliol de 2015, ROJ: STSJ AND 8223/2015, amb el raonament que no s'havia produït una successió de l'activitat de l'empresa sinó la supressió de l'activitat principal de la mateixa, amb la qual cosa no existia un altra empresa o organisme públic que prestés els serveis que aquella venia desenvolupant; encara més, el Tribunal ens recordarà que els convenis col·lectius no poden incorporar garanties d'ocupació que afecti a tercers que no formen part de l'àmbit d'aplicació del conveni col·lectiu, encara que es tracti

de la pròpia corporació soci constituent de l'entitat, doncs, s'argumenta, es tracta d'entitats amb personalitat pròpia i distinta.

Al final el plantejament és simple: s'ha de distingir entre l'extinció i la liquidació d'un organisme públic i l'assumpció o no de les seves funcions per una altra entitat, amb la qual cosa no hi ha subrogació sinó simple cessació de les activitats de servei públic, tal com es diu a la STSJ de la Comunitat Valenciana de 22 de desembre de 2015, ROJ: STSJ CV 6399/2015.

Lògicament, cal dir també que una successió empresarial no és per ella mateixa una garantia de manteniment de l'ocupació. La successió assegura la conservació de les relacions laborals en el moment de la transmissió però no impedeix que després de la culminació del negoci successori, l'organisme cessionari pugui utilitzar les mesures de reestructuració que consideri adient quan aquestes estan degudament justificades a la llum de la nova situació produïda per la integració. Tal com es diu a la SAN de 9 de juliol de 2014, ROJ: SAN 3066/2014, el que la legislació prohibeix és que la successió per ella mateixa sigui una causa de finalització de contractes, però l'operació successòria no impedeix a l'empresa successora reestructurar la seva plantilla per adequar-se a la seva situació productiva o organitzativa.

Encara més, molt sovint els processos de reestructuració s'han fet després de l'absorció de plantilles, tal com es pot veure a la STSJ de Madrid de 18 de març de 2016, STSJ M 3108/2016, que coneix d'una extinció de contractes de treball amb posterioritat a la fusió entre la Fundació EOI (Escola d'Organització Industrial) i la Fundació Col·legits Majors MAEC-AECID, en base a l'Ordre HAP/1816/2013, de 2 d'octubre, per la qual es publica l'Acord pel qual s'adopten mesures de reestructuració i racionalització del sector públic estatal fundacional i empresarial, Ordre en la qual per cert, s'afirma un principi de successió de personal com a conseqüència de l'extinció d'una fundació i la integració de la seva activitat en un altre organisme públic, encara que sigui de distinta naturalesa jurídica. Aquí l'aprovació del pla de dimensionament es produeix després de la fusió i la causa organitzativa que serveix de suport a l'extinció dels contractes de treball, no és altra que el procés de reorganització posterior per a evitar les situacions de duplicitat o redundància de funcions que es donen en les estructures organitzatives del nou organisme públic. Aquest mateix procés de reestructuració amb posterioritat a la fusió es pot veure a la STS de 28 de gener de 2015, ROJ: STS 997/2015, que coneix dels acomiadaments produïts a la empresa Enginyeria de sistemes per a la defensa de Espanya, SA, en base als processos de fusió i absorció prescrits a l'Ordre HAP/583/2012, de 20 de març, per la qual es publica l'Acord del consell de Ministres de 16 de març de 2012, pel qual s'aprova el pla de reestructuració i racionalització del sector públic empresarial i fundacional estatal. Aquesta Ordre va preveure les operacions necessàries per

impulsar l'absorció de la Societat estatal enginyeria y serveis aeroespacials, SA (INSA) per la Societat estatal enginyeria de sistemes per a la defensa d'Espanya, SA (ISDEFE), un cop realitzada aquesta operació la societat resultant (ISDEFE), impulsa en base al model dels anomenats plans de redimensionament, un "Pla de simplificació de l'organització dels seus serveis centrals", amb la finalitat de dissenyar una nova organització dels serveis centrals i dimensionar els recursos de personal necessaris per gestionar els processos de la companyia resultant de la integració, la qual cosa comporta la extinció de 49 contractes de treball per causes organitzatives. L'argument de la part social va defensar la nul·litat de la resolució dels acomiadaments en base a la seva falta de previsió en l'Acord del Consell de Ministres que va donar lloc a la fusió. El plantejament era simple i directe: l'Acord preveu l'assumpció de personal però no la seva regulació. Tanmateix, el cert és que la decisió judicial és quasi inqüestionable: constatació de l'existència d'una causa organitzativa derivada d'una fusió empresarial, avalada per un Acord del Consell de Ministres que vindria a justificar pràcticament "com a exigència mecànica de la fusió" acomiadaments per duplicitat i redundància en els llocs de treball.

Qüestió distinta, i en la que caldrà parar compte, són els supòsits de gestió mixta de serveis locals a través de una persona jurídica de caràcter associatiu com pot ser la mancomunitat o el consorci. Aquí la dissolució de l'entitat no provoca per ella mateix la supressió d'una activitat o servei que resulta ser expressió d'una competència pròpia o obtinguda per delegació, supressió que només pot ésser acordada per l'Administració pública que ostenta la seva titularitat, amb la qual cosa l'eliminació d'una forma gestora del servei no és pot fer equivalent a l'eliminació del servei mateix que autoritza a la regulació del seu personal a través dels mecanismes pertinents, de manera que si aquesta es produeix per part de l'entitat mixta es pressuposa feta amb una intencionalitat fraudulenta, tal com és diu a la STS de 17 de febrer de 2014, ROJ: STS 1279/2014.

En paraules de la STSJ d'Astúries de 5 de desembre de 2014, ROJ: 3868/2014: "tratándose de servicios gestionados por Ayuntamientos, por delegación de la Administración Autonómica, no resulta admisible que la Mancomunidad pueda acordar su supresión, debiendo entenderse que lo que se suprime es su gestión a través de ella pero no el servicio en sí mismo, cuya supresión sólo puede ser acordada por la entidad a quien compete su gestión. La actuación de la Mancomunidad en relación con esa supuesta eliminación de servicios conlleva una justificación que en este caso no se ha ofrecido, entrando dentro de lo razonable traspasar a los Ayuntamientos integrantes de la misma, junto con los medios materiales, los medios humanos precisos para dispensar el servicio antes prestado, de conformidad con las reglas sobre sucesión de empresas del artículo 44 del ET".

7. Reestructuració, règim jurídic del personal i igualtat i mèrit

Els canvis en les formes personificades de gestió dels serveis públics locals poden produir transformacions en el règim jurídic de l'organisme corresponent o en el règim jurídic de l'organisme resultant d'un procés de fusió. Així, pot no ser infreqüent que un organisme de dret privat s'acabi transformant en una organisme de dret públic o que un organisme de dret privat hagi d'ésser absorbit per un altre de dret públic.

Aquí els problemes que es poden plantejar guarden relació amb els diferents règims jurídics de personal que actuen com a reservats o preferents per a cada tipus d'entitat. Així, per exemple, s'ha volgut erigir com una barrera a una possible successió de personal laboral d'una entitat de dret privat per una entitat de dret públic el diferent règim jurídic dels llocs de treball, laboral en el primer, funcionarial en el segon, amb l'argument que el personal laboral de l'organisme de dret privat no podria passar a ocupar llocs de treball que en l'organisme de dret públic quedaven reservats a personal funcionari. Doncs be, aquesta és una objecció que sembla quedar superada per la confusa STS de 21 de maig de 2014, ROJ: STS 3410/2014, en la qual s'admet una successió d'efectius entre l'Agencia valenciana de mobilitat i la Conselleria d'infraestructures, territori i medi ambient de la Generalitat Valenciana, en llocs de treball que previsiblement haurien de quedar reservats a funcionaris, amb conservació de la seva condició de personal laboral i el manteniment de funcions administratives, amb la qual cosa es prioritza el fenomen subrogatori sobre el règim jurídic dels llocs de treball.

De la mateixa manera s'ha volgut impedir una incorporació ordenada de personal a les plantilles públiques procedent de processos de subrogació en base a les limitacions introduïdes en l'oferta pública d'ocupació per l'anomenada taxa de reposició d'efectius que hores d'ara es regula a l'article 20 de la Llei 48/2015, de 29 d'octubre, de Pressupostos Generals de l'Estat per a l'any 2016. Un plantejament condemnat al fracàs després de la STS de 23 de febrer de 2015, ROJ: STS 979/2015, en la qual es considera que la norma pressupostària que condiciona la possibilitat de noves contractacions ha d'ésser interpretada restrictivament per dos raons: la primera, pel caràcter excepcional de la limitació pressupostària, atesa la seva manifesta contradicció amb la regla general de l'article 70.2 EBEP, que manté el caràcter periòdic anual de l'oferta pública d'ocupació; la segona, perquè la llei pressupostària conté una norma restrictiva de drets que ens portaria a no complir les normes laborals de la legislació interna i la Directiva comunitària 2001/23/CE, sobre

aproximació de les legislacions dels Estats membres relatives al manteniment dels drets dels treballadors en cas de traspàs d'empreses o centres d'activitat.

Un plantejament a més que trobarà la seva justificació última en el sí de la pròpia llei pressupostària. En aquesta direcció, s'ha de recordar que la Disposició addicional quinzena de la Llei 48/2015, de 29 d'octubre, de Pressupostos Generals de l'Estat per a l'any 2016, relativa a la contractació de personal de les societats mercantils públiques i les entitats públiques empresarials en 2016 i la disposició addicional setzena del mateix text legal, relativa a la contractació de personal de les fundacions del sector públic en 2016, declaren la no aplicabilitat de les limitacions a la contractació de nou personal introduïdes per la llei pressupostària quan es tracti de la integració de personal amb una relació de serveis preexistent de caràcter fix o indefinit en el sector públic estatal, autonòmic o local en què, respectivament, estigui inclosa la corresponent entitat pública, societat mercantil o fundació.

Més complexa resulta ser l'aplicació dels mecanismes subrogatoris entre entitats de dret privat i entitats de dret públic pel que fa a la vigència del principi d'igualtat i mèrit en l'accés a qualsevol tipus d'ocupació pública.

Al respecte cal recordar que els organismes públics que ajusten la seva activitat al dret privat han de respectar també el principi d'igualtat i mèrit en la selecció del seu personal de conformitat amb les previsions de la disposició addicional primera EBEP, en la qual expressament s'assenyala que els principis continguts a l'article 52, 53, 54, 55 i 59 d'aquesta norma bàsica seran d'aplicació en les entitats del sector públic estatal, autonòmic i local. En aquesta direcció s'ha de subratllar que l'article 55 emfatitza el fet que les Administracions públiques, entitats i organismes, han de seleccionar el seu personal funcionari i laboral mitjançant procediments en els quals es garanteixen els principis d'igualtat, mèrit i capacitat.

Uns principis i procediments que sovint són desconeguts, sobretot per determinades societats mercantils de capital públic, amb la qual cosa el seu procés d'integració, dissolució i extinció en favor d'un organisme públic que en principi tindria que anar acompanyat d'un procés de subrogació de personal es veu enterbolit per l'oposició de les pròpies Administracions o del seu personal de carrera a acollir persones que no han provat el seu mèrit i la seva capacitat en un procés obert i competitiu.

Aquí es fonamental tenint en compte el bagatge acumulat en base a la discussió jurídica induïda per l'aprovació de la Llei 1/2011, de 17 de febrer, de reordenació del sector públic d'Andalusia.

Aquesta llei determina el règim d'integració del personal que es va veure afectat pels processos de reordenació del sector públic andalús. En aquesta regulació es subratlla en particular que quedarà integrat en les mateixes entitats instrumentals personal procedent d'entitats públiques que es regeix pel dret administratiu i personal procedent de societats mercantils. Amb aquesta integració s'aconsegueix l'accés directe a l'ocupació en organismes públics, considerades a tots els efectes com a Administracions, de personal contractat per societats privades. Aquesta accés directe es produeix mitjançant la tècnica de la successió d'empreses, amb la qual cosa s'acaben incorporant a les plantilles de les Administracions a través dels corresponents mecanismes de circulació interna persones que no han provat el seu mèrit i capacitat en un procés competitiu obert per igual a tots els ciutadans.

De fet, la disposició addicional quarta de la Llei 1/2011, de 17 de febrer, de reordenació del sector públic d'Andalusia concretament diu el següent: "El personal laboral procedente de las entidades instrumentales suprimidas se integrará en la nueva entidad resultante de acuerdo con las normas reguladoras de la sucesión de empresas, en las condiciones que establezca el citado protocolo de integración, y tendrá la consideración de personal laboral de la agencia pública empresarial o de la agencia de régimen especial. El acceso, en su caso, de este personal a la condición de personal funcionario o laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía sólo podrá efectuarse mediante la participación en las correspondientes pruebas selectivas de acceso libre convocadas en ejecución de las ofertas de empleo público".

Doncs bé, aquests processos d'integració han estat discutits per diferents associacions de funcionaris públics que han plantejat que els decrets i protocols d'integració aprovats per la Junta d'Andalusia, amb l'anuència dels grans sindicats confederals, pressuposen un exercici il·legal de funcions públiques per persones que no han accedit a l'Administració pels sistemes legalment establerts, una vulneració del dret a la igualtat dels ciutadans en l'accés a les funcions públiques i una postergació del personal de carrera que ha accedit a l'ocupació pública en base a procediments fonamentats en el principi d'igualtat i mèrit que veuen disminuïts els seus drets a la carrera professional per l'entrada de persones terceres alienes a l'ocupació pública, la qual cosa ocasiona una pertorbació il·legítima en l'exercici del dret al càrrec amb vulneració del dret d'igualtat en l'accés.

Aquesta línia argumental ha estat acollida per alguns pronunciaments, del que pot ser una mostra expressiva, la STSJ d'Andalusia, Sevilla, de 2 de novembre de 2011, ROJ: STSJ AND 9371/2011, en la qual es recalca el caràcter excepcional i singular dels sistemes d'integració a l'ocupació pública que no siguin de lliure accés, sistemes extraordinaris, que a més, han d'estar autoritzats

expressament per una llei bàsica de l'Estat, amb la qual cosa la integració directa de personal de les extintes societats pressuposa que passen a formar part dels serveis públics com a personal laboral, persones concretes sense respectar els principis rectors de l'accés a l'ocupació pública, advertint a l'efecte que una cosa és l'aplicació correcta dels mecanismes successoris establerts a la legislació laboral i altra, distinta, és convertir aquest personal en personal d'un organisme públic amb accés directe a tota l'Administració de la Junta d'Andalusia. Encara més, alguna decisió judicial dictamina que l'aplicació del principi de subrogació sense accés a l'ocupació pública podria originar la creació d'una tipologia de personal al servei de les Administracions públiques que defineix com a "personal subrogat", tal com es pot veure a la STSJ d'Andalusia, Granada, de 29 d'octubre de 2012, ROJ: STSJ AND 9369/2012, el que resulta bàsicament cert.

En aquesta polèmica ha entrat el nostre Tribunal Suprem a través d'una bateria de pronunciaments dels que resulten suficientment expressius la STS de 21 de gener de 2013, ROJ: STS 483/2013, la STS de 25 de març de 2013, RJ/3225/2013; la STS de 16 de setembre de 2013, RJ/7165/2013 i la STS de 17 de febrer de 2016, ROJ: STS 714/2016, en els quals es manté que la integració de personal subrogat procedent d'un procés de reestructuració del sector públic és coherent amb una correcta aplicació de l'article 44 ET, en el ben entès que la mateixa es limita a l'entitat d'adscripció i no permet la seva comunicació per vies excepcionals a l'ocupació pública de l'entitat matriu, d'igual manera s'estableix que aquesta integració no és contraria a l'article 23.2 CE, i no ha d'afectar als drets dels personal que han accedit a l'ocupació pública a través de procediments selectius fonamentats en el mèrit i la capacitat.

Finalment, aquesta qüestió, molt enrarida políticament, ha acabat arribant al Tribunal Constitucional que en la seva Sentencia 236/2015, de 19 de novembre, ha eludit incomprensible abordar aquesta qüestió directament amb l'argument que la norma en qüestió no es pronuncia sobre els procediments i els criteris concrets d'integració, que han d'ésser determinats a través dels pertinents protocols, amb l'advertència que: "si en la configuración final del procedimiento de integración o en su aplicación se tomaran en consideración circunstancias incompatibles con los principios de mérito y capacidad o se produjeran acepciones o pretericiones ad personam o cualquier otra quiebra relevante que lleve a la preterición de un aspirante,8 tales irregularidades podrán ser denunciadas por quien se sienta afectado, llegado el caso recabando el amparo de este Tribunal". Tot i això, entre línies es pot llegir també una veritable advertència a l'abast últim d'aquests processos d'integració quan s'acaba dient que les normes reguladores de la integració en organismes públics són susceptibles de afectar al dret al manteniment de la condició de funcionari, la qual cosa és tota una senyal sobre la possible afectació dels drets dels empleats públics preexistents per la incorporació de personal procedent d'un procés de reestructuració, cosa

que ens hauria de fer pensar sobre el particular règim jurídic del personal integrat o subrogat en un organisme públic. Però aquesta sí que és una altra qüestió.

Barcelona, 17 d'octubre de 2016

Órdenes, instrucciones y circulares de ejecución de la legislación de crisis y disponibilidad de las normas pactadas en la negociación colectiva

Dra. Alba García Torres

1. Empleo público y normas de coyuntura: una intervención legal en cascada

Los efectos de la crisis económica que empezaron a manifestarse en 2008 propiciaron que el legislador comenzara a adoptar medidas paliativas o correctoras a partir de 2009. Esas medidas presentan diferente fisionomía según los momentos y los objetivos perseguidos, pero desde 2010 cuentan con el nítido propósito de contención o reducción del déficit público.

Las medidas de contención del gasto público fueron recogidas, en un primer momento, en el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, y tuvieron continuidad en normas posteriores, significativamente en el Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público. Ambos Reales Decretos-ley, orientados a la contención y reducción del déficit, modificaban importantes condiciones de trabajo y empleo en el sector público, particularmente en materia de contratación y retribuciones, así como de jornada, incidiendo también en importantes aspectos de la negociación colectiva.

Ambos decretos fueron ampliamente debatidos por lo controvertidas que resultaban sus medidas en relación con la prohibición de contratación y las sucesivas minoraciones de las retribuciones de los empleados públicos. Como se recordará, el Real Decreto-Ley 8/2010, redujo hasta el 5% las cuantías retributivas de todos los empleados públicos, y posteriormente se produjo una "congelación" de las retribuciones (RD-ley 20/2011, Ley 2/2012[1] y Ley 17/2012[2]) y se suprimió la paga extraordinaria de Navidad para el año 2012 (RD-ley 20/2012, de 14 de julio).

Además, los citados Reales Decretos-ley han introducido cláusulas que han supuesto la pérdida de eficacia, en diversos puntos, de los pactos, acuerdos y convenios colectivos en el ámbito

[1] Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012.
[2] Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013.

del empleo público, y que también han resultado controvertidas por una eventual vulneración de la autonomía colectiva.

Conviene poner de manifiesto que a pesar de que los Reales Decretos-ley 8/2010, 20/2011 y 20/2012 son las normas "*anticrisis*" que mayor impacto han tenido sobre la regulación de la prestación de servicios en el ámbito del empleo público, no han sido las únicas disposiciones que en los últimos años han incidido sobre su configuración. En concreto, las sucesivas reformas llevadas a cabo sobre el mercado de trabajo y la legislación laboral (Ley 35/2010, del 17 de septiembre[3], Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero[4], y Ley 3/2012, de 6 de julio), han implicado igualmente cierta modulación de las relaciones laborales en el ámbito de la Administración Pública[5].

Como se anunció, la primera de estas sucesivas normas "*anticrisis*" con repercusión en el empleo público fue el Real Decreto-ley 8/2010, que suponía una modificación de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, y la suspensión de las medidas de carácter económico contenidas en el Acuerdo Gobierno-Sindicatos para la función pública en el marco del diálogo social 2010-2011.

La aprobación de esta norma respondía, conforme a su propia exposición de motivos, a la necesidad de paliar las consecuencias de la crisis y de preservar los niveles alcanzados de desarrollo y bienestar. Este Real Decreto-ley pretendía ser una medida continuista respecto al compromiso del Gobierno de España con la sostenibilidad de sus finanzas públicas, iniciado con la actualización del Plan de Estabilidad y Crecimiento 2010-2013, aprobada por el Consejo de Ministros de 29 de enero de 2010, así como con el programa de consolidación fiscal estructurado sobre el Plan de Acción Inmediata 2010[6], y con el Plan de Austeridad de la Administración General del Estado 2011-2013[7].

---

[3]*Vid*. CRUZ VILLALÓN, Jesús, "Algunas claves de la reforma laboral del 2010", *Temas laborales. Revista andaluza de trabajo y bien estar social*, Nº 107, pg.21-52, GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, Elías, "El fundamento, la función, y la aplicación de la ley de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo", en VV.AA (Dir. VALDÉS DAL-RE, Fernando, GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, Elías), *La reforma del mercado de trabajo de 2010*, Reus, Madrid, 2011, pg.15-28 y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel, "El contrato de trabajo en la ley 35/2010", *Diario La Ley*, Nº7448, 2010.

[4]*Vid*. SEMPERE NAVARRO, Antonio V., y MARTÍN JIMÉNEZ, Rodrigo, *Claves para la reforma laboral de 2012. Estudio sobre el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero*, Aranzadi, Pamplona, 2012.

[5]*Vid*. CUEVA PUENTE, María del Carmen, "Contratación temporal: régimen en las Administraciones Públicas", en VV.AA (Dir. VALDÉS DAL-RE, Fernando, GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, Elías), *La reforma del mercado de trabajo de 2010*, Reus, Madrid, 2011, pg.137-158, BODAS MARTÍN, Ricardo, *Incidencia de la Ley 35/2010, de 18 de septiembre, en las relaciones laborales de las Administraciones Públicas*, Bomarzo, Albacete, 2011 y MARÍN ALONSO, Inmaculada, "Las nuevas particularidades de la relación laboral de empleo público tras la reforma laboral de 2010", *Relaciones laborales*, Nº22, 2011, pg.11-34

[6]El Plan de Acción Inmediata 2010 (aprobado por Acuerdo de Consejo de Ministros de 29 de enero de 2010) supuso un acuerdo de no disponibilidad de 5.000 millones de euros, que afectó a todos los Ministerios, y una reducción de la oferta pública de empleo, estableciendo una tasa de reposición del 10% de las vacantes. Igualmente se aprobó en marzo de ese mismo año un Plan de racionalización del gasto farmacéutico por importe de 1.500 millones de euros, y en abril, un Plan

Todas estas medidas pretendían adecuar la situación económica española a las exigencias de la Unión Europea que, mediante el "*Procedimiento de Déficit Público*", consideraba necesario que el conjunto de las Administraciones Públicas redujera el déficit hasta el 3 % del PIB.

En esta misma línea, el Consejo de Política Fiscal y Financiera aprobó el Acuerdo Marco con las Comunidades Autónomas y ciudades con estatuto de autonomía sobre sostenibilidad de las finanzas públicas 2010-2013. Además, en el seno de la Comisión Nacional de Administración Local se aprobó el Acuerdo Marco sobre sostenibilidad de las finanzas públicas para el período 2010-2013, en el que se preveía un conjunto de medidas orientadas a que las Entidades Locales redujeran gradualmente su déficit público, fijado en un 0,5% en el año 2009, hasta alcanzar el objetivo del 0,2% en el año 2013.

En este contexto, el Real Decreto-ley 8/2010 optó por la reducción de las retribuciones de los empleados públicos hasta un 5% de la masa salarial en términos anuales, aplicable tanto a las retribuciones básicas como a las complementarias, y a todas las Administraciones.

Posteriormente, la convocatoria de elecciones generales, con la pertinente renovación de las Cámaras, en noviembre de 2011, y la consiguiente dificultad para que el nuevo legislador aprobara la Ley de Presupuestos en el plazo ordinario, produjo la prórroga de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales para el año 2011, salvo en aquellos créditos correspondientes a actuaciones finalizadas en ese ejercicio presupuestario, o para aquellas obligaciones que se extinguieran al finalizar el 2011. Para colmar las lagunas derivadas de esta prórroga, se aprobó el Real Decreto-ley 20/2011, que respondía a un doble objetivo. Por un lado, al igual que la medidas precedentes, pretendía corregir la desviación del saldo presupuestario estimada para el conjunto de las Administraciones Públicas respecto al objetivo de estabilidad comprometido, y, por otro, contenía la regulación de los créditos de gastos que no habían continuado en vigor tras la prórroga presupuestaria[8].

---

sobre racionalización de estructuras de la Administración General del Estado y un Plan de racionalización del sector público empresarial del Estado.

[7]El Plan de Austeridad preveía un recorte generalizado del gasto que afectara a todas las partidas excepto a las pensiones, prestaciones por desempleo y ayudas a la dependencia, educación e I+D+i, con un impacto equivalente al 2,6 por 100 del PIB en el periodo 2011-2013. Las principales actuaciones estaba orientadas a la reducción de gastos de personal (-0,3 por 100 del PIB), gastos de funcionamiento (-0,2 por 100), inversiones (-0,5 por 100) y transferencias y otros gastos (-1,6 por 100). Asimismo, la aprobación de cualquier nueva actuación de gasto que se quisiera emprender en este período debería supeditarse a los objetivos cuantificados en el Plan de Acción Inmediata y en el Plan de Austeridad, de modo que cualquier medida que propusiera los Departamentos ministeriales no podría suponer un aumento neto del gasto.

[8]Como se sabe, el artículo 134.4 de la Constitución establece que "*si la Ley de Presupuestos no se aprobara antes del primer día del ejercicio económico correspondiente, se considerarán automáticamente prorrogados los Presupuestos del*

Posteriormente, el 3 de abril del 2012 fue presentado ante las Cortes Generales el Proyecto de Ley de Presupuestos del Estado para el año 2012, que finalmente se convirtió en la Ley 2/2012, de 29 de junio, manteniendo la filosofía de reducción de gasto público de la normativa precedente[9]. A pesar de todo, la tardía Ley de Presupuestos para el año 2012 tuvo que ser modificada a las pocas semanas de su aprobación, como consecuencia de las circunstancias económicas del país.

En concreto, para llevar a cabo esta adecuación se aprobó el Real Decreto-ley 20/2012, de 14 de julio[10], de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, que optó por el establecimiento de medidas de ahorro, principalmente en gasto de personal, dentro de lo que la propia norma denominó un proceso de modernización y racionalización de la Administración Pública.

No obstante, algunas de las medidas adoptadas por este Real Decreto-ley fueron aprobadas con carácter temporal, quedando supeditada su vigencia a la subsistencia de la coyuntura económica[11], aunque también se introdujeron reformas estructurales en el sistema de empleo público, con el objeto de reforzar la garantía de cumplimiento de los compromisos adquiridos por España en materia de gasto público y déficit, así como de mejorar de la eficiencia, productividad y competitividad de las Administraciones.

2. Disponibilidad de las normas pactadas en el empleo público

Las sucesivas reformas acaecidas en materia de empleo público y su influencia, más o menos directa, sobre los acuerdos, pactos y convenios abre nuevos interrogantes sobre la disponibilidad de las normas pactadas en este ámbito.

Para responder a las diversas cuestiones que se pueden plantear en la materia es necesario diferenciar entre aquellas "afectaciones" que se realicen directamente por el legislador, ya sea a

---

ejercicio anterior hasta la aprobación de los nuevos". A pesar de esta previsión general, y conforme a lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, la citada prórroga "*no afectará a los créditos para gastos correspondientes a programas o actuaciones que terminen en el ejercicio cuyos presupuestos se prorrogan o para obligaciones que se extingan en el mismo*".

[9]Las anteriores previsiones se incluyen igualmente en la última actualización del Programa de Estabilidad y crecimiento 2012-2015 para garantizar que nuestro país cumple con los compromisos adoptados dentro del marco de "déficit excesivo" establecido por la Unión Europea.

[10]*Vid*. ARRIBAS LÓPEZ, Joaquín Eugenio, "El Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio y lo funcionarios: leña al mono que es de goma", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº848/2012.

[11]*Vid*. SEMPERE NAVARRO, Antonio V., "Medidas sociolaborales para garantizar la estabilidad presupuestaria y fomentar la competitividad (RD-ley 20/2012, de 13 de Julio), *Aranzadi Social*, Nº5, 2012.

través de una Ley o de un Real Decreto Ley, y aquellas que se llevan a cabo por parte de la Administración. Hay que destacar, en primer término, que la vigencia temporal de los convenios colectivos del personal laboral viene establecida por el artículo 86 del Estatuto de los Trabajadores que, a estos efectos, prevé que «*corresponde a las partes negociadoras establecer la duración de los convenios, pudiendo eventualmente pactarse distintos períodos de vigencia para cada materia o grupo de materias dentro del mismo convenio*». Sin embargo, la vigencia del convenio también se encuentra condicionada por la acción del artículo 21 del EBEP que supedita a la leyes de presupuestos los acuerdos paccionados con contenido económico. En este sentido, los convenios colectivos no podrán programar salarios para dos o mas años, estableciéndose la obligación de reflejar en la Ley de Presupuestos de cada años los incrementos salariales del personal laboral, del mismo modo que se vinculan los topes máximos de incrementos a lo previsto en aquellas.

Respecto del personal funcionario, las previsiones que contiene el EBEP en relación con la vigencia de los «pactos y acuerdos» son similares a las previstas por el Estatuto de los Trabajadores. En este sentido, el EBEP concede a las partes negociadoras la posibilidad de determinar el ámbito temporal de los «*Pactos y Acuerdos* (art. 38.4), lo cual significa que estas pueden establecer libremente las fechas de comienzo y fin de su vigencia. Además, el legislador no impide que las partes opten por darle a un pacto o un acuerdo una duración indefinida[12]. Sin embargo, también esta libertad inicial está sometida a las restricciones presupuestarias, como ocurre respecto del personal laboral. Por ello, tanto como para uno como para otro colectivo, la duración temporal de todas las decisiones con contenido económico se vincula a la vigencia de la ley de presupuestos correspondiente.

Además de estas previsiones expresas sobre la vigencia de las normas paccionadas, debe de tenerse en cuenta que la ley tiene un mayor protagonismo en la determinación de las condiciones de trabajado, lo que conlleva una paralela limitación de la negociación colectiva como fuente reguladora de las mismas. Esta diferencia entre la intensidad legislativa en el ámbito público y privado se explica por qué en el ámbito público no se puede reproducir los esquemas del derecho privado en el que las partes pueden, libremente, ceder en sus contrapuestos intereses y llegar a un acuerdo, ya que los intereses en juego no son meramente privados, sino que afectan al interés general.

[12] *Vid.* ROQUETA BUJ, Remedios, *El derecho a la negociación colectiva en el Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2007, pg.494-495.

Por tanto, la vigencia de los convenios, pactos y acuerdos se puede ver afectada, en aquella materias con contenido económico, tanto por modificaciones presupuestarias, como por la fijación de topes legales de incrementos retributivos con efectos en los convenios vigentes.

Así ocurrió, por ejemplo, con la reducción salarial impuesta por el Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público[13], que modificaba las previsiones de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales para el año 2010[14]. La aprobación y aplicación de esta medida suscitó un debate judicial sobre su constitucional, por una eventual vulneración del derecho a la negociación colectiva, pero tanto el Tribunal Constitucional[15], como el Tribunal Supremo[16], consideraron la medida lícita, al entender que no conllevaba un incumplimiento del convenio en materia salarial[17]. En efecto, el Tribunal Supremo consideró que las modificaciones introducidas por el Real Decreto-ley 8/2010 no eran sino una modificación de una Ley, la de Presupuestos Generales para el año 2010, a través de otra norma de rango legal, a pesar de que colateralmente supusiera el incumplimiento del acuerdo alcanzado por el Gobierno con los sindicatos.

El Tribunal Supremo señaló que la modificación operada sobre la Ley de Presupuestos consistió en una mera limitación de los incrementos salariales en el sector público para el año 2010, instrumento utilizado de modo habitual como contención del gasto público, con la única especialidad

[13] Para un análisis prolijo de las controversias jurídicas que planteó la aprobación de este decreto *vid.* ROQUETA BUJ, Remedios, «El RD-Ley 8/2010, de 20 de mayo y el derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos», Aranzadi social, nº22, 2011, pg. 8-14; VALLEJO D´ACOSTA, Ruth, «Sobre la legitimación de las Administraciones Públicas Autonómicas para modificar el régimen de jornada de trabajo establecido en convenio colectivo del personal laboral a su servicio», Aranzadi Social, nº5, 2012, pg. 107-135 y DE LA IGLESIA AZA, Lidia, «Modificación sustancial de condiciones laborales. La reducción salarial mediante el Real Decreto-ley 8/2010», *Aranzadi Social*, nº 10, 2012, pg.59-64

[14] *Vid*. SSTS 18 de abril de 2012, Sala de lo Social (rec. 192/2011), 24 de abril de 2012, Sala de lo Social (rec. 60/2011); STSS 13 de marzo de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo (rec.539/2010), 12 de abril de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo (rec. 542/2010), 23 de mayo de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo (rec. 544/2010), STSJ de Andalucía del 15 de septiembre de 2011.

[15] Así, los AATC 85/2011, 7 de junio y 180/2011, del 13 de diciembre, desestimaron la inconstitucionalidad del RD-ley 8/2010 al considerar que las previsiones legales cuestionadas no suponían una afectación, en el sentido constitucional del término, del derecho de la negociación colectiva reconocido en el artículo 37.1 de la CE, ya que se modificaron concretas condiciones de trabajo (la cuantía de las retribuciones).

[16] *Vid*. SSTS 18 de octubre de 2011 (rec. 61/2011), 9 de diciembre de 2011 (rec. 64/2011), 18 de abril de 2012 (rec. 192/2011), 24 de abril de 2012 (rec. 60/2011), 13 de marzo de 2012 (rec.539/2010), 12 de abril de 2012 (rec. 542/2010), 23 de mayo de 2012 (rec. 544/2010).

[17] *Vid.* LILLO PÉREZ, Enrique, «La libertad sindical y la negociación colectiva a propósito de los autos de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional que plantean cuestión de constitucionalidad por considerar que es inconstitucional la regulación del RD-Ley 8/2010 de medidas contra el déficit público y de reducción salarial del 5% para los empleados públicos», *Revista de Derecho Social*, Nº52, 2010, pg. 205-213 y THIBAULT ARANDA, Javier, «La retribución del personal laboral del sector público cuatro años después del Estatuto Básico del Empleado Público», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº93, 2001, pg. 216- 219.

que en este caso la limitación no se realizó «*ex ante*», al aprobar la Ley de Presupuestos, sino *ex post*, una vez que ya estaba en vigor, debido a las circunstancias sobrevenidas[18].

A este respecto, cabe recordar la doctrina general sobre la disponibilidad de la ley sobre el convenio colectivo. Es jurisprudencia ya clásica de nuestro Alto Tribunal afirma que «*del artículo 37.1 de la Constitución Española no emana ni deriva una supuesta intangibilidad o inalterabilidad del convenio colectivo frente a la norma legal, incluso aunque se trate de una norma sobrevenida ya que en virtud del principio de jerarquía normativa es el convenio el que debe respetar y someterse a la ley*» (ATC 85/2011, de 7 de junio, 205/2012, de 30 de octubre).

Una situación distinta a esta, que al final, como se ha visto, se reconduce a una mera cuestión de jerarquía normativa se plantea cuando es una de las partes intervinientes en la prestación de servicios la que puede afectar, de manera unilateral, a normas paccionadas. Así ocurre, en concreto, en el artículo 38.10 del EBEP, el cual establece que «*se garantiza el cumplimiento de los Pactos y Acuerdos, salvo cuando excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas suspendan o modifiquen el cumplimiento de Pactos y Acuerdos ya firmados, en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público*».

Como se puede observar es este supuesto, ya no se trata de un a intervención del legislador sino que, como se verá, la disponibilidad sobre la norma pactada se entrega a la Administración. Inicialmente, la literalidad del artículo planteó la duda de si este era de aplicación al personal laboral, y por tanto, la Administración podía inaplicar un convenio colectivo en aquellos casos en los que concurrieran las circunstancias previstas en el precepto, o si por el contrario solo era de aplicación a los pactos y acuerdos del personal funcionario. La doctrina, tanto científica como judicial, se decantó por una interpretación restrictiva, limitado el ámbito subjetivo del mismo al personal funcionario.

Así, el Tribunal Supremo afirmó que «*el apartado 10 del artículo 38 del EBEP no ampara la desvinculación de lo pactado en un convenio colectivo suscrito por la Administración Pública y su personal laboral*» (STS de 28 de septiembre de 2011[19]). Esta decisión se fundaba en el hecho de que el propio EBEP deja meridianamente claro que la negociación colectiva del personal laboral se rige por la legislación laboral y no por las normas destinadas a los funcionarios públicos y, en segundo

[18] *Vid.* STS 23 de febrero de 2012, Sala de lo Social (rec. 146/2011).
[19] Rec. 25/2011.

lugar, porque la fuerza vinculante del convenio colectivo reconocida en el artículo 37.1 de la Constitución impedía que el artículo 38.10 del EBEP fuera de aplicación al personal laboral.

La doctrina judicial entendía que el distinto fundamento jurídico de la negociación colectiva del personal laboral y el funcionario, debía influir en la manera legal en la que se podía afectar uno y otro (STS de 21 de marzo de 2002)[20]. Así parecía que se había entendido inicialmente también por parte del legislador y, por eso, el EBEP solo hacía referencia en su artículo 38.10 a la modificación o suspensión de los pactos y acuerdos del personal funcionario, sin que se aludiera a una eventual aplicación a los convenios colectivos del personal laboral. Esta falta de previsión respecto de los laborales fue entendida por los autores no como una laguna jurídica sino como el reconocimiento por parte de la norma de esa doble identidad constitucional de la negociación colectiva de funcionarios y laborales[21].

Sin embargo, en el año 2012 con la aprobación del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, se modificó el artículo 32 del EBEP previendo que «*se garantiza el cumplimiento de los convenios colectivos y acuerdos que afecten al personal laboral, salvo cuando excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas suspendan o modifiquen el cumplimiento de Convenios Colectivos o acuerdos ya firmados en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público*».

Esta previsión, conforme a lo expuesto en la propia exposición de motivos de la norma, no tenía otra pretensión que aclarar el ámbito de aplicación de la medida, ampliando por tanto, el ámbito subjetivo previsto inicialmente en el artículo 38.10 del EBEP. La incorporación de esta cláusula para el personal laboral, según la propia norma, no trataba sino de homogeneizar las situaciones en las que estuviera en juego el interés público, con independencia de que los acuerdos hayan sido adoptados en el ámbito de las mesas generales de negociación o a través de la negociación colectiva del personal laboral. La intención de equiparar los regímenes del personal funcionario y laboral se observa también en la redacción de la disposición adicional segunda del Real Decreto 20/2012, que recoge

[20]*Vid*. MARTÍN VALVERDE, Antonio, «El ordenamiento laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista Política y Social*, nº 137, 1983.

[21]*Vid*. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, María Luz, «Jerarquía normativa vs fuerza vinculante: razones para dudar de la constitucionalidad del artículo 32 del Estatuto Básico del Empleado Público», *Documentación laboral*, nº97, 2013, pg.32-33.

las razones «*extraordinarias*» que ampararían la utilización de dicha cláusula por parte de la Administración, tanto para personal laboral como para funcionarios.

Sin embargo, y a pesar de que la intención de legislador resulta ahora inequívoca, no se puede realizar dicha equiparación con carácter absoluto, ya que se estaría obviando la distinta matriz de la que parte la negociación colectiva de los funcionarios y la de los trabajadores, y, por tanto, su distinta significación. Por ello, cualquier planteamiento al respecto exige un enfoque necesariamente constitucional que parta del papel asignado al legislador por el artículo 37.1 CE, quien debe garantizar el derecho a la negociación colectiva, así como la fuerza vinculante de los convenios.

En este contexto, se podría afirmar que la reforma del año 2012 no supone sino una codificación de la cláusula «*rebus sic stantibus*» en el campo de la negociación colectiva del sector público[22]. En efecto, a pesar de que con carácter general se impone el respeto a lo pactado, en aplicación del principio básico de «*pacta sunt servanda*» reconocido con carácter colectivo en el artículo 37 de la CE, existiendo causas sobrevenidas y excepcionales que rompan el equilibrio natural, puede justificarse la inaplicación del convenio, tal como prevé el artículo 32 del EBEP respecto del personal laboral y el artículo 38.10 del EBEP respecto de los funcionarios.

Aun así, algunos autores entienden que con esta norma el legislador, llamado por la Constitución a ser el garante de la fuerza vinculante de los convenios, decide una restricción contra la propia naturaleza de esta y, por ende, contra el citado encargo constitucional, al otorgar a la Administración la posibilidad de suspender o modificar lo pactado[23]. Sin embargo, el Tribunal Constitucional rechazó todos los recursos que se plantearon en este sentido, al entender que «*del artículo 37.1 de la Constitución Española no emana ni deriva una supuesta intangibilidad o inalterabilidad del convenio colectivo frente a la norma legal, incluso aunque se trate de una norma sobrevenida ya que en virtud del principio de jerarquía normativa es el convenio el que debe respetar y someterse a la ley*» (ATC 85/2011, de 7 de junio, 205/2012, de 30 de octubre).

Aun así, no debe confundirse la intangibilidad del convenio con su fuerza vinculante. Por tanto, si bien se puede decir que mientras que el convenio colectivo puede ser alterado por la entrada

[22]Como se sabe, la cláusula «*rebus sic stantibus*» no requiere un reconocimiento legal, pero dada la especial naturaleza de los acuerdos colectivos, que en puridad no son un simple contrato bilateral, sino instrumentos que se integran el sistema de fuentes de las relaciones laborales, parece razonable que la posible aplicación de una cláusula limitativa de su efectividad se refuerce mediante un reconocimiento legal. En este sentido, es necesario recordar que la jurisprudencia ha aceptado la existencia de cláusulas «*rebus sic stantibus*» en materia de negociación colectiva [SSTS 23 de febrero de 1996 (rec. 2543/1995) y 14 de enero de 1997 (rec.609/1996)].

[23]*Vid*. FERNÁNDEZ DOMINGUEZ, Juan José, «El párrafo segundo del artículo 32 del Estatuto Básico del Empleado Público: una solución con numerosos interrogantes», *Documentación laboral*, Nº97, 2013, pg.18-19

en vigor de una disposición de mayor rango normativo, y eso no se discute, más problemático resulta que una norma habilite la modificación o suspensión de alguna de sus cláusulas[24]. Por ello, es necesario distinguir dos planos de análisis. Por un lado, cuando una ley se modifica una concreta condición de trabajo, en cuyo caso la pertinencia de la modificación se reconduce a una cuestión de jerarquía normativa o subordinación del convenio colectivo a la norma estatal, como se analizó en la primera parte. Y, por otro lado, cuando se regula con carácter general la eficacia de la negociación colectiva en el ámbito del empleo público.

En este contexto, cabe advertir que la reforma introducida por el RD-ley 20/2012 no modifica ni suspende convenios colectivos por sí misma, sino que introduce una cláusula que habilita a cada Administración Pública a hacerlo unilateralmente, lo que, a la postre, plantea una situación diferente, ya que no se trata de que una ley posterior altere o modifique un convenio, sino de legalizar una fórmula que permite a una de las partes, por un cauce excepcional, alterar o suspender lo pactado en convenio colectivo[25]. Y, en tales términos, sí podrían plantearse dudas de constitucionalidad, ya que la consagración de esta fórmula en el artículo 32.2 del EBEP puede afectar al contenido de la norma constitucional que dota de fuerza vinculante a los convenios colectivos, y que obliga al legislador a garantizarla.

Sin embargo, la doctrina ha tratado de superar esta eventual tacha de inconstitucionalidad entendiendo que la norma establece claramente cuáles son los supuestos de hecho habilitantes para su utilización y que, por tanto, los límites para su aplicación son precisos. Esta previsión excepcional se explica por la necesidad de habilitar fórmulas de actuación extraordinaria para aquellos supuestos de necesidad que requieran una intervención de tal naturaleza, ante las circunstancias derivadas de un fuerte desequilibrio en las cuentas públicas, en la línea de lo establecido en la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria, tal como exigen los principios de legalidad y cobertura presupuestaria, previstos en el artículo 33 del EBEP (SSTSJ Madrid 20001/2011, de 30 de junio y 20005/2011, de 6 julio)[26].

---

[24] *Vid*. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, María Luz, «Jerarquía normativa vs fuerza vinculante: razones para dudar de la constitucionalidad del artículo 32 del Estatuto Básico del Empleado Público», *Documentación laboral*, nº97, 2013, pg. 40.

[25] En este sentido, la Plataforma Estatal Sindical y de Asociaciones Profesionales de Empleadas y Empleados Públicos ha planteado una queja ante el Comité de Libertad Sindical de la OIT, por entender transgredido el Convenio 151 OIT.

[26] *Vid*. FERNÁNDEZ DOMINGUEZ, Juan José, «El párrafo segundo del artículo 32 del Estatuto Básico del Empleado Público: una solución con numerosos interrogantes», *Documentación laboral*, Nº97, 2013, pg.18-19

Aun así, el artículo 32 EBEP presenta otras dificultades interpretativas, ya que, conforme a la disposición adicional segunda del Real Decreto Ley 20/2012, será causa de suspensión o modificación del cumplimiento de convenios, la concurrencia de causas graves que obliguen a la Administración a 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*», lo que parece que encaja mal, al menos como causa extraordinaria, con la nueva redacción del artículo 135 de la CE, en virtud de la cual el principio de estabilidad presupuestaria pasa a integrar los principios de actuación administrativa, también cuando actúa como empleadora. En este sentido, la necesidad de una estabilidad presupuestaria, que habilita la aplicación del artículo 32 del EBEP, ya no es una causa extraordinaria, sino que se integra como principio rector de la actuación ordinaria de la Administración, *ex* artículo 135 CE[27].

Sin embargo, otros autores entienden que las circunstancias exigidas por la norma deben considerarse como causas realmente excepcionales, que justifiquen, por un lado, la adopción de la medida y, por otro, la adecuación de tales medidas para paliar la situación negativa, derivada de esa precisa alteración de las circunstancias económicas en la que se encuentra la Administración Pública[28]. Para estos autores, solo los contenidos que tengan una conexión directa con los costes económicos en materia de personal pueden ser afectados por esta medida[29].

No obstante, la necesaria conexión con los costes económicos no limita la inaplicación del convenio a las retribuciones y percepciones extrasalariales, sino que también podría afectar a condiciones de trabajo que, sin ser propiamente retributivas, presenten una inmediata afectación sobre los costes de personal globalmente considerados de la Administración Pública como empleadora[30]. Aun así, lo que tampoco cabe es presumir que todo lo pactado en convenio colectivo

[27]*Vid*. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, María Luz , «*Las reformas en el empleo público en el escenario de la crisis económica*», debates celebrados en el Consejo Económico y Social, Madrid, 1 de febrero de 2013.

[28] En este sentido, la SAN 47/2013, de 19 de abril, vincula las medidas introducidas por el Real Decreto Ley 20/2012 con los objetivos fijados en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, que ha venido a desarrollar el mandato contenido en el art. 135 de la Constitución española, y que da cumplimiento al Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria de 2 de marzo de 2012. El Tribunal entiende que la suspensión de convenios y acuerdos prevista en el 32 del Estatuto Básico del Empleado Público garantiza una adaptación continua y automática a la normativa europea, que persigue garantizar la sostenibilidad financiera, fortalecer la confianza en la estabilidad de la economía y reforzar el compromiso con la estabilidad presupuestaria, mediante la contención del gasto.

[29]*Vid.* CRUZ VILLALÓN, Jesús, «El descuelgue de convenios colectivos en el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas», *Temas Laborales: Revista Andaluza de trabajo y Bienestar social*, nº117, 2012, pg.52-53.

[30]Así, la Audiencia Nacional (SAN 47/2013, de 19 de abril), entendió que era lícito la aplicación del artículo 32 en supuestos de suspensión de la percepción de la póliza sanitaria y dental, así como el complemento de acción social, integrantes todos ellos de los gastos de acción social. También, la STSJ de Andalucía 99/2014, de 23 de enero consideró lícita la suspensión de una serie de artículo del convenio colectivo del personal laboral al servicio del Ayuntamiento de

puede ser objeto de inaplicación por esta vía, ya que siempre es posible encontrar un resultado económico a cualquier tipo de compromiso asumido por vía convencional.

Así pareció entenderlo también la jurisprudencia, que consideró que para que se pueda proceder a la aplicación del artículo 32 del EBEP no vale la mera afectación a materias de contenido económico. En efecto, los tribunales han establecido que, dados los términos de excepcionalidad con los que está redactado el precepto, para que se pueda inaplicar o modificar un convenio debe concurrir una causa grave que afecte al interés público y, además, que la modificación o suspensión adoptada sea adecuada para salvaguardar dicho interés (STS 8 de octubre de 2014[31])[32].

Entendido el precepto de esta manera, el artículo 32 del EBEP instaura «*un procedimiento específico de descuelgue de condiciones de trabajo para el conjunto del sector público, en paralelo para funcionarios y personal laboral*»[33]. En este sentido, se presenta, respecto del personal laboral, como un mecanismo asimilado al del descuelgue de condiciones de trabajo, regulado en el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores. No obstante, presenta un cualitativo contraste en su vertiente procedimental, ya que en el caso del descuelgue se requiere un procedimiento negociado, mientras que en el sistema instaurado por el EBEP es una decisión unilateral de la Administración, aunque se debe informar a las organizaciones sindicales[34].

Los defensores de esta interpretación, entienden que se crea un procedimiento especial de descuelgue para el sector público, porque las previsiones del artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores no tienen cabida en el ámbito de las Administraciones Públicas[35].

Manilva relativos a programas de productividad, vacaciones, mejoras voluntarias, ayuda escolar, prestaciones sanitarias, opción en supuestos de despido, trabajados de distinta categoría, premio de permanencia, jubilaciones y retribución de pagas extraordinarias. El Tribunal aceptó la modificación al entender que las materias objeto de suspensión tenían directa o indirectamente incidencia en el presupuestos, en tanto que precisaban de dotación económica para su materialización. De una manera similar, la STSJ de Murcia 589/2013, de 3 de junio y la STSJ de Asturias 2268/2013, de 22 de noviembre entiende que es lícita la aplicación del artículo 32 del EBEP para modificar o inaplicar un convenio colectivo en materia de jornada y horarios.

[31]Rec. 2609/2013.

[32]Así, por ejemplo, la STSJ de Cataluña nº 4775/2013, de 5 de julio, entendió lícita la suspensión de incentivos regulados en convenio colectivo de una sociedad pública intervenida judicialmente en el seno de un proceso penal y cuyas cuentas presentaban un grave desequilibrio económico.

[33]*Vid.* CRUZ VILLALÓN, Jesús, «El descuelgue de convenios colectivos en el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas», *Temas Laborales: Revista Andaluza de trabajo y Bienestar social*, nº117, 2012, pg. 51. Esta opinión también es compartida por la doctrina judicial que ha entendido que «*el artículo 32 del EBEP habilita un sistema extraordinario para suspender o modificar el cumplimiento de un convenio colectivo que es ajeno a la regulación legal de la modificación sustancial de condiciones de trabajo*» (STSJ de Castilla- León 943/2013, de 15 de mayo y STSJ de Andalucía 99/2014, de 23 de enero).

[34] STSJ de Murcia 589/2013, de 3 de junio y STSJ de Andalucía 99/2014, de 23 de enero.

[35]*Vid.* CRUZ VILLALÓN, Jesús, «El descuelgue de convenios colectivos en el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas», *Temas Laborales: Revista Andaluza de trabajo y Bienestar social*, nº117, 2012, pg. 51 y

En primer lugar, porque el artículo 82.3 está ideado para un escenario en el que la empresa afectada por una dificultad económica, técnica, organizativa o productiva pretende descolgarse de un convenio colectivo sectorial, situación que difícilmente se puede producir en el ámbito de la Administración Públicas, en el que casi no existen convenios de este tipo.

En segundo lugar, porque la relación de causas justificativas del descuelgue tiene su lógica aplicativa en entidades que se desenvuelven en el ámbito de la concurrencia mercantil y, especialmente, respecto de entidades orientadas hacia el lucro económico, circunstancias que no concurren en la actividad administrativa. Esta idea se refuerza si se tiene en cuenta que el legislador ha procedido a efectuar una adaptación de la definición normativa de las causas justificativas de los despidos colectivos al ámbito de las Administraciones y entidades públicas (DA. 20ª ET), pero que, sin embargo, no ha efectuado una operación en paralelo respecto del procedimiento de descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo.

Por último, la inaplicación del artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, y la creación de un procedimiento especifico en este ámbito, se justifica por la inoperatividad en el empleo público de los trámites procedimentales previstos para adoptar este mecanismo en la legislación laboral. En concreto, el arbitraje obligatorio resuelto, directa o indirectamente, por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o del órgano correspondiente de las Comunidades Autónomas no resulta articulable en el ámbito de la Administración Publica[36].

Esta idea se refuerza con las previsiones de la DA 3ª del RD 1362/2012, de 27 de septiembre, por el que se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, la cual distingue dos situaciones la del «*personal laboral de las Administraciones Públicas*» y la del personal que preste sus servicios en «*las sociedades estatales, consorcios, fundaciones del sector público estatal y entidades de análogo naturaleza*». Para este último, se aplican las reglas generales sobre procedimiento arbitral en el seno de la Comisión, sin perjuicio de las especialidades que eventualmente se establezcan por los Ministerios de Empleo y Hacienda. Por el contrario, los primeros quedan exceptuados de la intervención de la Comisión Consultiva, resultando de

---

CAVAS MARTÍNEZ, Faustino, «*El procedimiento de inaplicación de convenios colectivos ante la CCNCC"*, en VV.AA., *Jornadas Técnica de la CCNCC: Los procedimientos estatal y autonómicos sobre inaplicación de convenios colectivos del art. 82.3 ET*, Madrid, 2014, pg.13-14.

[36]*Vid.* CRUZ VILLALÓN, Jesús, «El descuelgue de convenios colectivos en el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas», *Temas Laborales: Revista Andaluza de trabajo y Bienestar social*, nº117, 2012, pg. 41-42.

aplicación, «*la regulación específica sobre solución extrajudicial de conflictos colectivos establecida en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*»[37].

Se puede concluir que respecto del personal laboral del sector público se debe distinguir entre aquel personal contratado por una Administración Pública, en sentido estricto, y el resto de personal que presta servicios en el sector público. Respecto del primer colectivo la inaplicación de condiciones pactadas en convenio se hará por la vía del artículo 32 del EBEP, mientras que respecto de los segundos se acudirá a la legislación laboral ordinaria, esto es, al artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores.

No obstante, existe algún pronunciamiento judicial que ha admitido la aplicación del artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores por una Administración Pública. La STSJ de Murcia 77/2014, de 17 febrero consideró lícita la decisión de un Ayuntamiento de suspender determinados complementos salariales al concurrir las causas económicas y organizativas alegadas[38].

3. Algunas consideraciones sobre las materias negociables en el sector público tras la normativa «anti-crisis»

A pesar de que el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, fue aprobado con la intención de ser una medida coyuntural, orientada a frenar los efectos de la recesión económica, también introdujo modificaciones de mayor calado y de carácter permanente o estable en la regulación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos. En concreto, se modifica su régimen de permisos en un doble sentido. Por un lado, se reduce la duración de los permisos por asuntos particulares y por antigüedad, y por otro, se introducen modificaciones en la configuración general de los permisos (art.48 del EBEP) y de las vacaciones (art.50 del EBEP), estableciéndose una regulación pretendidamente homogeneizadora para todos los niveles y ámbitos de la Administración.

Además, la nueva redacción del EBEP rebaja los días de asuntos propios o de libre disposición de seis a tres días, y elimina los días por antigüedad (dos días adicionales al cumplir el sexto trienio, incrementándose en un día adicional por cada trienio cumplido a partir del octavo, art.

[37]*Vid.* CAVAS MARTÍNEZ, Faustino, «*El procedimiento de inaplicación de convenios colectivos ante la CCNCC"*, en VV.AA., *Jornadas Técnica de la CCNCC: Los procedimientos estatal y autonómicos sobre inaplicación de convenios colectivos del art. 82.3 ET*, Madrid, 2014, pg.14.

[38]El Tribunal entendió que en el supuesto de hecho el Ayuntamiento había cumplido el trámite de negociación impuesto por el Estatuto de los Trabajadores. Además, aclaraba que la medida de suspensión de los complementos retributivos que pretendía adoptar el Ayuntamiento se llevó directamente, para su discusión y negociación, a la Mesa General de Negociación, y no a la comisión constituida con arreglo a lo dispuesto en el artículo 41.4 ET, ya que el propio Convenio Colectivo del Ayuntamiento atribuía a la mesa esa competencia en caso de inaplicación del propio convenio.

48.2 del EBEP). Aún así, este artículo volvió a ser modificado por el 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, dejando la redacción actual del artículo en seis días por asuntos particulares.

Antes de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 20/2012, el artículo 48 del EBEP establecía una regulación de los permisos con carácter mínimo y supletorio ("*en defecto de legislación aplicable los permisos y su duración serán al menos*"). Sin embargo, en la actualidad se establece una regulación aparentemente absoluta, exclusiva y excluyente ("*los funcionarios públicos tendrán los siguientes permisos*"). El cambio de redacción parece indicar que se ha mutado la concepción que el legislador tenía del régimen de permisos en el empleo público, dejando de ser una norma de mínimos para configurarse como una norma de máximos, ya que la redacción actual parece que, en principio, excluye la posibilidad de que se acuerden permisos, y duraciones, distintos a los contemplados en el texto del EBEP. De manera semejante, el artículo 50 del EBEP establecía que "*los funcionarios públicos tendrán derecho a disfrutar, como mínimo, durante cada año natural unas vacaciones retribuidas de veintidós días hábiles (…)*", y tras la reforma operada por el Real Decreto 20/2012, desaparece el inciso "*como mínimo*".

El cambio de redacción operado por el Real Decreto-ley 20/2012 tiene un importante calado en la configuración de los permisos retribuidos de los empleados públicos, ya que, por un lado, puede suponer una injerencia sobre el espacio garantizado a la autonomía colectiva, y, por otro lado, una sustracción de la materia a las competencias de las Comunidades Autónomas.

La redacción inicial del EBEP conllevaba una concepción del régimen de permisos en el que la norma estatal tenía un carácter básico, y al mismo tiempo se configuraba como una norma de mínimos, mejorable, en su caso, por las leyes de función pública de las Comunidades Autónomas o por la negociación colectiva. Sin embargo, parece que la intención de la reforma operada por el Real Decreto-ley 20/2012 es detraer esta competencia de las Comunidades Autónomas y unificar el régimen legal de permisos para todos los empleados públicos, con independencia de la Administración en la que presten servicio. En este contexto, es necesario recordar que la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de función pública, recogida en el artículo 149.1.18 de la CE, otorga al Estado la competencia básica del régimen estatutario de los funcionarios, siendo posible que las Comunidades Autónomas asuman la competencia de desarrollo en la citada materia.

Por tanto, y en lo que se refiere a los permisos, es necesario determinar si su régimen integra la competencia básica del Estado en materia de función pública, o si, por el contrario, debe considerarse que la nueva regulación del EBEP conlleva una injerencia en el sistema de competencias no adecuada al marco constitucional. En este sentido, tanto la doctrina como la jurisprudencia constitucional[39] han señalado que la competencia estatal abarca las decisiones del legislador tendentes a configurar el modelo de función pública que se desea para el conjunto de las Administraciones, sin que alcance a la relación orgánica que une al funcionario con cada concreta Administración, cuyo régimen será considerado legislación de desarrollo[40].

Aun así hay ciertas materias que por su especial afectación al régimen de la función pública son competencia del Estado. A saber, los requisitos y los sistemas selectivos para el acceso a la función pública, las normas que regulan el mantenimiento y la pérdida de la condición de funcionario, las determinaciones generales y abstractas que permitan el establecimiento de los requisitos de mérito profesional para la provisión de puestos de trabajo, las normas sobre participación y representación colectiva de los funcionarios públicos, el sistema de incompatibilidades, y las condiciones de promoción en la carrera administrativa. Además, de manera colateral, también influirán en el régimen jurídico de los funcionarios públicos las facultades que el Estado tiene arrogadas en base a la competencia del régimen común de todas las Administraciones Públicas, que comprenderían la distinción entre el personal funcionario y laboral, la extensión del régimen de incompatibilidades a todos los empleados públicos y la movilidad de los funcionarios públicos entre distintas Administraciones[41].

Parece, por tanto, que el régimen de permisos no integra el núcleo de competencias reservadas en exclusiva al Estado. En este sentido, es razonable que el EBEP contenga una relación de permisos aplicables a todas las Administraciones públicas con carácter mínimo y supletorio, como de hecho hasta ahora contenía, pero siempre respetando la capacidad de organización de los recursos de personal concedida al resto de Administraciones. En otras palabras, el sistema configurado por la Constitución se adecua más a un régimen de permisos básico, como norma de mínimos, que a una norma de carácter imperativo e indisponible, ya que de esta manera se estaría incidiendo de forma directa sobre la relación orgánica que une al funcionario con cada concreta Administración.

---

[39] *Vid*. la STC 76/1983, de 5 de agosto.
[40] *Vid*. MAURI I MAJOS, Joan, "La distribución de competencias en materia de función pública", *Autonomies*, Nº24, 1999, pg. 50.
[41] *Vid*. MAURI I MAJOS, Joan, *op.cit*., pg.51-52.

Por tanto, las previsiones del Real Decreto-ley 20/2012, que cambian la configuración de los permisos del EBEP en los términos ahora vistos, pueden suscitar un conflicto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Aun así, y mientras no se plantee y resuelva un eventual conflicto, se produce una inaplicación material de los regímenes de permisos de todas las leyes de función pública autonómicas preexistentes.

Por otra parte, las previsiones del Real Decreto-ley dejan sin efecto los pactos, acuerdos y convenios colectivos sobre la materia, haciendo un énfasis especial en la pérdida de vigencia de aquellas cláusulas convencionales que concedan permisos de duración superior a la prevista en el EBEP[42].

Cabe plantearse si la previsión que deja sin efecto los pactos, acuerdos y convenios colectivos en esta materia, y por tanto la nueva redacción de los artículos 48 y 50 del EBEP, supone un cambio en la configuración del régimen de permisos y vacaciones, convirtiendo estas materias en normas de derecho necesario absoluto, intangible para la negociación colectiva o, por el contrario, supone tabla rasa respecto a las previsiones actuales, con el objeto de que las cláusulas convencionales ajusten la duración de las eventuales mejoras al nuevo suelo establecido por el EBEP.

Una interpretación literal de la norma, reforzada por las previsiones de la Exposición de Motivos, lleva a la conclusión de que el Real Decreto-ley 20/2012 ha mutado el régimen de permisos del empleo público, convirtiéndolo en una norma de derecho necesario absoluto, y, por ende, sustrayendo a la negociación colectiva la regulación de los permisos. Como se sabe, el derecho de negociación colectiva es de configuración legal y, por tanto, el legislador puede disponer de su configuración mientras no se produzca una vulneración de su contenido esencial. Dicho de otra manera, la regulación legal del derecho no puede vaciar el espacio "*mínimo y vital*" de la negociación colectiva[43]. Esta doctrina tiene una especial relevancia en el ámbito del sector público, habida cuenta de que en el empleo público dicho espacio es más reducido, debido a la consecución de los intereses generales que deben guiar la actuación de la Administración (*v.gr*. límites a los incrementos salariales).

---

[42] La redacción original del precepto preveía que "*desde la entrada en vigor de este Real Decreto-ley, quedan suspendidos y sin efecto los Acuerdos, Pactos y Convenios para el personal funcionario y laboral, suscritos por las Administraciones Públicas y sus Organismos y Entidades, vinculados o dependientes en la misma que no se ajusten a lo previsto en este artículo (…)*". Mediante la corrección de errores del Real Decreto-ley 20/2012 se suprimió de este precepto el último inciso "*que no se ajusten a lo previsto en este artículo*".

[43] *Vid*. MARTIN VALVERDE, Antonio, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín, GARCÍA MURCIA, Joaquín, *Derecho del Trabajo,* Vigesimoprimera Edición, Tecnos, pg.132.

En este sentido, la nueva regulación de los permisos configurada por el Real Decreto-ley 20/2012 puede plantear dudas sobre si se ha respetado ese mínimo vital constitucionalmente garantizado. Como se sabe, tradicionalmente la negociación colectiva se ha ocupado principalmente del salario, de la clasificación profesional, de la jornada, y de la distribución del tiempo de trabajo (vacaciones, descansos, etc.). Sin embargo, en el ámbito del empleo público los incrementos salariales vienen impuestos por ley, al igual que la jornada de trabajo ordinaria, además de un sistema de clasificación profesional extremadamente rígido que restringe sobremanera la actuación colectiva. De esta manera, el espacio más característico sobre el que actúa la autonomía colectiva en el ámbito del empleo público es la distribución de la jornada, por lo que sustraer completamente la regulación de los permisos a la negociación podría llegar a afectar a ese "*mínimo vital*" que tiene constitucionalmente garantizado.

Los eventuales problemas de constitucionalidad que presenta la nueva regulación de los permisos en el ámbito del empleo público podrían ser corregidos si se entendiera que las modificaciones introducidas por el Real Decreto-ley 20/2012 no introducen normas de derecho necesario absoluto, sino que suponen tabla rasa respecto de los convenios colectivos vigentes hasta su entrada en vigor. Esta interpretación se vería reforzada con un análisis sistemático del régimen de permisos de los empleados públicos[44], que, como se sabe, no se encuentra regulado exclusivamente en el artículo 48 del EBEP, toda vez que los permisos relativos a la conciliación de la vida laboral y familiar se recogen en el artículo 49, cuya redacción no ha sido modificada en esta última reforma y se ha mantenido como una norma de mínimos, mejorable por la negociación colectiva. Por lo tanto, el hecho de que el citado precepto no haya sido modificado, ni se imponga la suspensión de los acuerdos en este punto, podría denotar que la intención del Real Decreto-ley no es sustraer la materia de los permisos a la negociación colectiva, sino reducir el suelo negocial en aquellos puntos en los que ha introducido un recorte en su duración. Esta razón explicaría que no se haya impuesto la pérdida de eficacia de las cláusulas negociadas en materia de conciliación, ya que su regulación legal no ha sido minorada y no se precisan nuevos acuerdos que adecuen los márgenes de mejora a la nueva regulación legal.

Esta interpretación del nuevo artículo 48 del EBEP estaría en sintonía, además, con otras reformas operadas en el ámbito de la negociación colectiva. Como antes se apuntó, la nueva

[44]Tras la reforma aprobada por el Real Decreto-ley 20/2012 los permisos de todos los funcionarios, con independencia de la Administración a la que presten servicios, serán los previstos en el artículo 48 del EBEP. Esta situación pretendidamente homogeneizadora que se impone tras la aprobación del Real Decreto-Ley 20/2012 puede ser más problemática de aplicar respecto al personal laboral, ya que la doctrina discute el alcance del artículo 51 del EBEP y, por tanto, si el régimen de permisos del personal laboral viene impuesto por el EBEP o por el Estatuto de los Trabajadores.

redacción del precepto puede entenderse como una estrategia que elimine las cláusulas convencionales preexistentes y establezca un nuevo "*suelo*" del que partir en la negociación. Por esta opción se ha decantado el legislador al reformar la ultra-actividad de los convenios colectivos. Tras la reforma operada por el RD-ley 3/2012 (posteriormente la Ley 3/2012), que restringió la ultraactividad de los convenios a doce meses, con el propósito de evitar que la seguridad otorgada por la prórroga del convenio obstruyera un nuevo proceso de negociación. Las razones que subyacen a las citadas modificaciones pueden ser intercambiables a la medida ahora analizada, lo que podría conllevar que la nueva redacción del artículo 48 no excluyera la actuación de la negociación colectiva, permitiendo una mejora de los mínimos legales, pero con un suelo supletorio menor.

A mayor abundamiento, es necesario poner de manifiesto que una interpretación literal del artículo 48 del EBEP (en su redacción actual) no impediría que la autonomía colectiva mejorara el régimen de permisos legalmente previsto por cualquiera de las dos vías que es habitual, esto es, adición de nuevos casos de interrupción, o extensión de la duración legalmente prevista. A pesar de que la redacción del precepto establece que: "*los permisos de los funcionarios públicos son (…)*", lo que parece que excluye cualquier tipo de mejora, y más en contraste con la redacción anterior, no se prohíbe de manera expresa la actuación de la autonomía colectiva. Por el contrario, si se traza un paralelismo con el régimen de permisos establecido en el Estatuto de los Trabajadores, se observa que contiene una redacción análoga a la actualmente contemplada en el EBEP, incluso más restrictiva desde una perspectiva estrictamente literal, ya que en su artículo 37.3 prevé que "*el trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, por alguno de los motivos y por el tiempo siguientes (…)*". Una interpretación literal de este precepto llevaría a excluir cualquier actuación de la negociación colectiva en la materia, ya que de manera expresa el Estatuto de los Trabajadores establece los motivos y la duración de los permisos, sin ningún tipo de remisión al convenio en este aspecto. Sin embargo es incuestionable que no se trata de una norma de derecho necesario absoluto y que, por consiguiente, la autonomía colectiva está legitimada para llevar a cabo mejoras en el régimen de permisos.

Sin embargo, esta interpretación flexible de la nueva regulación del régimen de permisos no es viable en la medida en que la reforma está condicionada y motivada por el control del gasto público y la estabilidad presupuestaria. En efecto, como antes se señaló la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley resalta la intención legislativa de homogeneizar los permisos en todas las Administraciones como una medida de control del gasto de personal. En concreto, se establece que : "*Se reducen los días de libre de disposición. Además se suprimen los días adicionales por*

antigüedad tanto en el caso de vacaciones como en el de los días por asuntos particulares y se suspenden los pactos y acuerdos que contradigan estas disposiciones. Se homogeniza, asimismo, el régimen de permisos para todas las Administraciones Públicas. Con esta misma finalidad de racionalizar los gastos de personal, se limita el número de días de asuntos particulares y de días adicionales de libre disposición que puedan haber establecido las Administraciones Públicas y se adoptan medidas con la misma finalidad en relación con el personal laboral, así como respecto de las vacaciones". Por tanto, a pesar de que como se ha visto podrían caber otro tipo de interpretaciones, alguna más respetuosas con las garantías constitucionales, el nuevo régimen de permisos, instaurado tras la reforma operada por el Real Decreto-ley 20/2012, se configura como una norma de derecho necesario absoluto.

Además, debe tenerse en cuenta que estas restricciones impuestas por el Real Decreto-ley, como medidas de contención de los gastos de personal, pueden responder a la lógica que rige los equilibrios negociales en el sector público. Como es sabido, en el ámbito privado el equilibrio entre las pretensiones de los trabajadores y los intereses empresariales se establece a través del cauce ordinario de la negociación colectiva, condicionada, en parte, por el devenir del mercado. Sin embargo este factor no está presente en el ámbito del empleo público lo que puede justificar una intervención unilateral del legislador si, en un determinado marco económico desfavorable, quiere imponer unas determinas condiciones laborales.

Por otro lado, es necesario resaltar que la pérdida de vigencia de las cláusulas convencionales no se produjo hasta enero de 2013 (disposición transitoria primera), por lo que, conforme a las previsiones del propio Decreto-ley, durante el año 2012 el personal funcionario, estatutario y laboral disfrutó de los días de permiso conforme a la normativa vigente hasta la entrada en vigor del Real Decreto-ley. Por lo tanto, durante el año 2012 los días de permisos y asuntos propios fueron como mínimo seis días (conforme a la redacción del artículo 48 k del EBEP a la entrada en vigor del Real Decreto-ley). Pero, además, cuando existieran acuerdos o convenios con un régimen de permisos distinto, y de mayor duración, se estaría a lo previsto en aquellos. Del mismo modo, durante el año 2012 debería atenderse al régimen de permisos recogido en las Leyes de Función Pública de las Comunidades Autónomas, ya que el Decreto ley obligaba a acudir a la normativa vigente a su entrada en vigor.

Este régimen transitorio configurado por el Real Decreto-ley 20/2012 abre ciertos interrogantes sobre su constitucionalidad por cuestiones de forma, ya que el hecho de que se posponga su entrada en vigor hasta enero de 2013 parece que desvincula de su contenido la

existencia real de una extraordinaria y urgente necesidad que justifique su aprobación a través de la fórmula del Decreto-ley, al menos sobre este punto.

4. Órdenes, instrucciones y circulares de ejecución de la legislación de crisis

Como se ha visto, la normativa anticrisis se ha ido sucediendo de una manera apresurada, al dictado de las urgencias económicas, lo que ha conllevado que determinados extremos de su regulación no hayan quedado del todo claros, en los distintos niveles y ámbitos territoriales y funcionales de las Administraciones, o que la literalidad de ciertos preceptos haya producido consecuencias jurídicas de mayor calado o envergadura de las que el propio legislador preveía inicialmente. Este hecho ha requerido que las distintas Administraciones dictaran diversos instrumentos tratando de definir o delimitar la aplicación de las citadas normas a su ámbito concreto. Además, tras la nueva redacción del artículo 32.10 del EBEP también cabe analizar, en este contexto, los instrumentos a través de los cuales la Administración ha adoptado la suspensión de los acuerdos, pactos y convenios colectivos.

El primer inconveniente que hay que solventar en el análisis de estas decisiones es el relativo a la forma. Como se sabe, la actuación de las Administraciones Públicas no está categorizada de manera expresa por las leyes administrativas generales. Por tanto, es necesario realizar un análisis de los distintos instrumentos emanados de ellas en esta materia para poder determinar su alcance y contenido. Como punto de partida, debe de tenerse en cuenta las previsiones del artículo 6 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del Sector Público, que habilita a los órganos administrativos a «*dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio*».

A pesar de que el citado precepto alude de manera genérica e indistinta a «*instrucciones*» y «*órdenes de servicio*», bajo estas denominaciones se incluyen instrumentos de diverso origen, naturaleza y alcance[45]. En efecto, el propio precepto prevé que las instrucciones y las órdenes de servicio puedan tener distintos destinatarios y/o efectos, debiendo publicarse en el correspondiente boletín oficial aquellas que tuvieran eficacia general. Por tanto, parece que dentro de esta categoría se pueden englobar disposiciones de carácter general, así como manifestaciones de la potestad doméstica e, incluso, actos administrativos. Así parece desprenderse del apartado dos del citado artículo, que prevé que «*cuando una disposición específica así lo establezca o se estime conveniente*

[45]Para un recorrido doctrinal sobre la naturaleza de las circulares e instrucciones, *vid.* LORENZO DE MEMBIELA, Juan B., «Instrucciones y órdenes de servicio en el ámbito de la administración de la seguridad social», *Aranzadi Social*, nº12, 1998, pg. 80-81.

por razón de los destinatarios o de los efectos que puedan producirse, las instrucciones y órdenes de servicio se publicarán en el periódico oficial que corresponda».

Junto a ellas, y pese a su no inclusión formal en la Ley 40/2015 –ni siquiera se regulaban ya en la Ley 30/1992- las Administraciones continúan dictando «*circulares*»[46], derivadas de la regulación de la Ley de 17 de Julio de 1958, sobre el Procedimiento Administrativo (art.7)[47].

Por tanto, se hace necesario un análisis prolijo de estos instrumentos para tratar de discernir cuando se son instrumentos ejecutivos –en sentido estricto- de la legislación de urgencia, a la manera de los tradicionales reglamentos ejecutivos, y cuando son instrumentos a través de los cuales cada Administración adecúa la normativa general a la organización de sus recursos humanos, esto es, cuando se responden al poder directivo de la Administración.

Para ello, se puede realizar una clasificación de las instrucciones, órdenes de servicio y circulares en atención a sus destinatarios y sus efectos, ya que las citadas categorías engloban, por un lado, actos con vocación de alcance general, y que, por tanto, generan derechos y obligaciones para los particulares, en cuyo caso tendrían la consideración de reglamentos. Y, por otro lado, manifestaciones de la potestad de auto organización concedida a los órganos de la Administración respecto de sus órganos subordinados y/o empleados que carecen de contenido normativo general, y no constituyen derecho objetivo que afecte a los ciudadanos. Estos instrumentos, derivados del poder de auto organización, constituyen un mandato interno de los órganos superiores a los inferiores jerárquicos, cuyo objeto es ordenar y dirigir la adecuada prestación del servicio[48], y son una mera manifestación de la jerarquía administrativa o del poder directivo[49].

Algún autor ha tratado de diferenciar entre instrumentos vinculándolos al alcance personal de cada uno de ellos. En concreto, se postulaba que únicamente las «*circulares*» constituyen autenticas disposiciones reglamentarias aplicables a todos los administrados. Por el contrario, las instrucciones y órdenes se limitarían al ámbito doméstico de la Administración, influyendo en relaciones de jerarquía, ya sea esta administrativa o laboral. Esta idea es aceptada por una parte de la doctrina científica, que rechaza la consideración de estas como fuentes de Derecho, bien por su inexistencia

[46] *Vid.* MORENO REBATO, Mar, «Circulares, instrucciones y órdenes de servicio: naturaleza y régimen jurídico», *Revista de Administración Pública*, nº147, 1998, pg.163-164.

[47] En concreto, el artículo 7 de la Ley 17 de Julio de 1958 decía que «*Los órganos superiores podrán dirigir con carácter general la actividad de los inferiores mediante instrucciones y circulares*».

[48] *Vid*. LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, *Fuentes del Derecho*, Lete, Bilbao, 2007, pg.193.

[49] STS 23 de febrero de 1995 (Sala 3ª), rec. 6354/1990.

en la relación de fuentes del artículo 1.1 del Código Civil[50], bien atendiendo a su naturaleza –por carecer de publicidad oficial alguna-, o bien por su contenido, ya que son un mero mandato a los órganos inferiores, fundado en el principio de jerarquía, que carecen de capacidad normativa[51].

En este sentido, la STC 26/1986, de 19 de febrero, estableció que «*las denominadas instrucciones (al igual que las circulares) no alcanzan propiamente el carácter de fuente del derecho, sino tan sólo el de directiva de actuación que las autoridades superiores imponen a sus subordinados en virtud de actuaciones propias de esa jerarquización, no siendo una especial manifestación de la potestad reglamentaria, cuyos efectos consisten en su cumplimiento por los destinatarios, incurriendo en responsabilidad disciplinaria en caso contrario sin que sea menester su publicación*».

Esta opinión no es unánime en la doctrina, ya que hay ciertos autores, que si bien reconocen que existen diferencias entre las circulares y las instrucciones, consideran que en la práctica resulta estéril distinguir entre ambas figuras, en cuanto que participan de similar naturaleza y relevancia jurídica. Para estos autores, ambos instrumentos conforman el sistema de fuentes, por tanto, tienen carácter reglamentario, en la medida en que siempre imponen obligaciones a los destinatarios, sean estos órganos inferiores o empleados –conformando la categoría que hemos llamados normas de autoorganización- o a los ciudadanos en general[52]. Aunque para que sean considerados autenticas normas reglamentarias se exige siempre que hayan sido publicados en algún boletín oficial.

La jurisprudencia tampoco maneja un criterio único, aunque parece decantarse por entender que bajo la denominación genérica contenida en la ley es posible englobar actos de diversa naturaleza jurídica. Así, el Tribunal Supremo ha considerado que las circulares pueden ser tanto un acto administrativo, como una disposición de carácter general, y que para diferenciar unos casos de otros se debe acudir a criterios materiales. En concreto, se puede afirmar que una circular es una disposición general si impone sujeciones nuevas a los administrados o les reconocen nuevas garantías. También cuando comportan una decisión de carácter general seguida de simples medidas

[50]*Vid*. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, Civitas, Madrid, 1988, pg.138.

[51]*Vid*. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, «Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de reglamentos», *RAP*, núm.27, 1958, pg. 38.

[52]*Vid*. BAENA DE ALCÁZAR, Mariano, «Instrucciones y Circulares como fuente del Derecho Administrativo», *RAP*, nº 48, 1965, pg. 110 y 111.

de aplicación o cuando crean una regla interpretativa nueva (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1995)[53].

Debido a la imprecisión de la ley a este respecto, parece que esta es la opción más correcta. De esta interpretación, se puede concluir, por tanto, que tendrán carácter de norma reglamentaria aquellas actuaciones de la Administración, con independencia de la forma que revistan, que contengan mandatos o regulaciones de alcance general, en atención a su contenido e incidencia sobre los derechos y deberes de los ciudadanos. Por el contrario, no podrán ser considerados una manifestación de la potestad reglamentaria aquellos instrumentos que carezcan, en atención a sus contenidos, de naturaleza normativa, por no suponer una innovación del ordenamiento jurídico[54].

Dada la imposibilidad de clasificar, al menos a priori, por su forma los distintos instrumentos que la Administración haya dictado en ejecución de la normativa anti-crisis es necesario realizar un análisis casuístico para tratar de categorizarlos. Si se analizan los existentes en esta materia, así como las remisiones que a los mismos se puedan encontrar en la legislación de urgencia, parece claro que tanto por sus destinatarios, como por sus efectos, se alude al ejercicio de la potestad domestica de la Administración o, incluso, al ejercicio de su poder directivo, descartándose, por tanto, que sean normas de alcance general.

En efecto, como se verá, estos instrumentos tratan de orientar la praxis profesional de sus empleados, imponiendo una interpretación determinada de la nueva normativa. Por lo tanto, lo que se está realizando a través de los mismos no es sino pautar la manera en la que los empleados –incluidos en el ámbito de aplicación- deben de llevar a cabo su prestación laboral. O, en otros supuestos, estos instrumentos están directamente dirigidos a los órganos o personas encargadas de la gestión de los recursos de personal y se les impone una determinada manera de llevar acabo la ordenación y dirección del trabajo (tanto en materia de permisos, horarios, salarios, etc).

Cabe señalar que si bien muchos de estos instrumentos se recogen en instrucciones, órdenes de servicio o circulares, en la medida en que algunas de ellas afectan a materias que podrían haber sido negociadas previamente, hay administraciones que han optado por reconducir la ejecución de esta normativa de urgencia a instrumentos también paccionadas con las correspondientes mesas de negociación, en vez de recurrir a una figura unilateral.

---

[53] *Vid*. LORENZO DE MEMBIELA, Juan B., «Instrucciones y órdenes de servicio en el ámbito de la administración de la seguridad social», *Aranzadi Social*, nº12, 1998, pg.82-83.

[54] *Vid*. MORENO REBATO, Mar, «Circulares, instrucciones y órdenes de servicio: naturaleza y régimen jurídico», *Revista de Administración Pública*, nº147, 1998, Pg.173.

Estos instrumentos se pueden subdividir, a su vez, en dos grupo, unos relativos a la ejecución o adecuación de la normativa general al ámbito de cada concreta Administración, y por otro lado, aquellos cuyo objetivo es aplicar, exclusivamente, el artículo 32.10 del EBEP para dejar sin efecto un pacto o acuerdo colectivo.

En relación con los primeros, cabe destacar, como ejemplo, la Circular Laboral 2/2012, de 26 de julio, de Asignación de "CLAVE A" a determinados asuntos con ocasión de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad. Instrucciones para las abogacías del Estado en algunas materias reguladas en la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, y la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012.

El propio texto de la circular prevé «*Este Centro directivo* [la Abogacía del Estado]*, tras mantener reuniones con la D.G. de Función Pública y la D.G. de Costes de Personal y Pensiones Públicas del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, ofrece en la presente Circular unas pautas generales a las distintas abogacías del Estado que permitan garantizar la unidad de la doctrina en la aplicación de las materias más relevantes de las citadas normas legales en materia de personal. (…) Los abogados del Estado coordinadores de la asistencia jurídica prestada a las entidades en virtud de convenio de asistencia jurídica deberán elevar consulta a este Centro directivo antes de firmar su informe definitivo con la finalidad de evitar conflictos de intereses con los órganos competentes en estas materias del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas*».

De una manera semejante, cabe citar la Instrucción conjunta de las secretarias de Estado y Administraciones Públicas y de presupuestos y gastos por la que se dispone dar cumplimiento a las previsiones del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de junio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, en relación con la situación de incapacidad temporal del personal al servicio de la Administración del Estado.

Esta instrucción recoge que «*El Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, ha introducido importantes modificaciones en la situación de los empleados públicos que se encuentren en incapacidad temporal. El artículo 9 del mismo establece que cada Administración Pública, en el ámbito de sus respectivas competencias, determinará los haberes a percibir por el personal a su*

servicio incluido en el campo de aplicación del Régimen General de Seguridad Social, cuando se encuentre en situación de incapacidad temporal, completando, en su caso, las prestaciones de Seguridad Social a las que tenga derecho. (…) El ámbito de aplicación de las Instrucciones coincide con las previsiones del real Decreto Ley 20/2012 en su artículo 9, con la salvedad del personal estatal al servicio de la Administración de Justicia, que se regirá por su normativa específica».

Sin embargo, como ya se anunció, otras Administraciones han optado por adecuarse a la nueva regulación a través de acuerdos negociados. En este sentido, se puede citar el «*Acuerdo para el cumplimiento de las previsiones del artículo 9 del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad*», adoptado por la mesa de negociación de la universidad de León el 31 de octubre de 2012.

También han sido dictadas diversas resoluciones que adecúan el desarrollo de la prestación laboral a la nueva normativa en materia de jornada, horarios, vacaciones y permisos. En concreto, la Instrucción 4/2012, de la secretaria general para la Administración Pública sobre la aplicación de la Ley 3/2012, de 21 de septiembre, de medidas fiscales, administrativas, laborales y en materia de jornada laboral, vacaciones y permisos en el ámbito de la Administración General de la Junta de Andalucía y de sus instituciones, agencias administrativas y agencias de régimen especial. Así, la resolución prevé que «*La Ley 3/2012, de 21 de septiembre, de medidas fiscales, administrativas, laborales y en materia de Hacienda Pública y para el reequilibrio económico-financiera de la Junta de Andalucía, dado el carácter básico del EBEP y del RD-Ley 20/2012, de 13 de julio, introduce modificaciones en la regulación que el Decreto-Ley 1/2012, de 19 de junio, establecía en materia de jornadas, vacaciones y permisos de los empleados públicos al servicio de la Administración General de la Junta de Andalucía*».

Mas recientemente se han ido aprobado resoluciones orientada a devolver la paga extraordinaria eliminada por el Real Decreto-Ley 20/2012, ya que la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el 2015 preveía la posibilidad de que cada Administración, en su ámbito, procediera a su devolución. Así, como ejemplo, cabe citar la Resolución Rectoral de 11 de marzo de 2015, por la que se dictan instrucciones para la aplicación efectiva, en el ámbito de la Universidad de Sevilla, de las previsiones de la disposición adicional décima segunda de la Ley 36/2014, de 26 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el 2015. En este sentido, se prevé que «*El apartado uno (recuperación de la paga extraordinaria y adicional del mes de diciembre de 2012 del personal del sector público) de la disposición adicional décima segunda, de la ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el 2015, en su punto 1 establece que cada*

Administración Pública, en su ámbito, podría aprobar el abono de cantidades en concepto de recuperación de los importes efectivamente dejados de percibir como consecuencia de la supresión de la paga adicional de complemento específico o pagas adicionales equivalentes, correspondientes al mes de diciembre de 2012, por aplicación del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, con el alcance y límites establecidos en la presente disposición».

Por otro lado, en lo relativo a los instrumentos utilizados por la Administración para dejar sin efecto un convenio colectivo, en aplicación del artículo 32.10 del EBEP cabe citar la Resolución de 26 de marzo de 2013, de la Universidad de Oviedo, por la que se modifica el Primer Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Universidad de Oviedo. A estos efectos, la propia resolución prevé que «*El Primer Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Universidad de Oviedo se negoció, entre enero de 2009 y julio de 2011, fue aprobado por el Consejo de Gobierno en sesión de 16 de noviembre de 2011, informado al Consejo Social en sesión de 4 de diciembre de 2012, firmado por las partes el 19 de diciembre de 2012, y publicado en el Boletín Oficial del Principado de Asturias en fecha 13 de febrero de 2013. (…) (…) Con posterioridad a la aprobación y firma del Convenio Colectivo, se han producido circunstancias legales y presupuestarias que impiden la aplicación efectiva de la integración del complemento de homologación en el salario base del Personal de Administración y Servicios y del reconocimiento del complemento de doctorado.*

Por una parte, la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, establece en su artículo 22.2 que: "En el año 2013, las retribuciones del personal al servicio del sector público no podrán experimentar ningún incremento respecto a las vigentes a 31 de diciembre de 2012, en términos de homogeneidad para los dos períodos de la comparación, tanto por lo que respecta a efectivos de personal como a la antigüedad del mismo, y sin tenerse en cuenta la reducción aprobada por el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio. Todas las menciones de esta Ley a retribuciones vigentes a 31 de diciembre de 2012 o devengadas en 2012 deben entenderse hechas a las que resultan de la Ley 2/2002, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012, sin tenerse en cuenta la supresión de la paga extraordinaria y de la paga adicional o equivalente del mes de diciembre aprobada por el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad (…) (…) (…) Por lo expuesto y considerando que la legalidad presupuestaria sobrevenida impide, tanto jurídica como económicamente, la aplicación efectiva de la integración del complemento de homologación en el salario base del Personal de Administración y Servicios, y del reconocimiento

del complemento de doctorado, que se ha producido una alteración sustancial de las circunstancias existentes en el momento de la aprobación y firma del Convenio, y que la aplicación de los referidos preceptos convencionales en materia de complementos de homologación y de doctorado supondría un grave trastorno para el servicio de la educación superior que compete a la Universidad de Oviedo y, por ende, para el interés público.

Y de conformidad con lo establecido en el artículo 32 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, y habiendo sido informado y oído el Comité de Empresa de las causas y objeto de la presente resolución, en reuniones celebradas el 20 y el 25 de marzo de 2013. Este Rectorado, en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 60.x) de los Estatutos de la Universidad de Oviedo, aprobados por el Decreto 12/2010, de 3 de febrero».

Por tanto, como se puede observar del análisis casuístico propuesto los instrumentos de ejecución de la normativa anti-crisis responde, en todos los caso, al poder directivo de la Administración en cuanto a empleadora, cuya actuación se limita a adecuar su normativa interna de organización de los recursos de personal (v.gr. Horarios, jornada, permisos, vacaciones, pagas extra) a los mandatos generales impuestos por el legislador a través de normas de rango legal.

Órdenes, instrucciones y circulares de ejecución de la legislación de crisis y disponibilidad de las normas pactadas en la negociación colectiva

Dra. Alba García Torres

Empleo público y normas de coyuntura: una intervención legal en cascada

- Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público
- Ley 35/2010, del 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo
- Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral
- Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral
- Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público
- Real Decreto-ley 20/2012, de 14 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad

Disponibilidad de las normas pactadas en el empleo público

- Afectación de los Convenios, acuerdos y pactos por la entrada en vigor de las normas de «urgencia»

-La inaplicación del convenio colectivo y de los acuerdos por parte de la Administración Pública: La cláusula del 38.10 y del 32 del EBEP.

-Intangibilidad vs. Fuerza Vinculante

-¿Cabe el descuelgue por la vía del ET?

Algunas consideraciones sobre las materias negociables en el sector público tras la normativa «anti-crisis»

¿Qué ha ocurrido con el régimen de permisos?

Órdenes, instrucciones y circulares de ejecución de la legislación de crisis

- ¿Qué son? ¿Cuál es su papel?
- ¿Qué tipos hay?
- ¿Cuál es su clasificación legal?
- ¿A qué manifestación de la actividad administrativa responden realmente?
- Ejemplos

2a sessió

17/11/16

Estat actual de l'ocupació pública local.
Federico Castillo Blanco, catedràtic de Dret Administratiu de la Universitat de Granada

Els ens locals i l'estat de les seves plantilles: com està afectant la legislació d'estabilitat pressupostària i suficiència financera als processos de consolidació de la ocupació temporal i als processos de funcionarització del TRLEBP. Com es pot consolidar la plantilla actual?
Javier Cuenca Cervera, subdirector general de l'Institut Valencià d'Administració Pública-Universitat de València (IVAP).

Visió jurisprudencial de la negociació col·lectiva de les administracions públiques amb especial incidència sobre el "deure de negociar de bona fe".
Remedios Roqueta Buj, catedràtica de Dret del Treball i de la Seguretat Social de la Universitat de Valencia

EL ESTADO DEL EMPLEO PÚBLICO LOCAL.

Federico A. Castillo Blanco

I. LAS DIFICULTADES NO RESUELTAS DEL PASADO Y LAS EXIGENCIAS DEL PRESENTE (Y DEL FUTURO INMEDIATO). II. LAS CAUSAS DEL PROBLEMA MÁS RECIENTES: AJUSTES Y RECORTES PARA LOGRAR EL EQUILIBRIO FINANCIERO[1]. III. LAS CONSECUENCIAS DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS: MENOR SATISFACCIÓN CON LOS SERVICIOS PÚBLICOS, MAYOR TEMPORALIDAD Y ¿REDUCCIÓN DE EFECTIVOS?.

[1] El Programa Nacional de Reformas 2012, en esta materia, proponía las siguientes líneas de acción, algunas ya implementadas, para reformar el empleo público bajo la denominación ¿? Racionalización y Eficiencia del Empleo Público:
18. REDIMENSIONAMIENTO DE LA PLANTILLA DE EMPLEADOS PÚBLICOS.
Objetivo:
Ahorro en gastos corrientes de personal y optimización de los recursos humanos de las Administraciones Públicas
Medida:
El Gobierno ha decidido poner en marcha, como un paso imprescindible para hacer frente a la necesaria reducción del déficit público, un conjunto de medidas encaminadas a reducir los gastos de personal de todas las Administraciones Públicas.
• Para evitar el incremento de la plantilla de la Administración, el Real Decreto ley 20/2011 congeló la oferta de empleo público. Sólo en el caso de funcionarios docentes, plazas de hospitales y centros del Sistema Nacional de Salud, Fuerzas Armadas y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado la tasa de reposición podrá alcanzar el 10%. También se permite una tasa de reposición del 10% para el personal dedicado a la lucha contra el fraude fiscal y laboral.
• Asimismo, se extiende la jornada laboral de los empleados públicos a 37,5 horas semanales como mínimo.
• Paralelamente, en la Administración General del Estado se aprobó en diciembre de 2011 una importante reducción de las estructuras administrativas. En este sentido, los órganos directivos- Subsecretarios y Direcciones Generales- se han reducido casi un 20 por 100.
19.PLAN PARA REDUCIR EL ABSENTISMO DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS
El absentismo laboral de los empleados públicos repercute directamente en la productividad de la Administración Pública no sólo a consecuencia de las ausencias, sino también debido a sus efectos negativos sobre la motivación de los empleados que acuden a su centro de trabajo y sobre el desempeño de labores por éstos que normalmente no son de su competencia. Asimismo, el absentismo contribuye a aumentar la interinidad en el empleo público, lo que también puede repercutir en la productividad del trabajo. Además, dado que las situaciones de ausencia se remuneran, el absentismo produce un perjuicio directo a las arcas públicas de imposible justificación, con los consiguientes costes para el conjunto de la sociedad.
Objetivo:
Ahorro en gastos de personal, aumento de la productividad de los empleados públicos, disminución de la contratación de personal interino.
Medida:
Como medida para luchar contra el absentismo de los funcionarios públicos, a lo largo de 2012 se pondrá en marcha una reforma del Régimen especial de la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado.
En particular, se reformarán las condiciones de acceso y permanencia en la situación de incapacidad temporal de los funcionarios civiles del Estado. La incapacidad temporal cubre las contingencias asociadas a la enfermedad o la lesión por accidente de los funcionarios, que impide, con carácter temporal, el normal desempeño de sus funciones públicas, siempre y cuando reciban la asistencia sanitaria necesaria para su recuperación.
El fin de la reforma es reducir los problemas de riesgo moral asociados al aseguramiento de las contingencias relativamente comunes, que se traducen una elevada tasa de absentismo entre los empleados públicos. Los problemas de riesgo moral pueden verse agravados a consecuencia de varios factores: por un lado, durante los tres primeros meses se percibe la totalidad de las retribuciones básicas y complementarias. Además, la medición de la duración de la incapacidad temporal en meses, puede contribuir a no reflejar con exactitud la situación real de la enfermedad. Por otro lado, no existen mecanismos de control adecuados que vinculen efectivamente el pago de subsidios a partir del cuarto mes de baja a la situación real de incapacidad del empleado.
Al mismo tiempo, la reforma se orienta a evitar que se produzcan dilaciones indebidas por parte de los organismos intervinientes en la eficacia de las situaciones de incapacidad temporal, que pueden perjudicar injustificadamente a los empleados públicos.
La reforma que se llevará a cabo durante 2012 actúa en cada uno de estos frentes, a través de las siguientes medidas concretas:
• Modificación de la plenitud retributiva durante los primeros 90 días de la baja, modulando las retribuciones del funcionario que le corresponderían en caso de desempeñar con normalidad su trabajo.
-93-
• Cambio de cómputo de las situaciones de incapacidad temporal de meses a días.
• Establecimiento expreso de la imposibilidad de pagar subsidios en caso de resultados de alta o incomparecencia injustificada al reconocimiento médico.
• Acortamiento de los plazos de expedición y entrega a los órganos de personal de los partes de baja por incapacidad temporal en el régimen especial de la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado.

1. La satisfacción ciudadana sobre la prestación de servicios públicos. 2 Los datos cuantitativos de nuestro empleo público: ¿Se ha producido una reducción de efectivos?. 3. La temporalidad en el sector público local. 4. Cinco grandes conclusiones sobre los datos: las tareas pendientes. IV. LA PERMANENCIA DE LA INDEFINICIÓN DE UN MODELO DE EMPLEO PÚBLICO Y LOS NUEVOS RETOS NORMATIVOS QUE ES PRECISO AFRONTAR. 1. El desarrollo del Estatuto Básico del empleado Público. 2. Los desaciertos acontecidos tras la reforma de la legislación de régimen local: un nuevo impedimento. 3. Un nuevo escenario para la temporalidad en las relaciones laborales en el sector público: la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la de TJUE. V. ¿QUÉ HACER EN ESTE ESCENARIO? 1. Las medidas normativas: mayor ambición en la consecución de la eficiencia de nuestro sector público. 2. Las medidas de gestión de nuestros RRHH: es preciso diagnosticar y planificar de una vez.

I. LAS DIFICULTADES NO RESUELTAS DEL PASADO Y LAS EXIGENCIAS DEL PRESENTE (Y DEL FUTURO INMEDIATO).

La realidad en que el diagnóstico ampliamente compartido sobre la gestión de recursos humanos en nuestros Gobiernos locales, en los momentos previos a la crisis económica, consistía básicamente en que la situación presentaba amplios y diversos déficits. Casi idénticos a los mismos que agravados, en momentos más recientes, por una situación económica que ha acabado por poner de manifiesto la irresponsabilidad de más de un gestor público. Y es que, a lo largo de esos años, nos habíamos acostumbrado, quizás en exceso, a resolver los problemas de consecución de objetivos y mejora de las prestaciones en los servicios públicos con el recurso continuo y sistemático a los incrementos de plantilla y de las estructuras públicas. Tal vez, muy probablemente, fuimos eficaces a la vista de los resultados, pero, sin duda y en menor medida, eficientes. En algunos casos ni siquiera eso y los procesos electorales en marcha, o el cambio de signo político en los distintas Administraciones públicas, era determinante para que se produjeran nuevas incorporaciones muchas de ellas innecesarias. Sin plan y sin concierto alguno.

El sistema normativo tampoco había ayudado mucho bien es cierto a mejorar la situación. Junto al denso, y a veces contradictorio y confuso, marco de regulación heterónoma procedente de los títulos competenciales relativos al empleo público del Estado y de las CCAA, había de añadirse la que derivaba de la normativa básica y autonómica de régimen local que, con carácter general, poco ha añadido y, en el caso de la LRSAL, ha supuesto un claro retroceso. Mejor, por ahora, no poner ejemplos.

Ha habido una cierta desgana «políticamente compartida» de encontrar soluciones a los problemas y conflictos que en las entidades locales se generan y que, como bien saben los gestores de recursos humanos en este ámbito y las organizaciones sindicales presentes en el mismo, no son pocos ni encuentran fácil respuesta en el marco jurídico actual. Sobretodo cuando, como acontece en diversas CCAA, la reforma del empleo público que impulsó el EBEP no ha llegado a cristalizar todavía y seguimos teniendo un modelo de empleo público "cojo" por faltar el aporte que al mismo habrían de realizar las CCAA. Al menos en un importante número de éstas. Hay, a pesar de que cueste reconocerlo, demasiados intereses creados para poder creer que verdaderamente se quieren encontrar soluciones a los problemas que se plantean cotidianamente. Y esto, como se podrá imaginar fácilmente, en nada ayuda a la mejora de la institucionalidad del país en momentos en que la confianza en nuestras instituciones, financieras por supuesto pero no sólo, sigue siendo clave para la superación de las dificultades actuales.

La doctrina más solvente y conocedora del empleo público español había apuntado algunos excesos cometidos en tiempos de bonanza, a saber: sobredimensionamiento de las plantillas, las patologías que mostraban los procesos selectivos de personal, de politización, de un excesivo protagonismo sindical, de seguridad, de rigidez; y también algunos defectos: de planificación, de carrera profesional y de productividad[2].

[2] De idéntica opinión es SANCHEZ MORON, M., "Ajustes y reformas en el empleo público: situación actual y perspectivas", en el volumen colectivo *Crisis económica y función pública,* Thonson Reuters/Aranzadi, Navarra, 2012, para quien "en nuestro sistema de empleo público persisten serios desequilibrios, que se han profundizado con el tiempo" pero para quien también "los actuales ajustes, exigidos por razones presupuestarias, están corrigiendo algunos de los efectos económicamente más perjudiciales de tales

Estas y otras patologías que resultan un lugar común entre quienes conocen el sector son la mejor muestra de que, en su momento, no se hicieron las tareas pendientes y que ahora, en la convocatoria de septiembre y cuando las urgencias aprietan, habremos de enfrentarnos a realizar lo que en tiempos de bonanza hubiese sido quizás menos traumático de afrontar[3]. Esperemos que no de forma improvisada como ha ocurrido estos últimos años, Ahora, me atrevo a aventurarlo, en peores condiciones que cuando la crisis económica empezó a desplegar sus efectos pues hemos dinamitado, en la práctica totalidad de nuestras Administraciones públicas, cualquier política de gestión de nuestras plantillas de personal. La supervivencia ha sido el signo de la gestión estos últimos años. Y no ha sido poco en ciertos casos.

El objetivo de la «buena administración» al que la Europa en la que nos desenvolvemos se refiere, y del que se hizo eco el informe de la Comisión para el Estudio y Preparación del Estatuto del Empleado Público, es difícil de alcanzar con un modelo de empleo público que presenta fortalezas, precisamente más en mayor medida que somos rigurosos en su aplicación -más allá de las críticas muchas veces no totalmente justificadas de la ciudadanía-, pero que a la vez, y es preciso reconocerlo, también pone de relieve debilidades que es preciso atender y subsanar[4].

La necesidad de contar con un sector público competitivo, y en lo que nos afecta de un sector público local, que desarrolle funciones estratégicas de articulación, cohesión territorial y progreso social y económico sostenible en un espacio económico altamente competitivo es una condición ineludible para nuestro país dadas las carencias que este todavía presenta, en muchos de sus territorios, en el contexto europeo. Por extractarlo en una única reflexión que estimo aplicable en la mayoría de nuestros territorios no sólo debe importarnos que el peso del gasto público sobre el PIB presente un nivel razonable, sino, asimismo, y al menos con la misma intensidad debe sernos de interés la solvencia de éste en las funciones que lleva a cabo. Es precisamente este punto lo que nos debe preocupar en términos de desarrollo.

Dicha situación, y se ha dicho con reiteración, implica el replanteamiento y renovación de las formas de actuación y organización de nuestras entidades locales consiguiendo unas organizaciones más flexibles y ágiles que no sólo garantizan la defensa de los derechos de los ciudadanos sino que son capaces de adoptar en forma proactiva la mejor decisión posible. Propiciar una nueva cultura de la acción pública que prime la consecución de resultados e introduzca criterios de calidad en la prestación de los servicios, la integración y participación más activa de las ciudadanía y de la sociedad civil en los procesos de adopción de decisiones y la adecuada estructuración, profesionalización y motivación de los empleados públicos va a tener una incidencia decisiva en la efectividad del ejercicio competencial que se realice, la ejecución correcta del derecho comunitario y la consecución de los objetivos seguidos por las distintas políticas públicas. En definitiva, en conseguir lo que desde este espacio de gobierno, en el actual momento, se requiere para salir de la crítica situación en que parece todavía que nos encontramos en buena medida.

Propiciar un necesario debate y el consiguiente proceso de adopción de decisiones e implementación de proyectos que eleven la calidad del ejercicio de gobierno y de implementación de políticas públicas en la sociedad española es una exigencia que, me temo, no podremos rehusar eternamente. Y, ciertamente, la etapa recientemente transcurrida, habiendo constituido una ventana de oportunidad para embridar reformas de calado, mucho me temo que no ha servido (y discutiblemente) sino para lograr el ajuste fiscal que nos era exigido desde las instituciones comunitarias.

---

desequilibrios, aun a costa de reducir la calidad de los servicios" y, añade el citado autor, "los ajustes no inciden en las causas originarios de los desequilibrios".

[4] En palabras de la propia comisión a la que hemos hecho referencia: *«No puede existir una buena Administración allí donde el sistema de empleo público es deficiente. Por ello, el régimen jurídico aplicable a los empleados públicos debe hacer posible la selección de los mejores candidatos, proporcionarles unas oportunidades de promoción profesional y una compensación por su trabajo que estimulen su dedicación al servicio público, así como la formación más apropiada para atenderlo, y establecer un equilibrio adecuado entre sus derechos e intereses legítimos y sus deberes, obligaciones y responsabilidades, teniendo en cuenta que lo primordial es siempre garantizar el mejor servicio al conjunto de la ciudadanía».*

II. LAS CAUSAS DEL PROBLEMA MÁS RECIENTES: AJUSTES Y RECORTES PARA LOGRAR EL EQUILIBRIO FINANCIERO[5].

Reflexionar, acerca del empleo público, en un escenario temporal como el que hoy acontece y en el que la insuficiencia financiera de la mayoría de las entidades publicas persiste, no es tarea fácil. Parece un hecho ineludible que es preciso acometer reformas estructurales importantes en el conjunto del sector público del país y muy específicamente en materia de empleo público y este hecho nos sitúa en un escenario en que, al menos desde mi punto de vista, bien haríamos en, junto a cumplir los objetivos de déficit, comenzar a planificar una política de recursos humanos de mayor alcance y de más altos vuelos que la realizada en este último periodo.

[5] El Programa Nacional de Reformas 2012, en esta materia, proponía las siguientes líneas de acción, algunas ya implementadas, para reformar el empleo público bajo la denominación ¿? Racionalización y Eficiencia del Empleo Público:

18. REDIMENSIONAMIENTO DE LA PLANTILLA DE EMPLEADOS PÚBLICOS.

Objetivo:

Ahorro en gastos corrientes de personal y optimización de los recursos humanos de las Administraciones Públicas

Medida:

El Gobierno ha decidido poner en marcha, como un paso imprescindible para hacer frente a la necesaria reducción del déficit público, un conjunto de medidas encaminadas a reducir los gastos de personal de todas las Administraciones Públicas.

• Para evitar el incremento de la plantilla de la Administración, el Real Decreto ley 20/2011 congeló la oferta de empleo público. Sólo en el caso de funcionarios docentes, plazas de hospitales y centros del Sistema Nacional de Salud, Fuerzas Armadas y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado la tasa de reposición podrá alcanzar el 10%. También se permite una tasa de reposición del 10% para el personal dedicado a la lucha contra el fraude fiscal y laboral.

• Asimismo, se extiende la jornada laboral de los empleados públicos a 37,5 horas semanales como mínimo.

• Paralelamente, en la Administración General del Estado se aprobó en diciembre de 2011 una importante reducción de las estructuras administrativas. En este sentido, los órganos directivos- Subsecretarios y Direcciones Generales- se han reducido casi un 20 por 100.

19.PLAN PARA REDUCIR EL ABSENTISMO DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

El absentismo laboral de los empleados públicos repercute directamente en la productividad de la Administración Pública no sólo a consecuencia de las ausencias, sino también debido a sus efectos negativos sobre la motivación de los empleados que acuden a su centro de trabajo y sobre el desempeño de labores por éstos que normalmente no son de su competencia. Asimismo, el absentismo contribuye a aumentar la interinidad en el empleo público, lo que también puede repercutir en la productividad del trabajo. Además, dado que las situaciones de ausencia se remuneran, el absentismo produce un perjuicio directo a las arcas públicas de imposible justificación, con los consiguientes costes para el conjunto de la sociedad.

Objetivo:

Ahorro en gastos de personal, aumento de la productividad de los empleados públicos, disminución de la contratación de personal interino.

Medida:

Como medida para luchar contra el absentismo de los funcionarios públicos, a lo largo de 2012 se pondrá en marcha una reforma del Régimen especial de la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado.

En particular, se reformarán las condiciones de acceso y permanencia en la situación de incapacidad temporal de los funcionarios civiles del Estado. La incapacidad temporal cubre las contingencias asociadas a la enfermedad o la lesión por accidente de los funcionarios, que impide, con carácter temporal, el normal desempeño de sus funciones públicas, siempre y cuando reciban la asistencia sanitaria necesaria para su recuperación.

El fin de la reforma es reducir los problemas de riesgo moral asociados al aseguramiento de las contingencias relativamente comunes, que se traducen una elevada tasa de absentismo entre los empleados públicos. Los problemas de riesgo moral pueden verse agravados a consecuencia de varios factores: por un lado, durante los tres primeros meses se percibe la totalidad de las retribuciones básicas y complementarias. Además, la medición de la duración de la incapacidad temporal en meses, puede contribuir a no reflejar con exactitud la situación real de la enfermedad. Por otro lado, no existen mecanismos de control adecuados que vinculen efectivamente el pago de subsidios a partir del cuarto mes de baja a la situación real de incapacidad del empleado.

Al mismo tiempo, la reforma se orienta a evitar que se produzcan dilaciones indebidas por parte de los organismos intervinientes en la eficacia de las situaciones de incapacidad temporal, que pueden perjudicar injustificadamente a los empleados públicos.

La reforma que se llevará a cabo durante 2012 actúa en cada uno de estos frentes, a través de las siguientes medidas concretas:

• Modificación de la plenitud retributiva durante los primeros 90 días de la baja, modulando las retribuciones del funcionario que le corresponderían en caso de desempeñar con normalidad su trabajo.

-93-

• Cambio de cómputo de las situaciones de incapacidad temporal de meses a días.

• Establecimiento expreso de la imposibilidad de pagar subsidios en caso de resultados de alta o incomparecencia injustificada al reconocimiento médico.

• Acortamiento de los plazos de expedición y entrega a los órganos de personal de los partes de baja por incapacidad temporal en el régimen especial de la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado.

Cierto es que, en el período anterior a la crisis económica, se habían cometido excesos, disfunciones y desajustes de todo tipo que era preciso corregir (ya se trate de incrementos no justificados de plantillas, de negociaciones en jornada y salarios permanentemente al alza sin mejoras sustanciales del servicio a los ciudadanos, de duplicidad en la prestación de servicios, etc.), la cuestión es si con las políticas seguidas en los últimos años hemos corregido el rumbo y atajado los problemas a los que más arriba nos referíamos o el resultado que tenemos en estos momentos es aún peor que el que teníamos. No debemos olvidar que caminar en la buena dirección debe ser nuestro objetivo último y, previa valoración del resultado, habríamos bien en reenfocar muchas de las políticas seguidas hasta este momento. Un repaso, siquiera sea a vuelo de pájaro, de lo acontecido en estos últimos años nos puede ofrecer mayor información de la situación actual.

Desde luego estamos ya lejos del escenario al que asistíamos cuando a finales de 2009, las centrales sindicales y el Gobierno concluyeron un nuevo Acuerdo para la función pública, y tras la lectura del mismo, algunos pensamos ya en ese momento que el escenario que en el mismo se plasmaba para el período 2010-2013, junto con medidas extraordinariamente razonables, se dibujaba con cierta dosis excesivas de optimismo y con una lógica instalada, aún y como ha sucedido en los últimos años, en el permanente crecimiento y no en la austeridad que ha sido la lógica que habrá de presidir la actuación de las Administraciones públicas en los próximos años[6]. No andábamos equivocados. Y ello pese al propio preámbulo de la disposición que la aprobaba[7].

En efecto, el escenario que dibujaba dicho acuerdo era tremendamente esperanzador y se plasmaba en un conjunto de medidas que, aún hoy y en la actual situación, aparecen como extraordinariamente necesarias. Por este tipo de actuaciones, había venido clamando la mayoría de la doctrina especializada en este campo, los gestores de recursos humanos en el ámbito público, las centrales sindicales y, en general, todos aquellos que, de una manera u otra, se acercaban a reflexionar sobre el empleo público en este país. Desarrollo del Estatuto Básico del Empleado Público, Observatorio del Empleo Público, sistema integrado de gestión de recursos humanos, impulso de la calidad y la buena administración, reducción de la temporalidad, reordenación de recursos humanos mediante la dimensión adecuada de sus efectivos, su mejor distribución, formación, promoción profesional y movilidad, etc. son medidas que, sin duda, eran y siguen siendo necesarias. Tan necesarias antes, como urgentes ahora, después de medidas cómo las que se han adoptado en el quinquenio 2010-2015.

Bien es cierto que, junto a las mismas, y de ahí la perspectiva excesivamente optimista que se apuntaba en dicho Acuerdo, este preveía diversas disposiciones en relación a las ofertas de empleo público, y más en concreto en el modo y manera de aplicar eventuales tasas de reposición de efectivos y, por sobre todo en materia salarial que, como en alguna medida era previsible tal cual se han desarrollado los acontecimientos, pronto se vieron desbordadas[8]:

---

[6] Esa política, un tanto simplista, de más y más ha sido criticada por la doctrina más cualificada. Véase, con críticas a la débil posición negociadora seguida por la Administración, el trabajo de SANCHEZ MORON, M., "La situación actual del empleo público", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho", nº 10, 2010.*

[7] En efecto, la Resolución de 22 de octubre de 2009 de la Secretaria de Estado para la Función Pública exponía que: "Afrontamos un período de crisis económica en el que esa colaboración, que tan buenos resultados ha dado, se muestra imprescindible. A todos se nos exige dobla responsabilidad y compromiso para alcanzar y consolidar un nuevo modelo productivo más estable, más eficiente, y más ajustado al mundo en el que vivimos

Un modelo del que las Administraciones Públicas no pueden quedar al margen, sino que, por el contrario, deben ser uno de sus motores principales, acompañándolo e impulsándolo con una mejor organización, con austeridad, con la racionalización de sus procedimientos y la reducción de cargas administrativas para la ciudadanía y empresas, con mayor transparencia.

Por todo ello, el Gobierno y las organizaciones sindicales han resuelto acordar un conjunto de medidas dirigidas a procurar la mejora de la calidad, la eficacia y la productividad de la Administración en el camino hacia ese nuevo modelo de economía sostenible.

Medidas para crear un nuevo marco de trabajo que sirva de base para elevar la cualificación y productividad de los empleados públicos; medidas para mejorar sus condiciones laborales; medidas para acometer una efectiva reforma de las estructuras administrativas del Estado; medidas para mejorar la prestación de los servicios públicos; medidas, en definitiva, para una administración de mayor calidad que impulse el crecimiento, facilite la vida cotidiana y aumente el nivel de satisfacción de la ciudadanía"

[8] A saber:

a) Se partía de que las medidas retributivas habrían de responder al principio del mantenimiento del poder adquisitivo del personal al servicio de las Administraciones Públicas en el periodo de vigencia del presente Acuerdo. A tal efecto, se tendría en cuenta la

Soy consciente de que es sumamente fácil analizar el pasado desde el presente, pero visto retrospectivamente desde luego se antojan excesivamente optimistas los planteamientos que se dibujaban en dicho Acuerdo. En cualquier caso, aún en ese momento, el mismo se planteaba en base a ciertos paradigmas –ligazón del incremento retributivo al IPC, previsiones muy genéricas sobre racionalización de las plantillas, etc.- que han sido superadas en estos años y que nos obligan a plantearnos nuevos paradigmas en el cómo, qué y de qué modo pueden y deben abordarse estas cuestiones.

Como es conocido, el desarrollo de los acontecimientos desbordó, más allá también de lo que se podía esperar, esas previsiones y el verano de 2010 ni siquiera un año después, nos traería otro modelo de abordar las necesarias reformas del empleo público. El ajuste fiscal, sin mayores consideraciones, se hizo presente en el escenario de nuestro empleo público. En efecto, el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, aludiendo a la importancia de los gastos de personal en la cuantía de los gastos corrientes, y justificando la adopción de las medidas en la mayor intensidad de la crisis económica, daría por cerradas, suspendidas más exactamente, las cláusulas de contenido económico contenidas en el acuerdo del cual se acaba de dar cuenta. Aún más no sólo las daría por cerradas sino que procedería a reducir un cinco por ciento la masa salarial, en términos anuales, reducción que operaba tanto sobre las retribuciones básicas como sobre las de carácter complementario y que era de obligada aplicación a todas las administraciones, bien es cierto que, con la finalidad de minimizar sus efectos sobre los salarios más bajos, las medidas de reducción se aplicarían con criterios de progresividad[9].

El mismo día 20 de mayo, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 36. 2 párrafo segundo y el 38.10 de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, se reunió la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas con el fin de informar a las Organizaciones Sindicales tanto de la suspensión del

---

evolución presupuestaria del incremento del IPC, la previsión de crecimiento económico, la capacidad de financiación de los Presupuestos Generales del Estado y la valoración del aumento de la productividad del empleo público derivado de acciones o programas específicos.

b) Se incluía, con efectos para .2010 el acuerdo de que la subida salarial fuese del 0,3% del conjunto de la masa salarial.

c) Se introducía una cláusula sobre revisión salarial por la que la Administración se comprometía a adoptar las medidas pertinentes para incorporar en los presupuestos de 2012, los créditos necesarios para compensar la pérdida del poder adquisitivo de las empleadas y los empleados públicos que pudiera producirse durante la vigencia del presente acuerdo.

De esta forma, y con efectos de 1 de enero de 2012, se percibiría el importe correspondiente a la desviación que en su caso se hubiera producido entre los incrementos establecidos en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para los ejercicios presupuestarios de 2010 y 2011 y la inflación efectiva en esos años, incorporándose tales créditos a la masa salarial del año 2012 (previéndose una cláusula similar para 2013).

d) Sin perjuicio de ello, además de los incrementos señalados anteriormente, se garantizaba el cumplimiento de los acuerdos económicos alcanzados y cuya aplicación debiera realizarse durante el período 2010-2012. en los Pactos o Acuerdos previamente firmados por las diferentes Administraciones Públicas en el marco de sus competencias, entre ellas las destinadas a incluir la totalidad del complemento específico en las pagas extraordinarias.

[9] Sin perjuicio de su efecto económico o la necesidad de la medida, ya esa primera medida planteó conflictos con el principio de seguridad jurídica sobre el alcance de los derechos adquiridos en materia salarial, etc. Puede verse, en torno a este punto, el trabajo de QUESADA LUMBRERAS, J. E., "Retroactividad de las normas "versus" derechos adquiridos: a propósito del Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público", Revista Andaluza de Administración Pública, nº 80, 2011, pp. 147-180. Hasta este momento, el Tribunal Constitucional, en doctrina reiterada (*Sentencias de 10 de abril de 1986 y 29 de noviembre de 1988*), limitaba el alcance del principio de irretroactividad, señalando la última Sentencia referida, que «*no hay retroactividad cuando una Ley regula de manera diferente y pro futuro situaciones Jurídicas creadas y cuyos efectos no se han consumado, pues una norma es retroactiva, a los efectos del artículo 9.3 de la Constitución, cuando incide sobre relaciones consagradas y afecta a situaciones agotadas, ya que lo que prohíbe el artículo citado es la retroactividad, entendida como incidencia de la nueva Ley en los efectos Jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad*», añadiendo también el *Tribunal Constitucional* (*Sentencia de 4 de febrero de 1983*) que el *«principio de la irretroactividad no puede presentarse como defensa de una inadmisible petrificación del Ordenamiento Jurídico».* Con rotunda claridad se pronuncia la *Sentencia de 16 de julio de 1987*, al establecer que *«la prohibición de la retroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto, y no a los pendientes, futuros y condicionados o a las expectativas».* La pregunta que subyace es si hay algo, tras los pronunciamiento judiciales acontecidos en 2011 y 2012 que citábamos en una nota a pié de página anterior, consolidado en el patrimonio de los empleados públicos.

Acuerdo de 25 de septiembre en los términos manifestados, como de las medidas y criterios que recogía el Real Decreto-ley en este ámbito[10].

Siguiendo el iter histórico de los hechos acontecidos, la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2011, en su artículo 22.2, estableció una congelación salarial de tal forma que, en el año 2011, las retribuciones del personal al servicio del sector público no podrían experimentar ningún incremento respecto a las vigentes a 31 de diciembre de 2010 resultantes de la aplicación, en términos anuales, de la reducción de retribuciones prevista en el artículo 22. Dos. B) de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, en términos de homogeneidad para los dos períodos de la comparación, tanto por lo que respecta a efectivos de personal como a la antigüedad del mismo[11].

También, como ya sabemos, el cambio de gobierno, tras el proceso electoral general acontecido en 2011, se estrenó con la promulgación del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, que no sólo mantuvo la congelación salarial con lo que, de hecho, de nuevo se perdía poder adquisitivo sino que también añadió a dicha medida la suspensión de las aportaciones a planes de pensiones de empleo o contratos de seguro colectivos que incluyeran la cobertura de la contingencia de jubilación con lo que, considerándose estas aportaciones retribuciones diferidas, se puede concluir que efectivamente se siguió recortando en su cuantía el salario de los empleados públicos aun cuando, como se anunciara, tan solo fuera de forma temporal y sin referirnos, en este preciso momento, a la problemática que planteará dicha medida.

La cosa, en cualquier caso, no acabó ahí. Estas primeras medidas encontraron también reflejo con la Ley de Presupuestos para 2012 (y en las sucesivas leyes presupuestarias hasta 2015 año electoral), en la que junto a mantener la congelación salarial, la prohibición de contratos temporales o nombramientos interinos salvo en circunstancias excepcionales y el establecimiento de límites estrictos en lo que se refiere a la tasa de reposición de efectivos[12], se acababa con las dudas que se habían suscitado respecto a la ampliación de la jornada de

[10] Sobre esta posibilidad contenida en el EBEP puede consultarse los trabajos de PALOMAR OLMEDA, A., "La desvinculación de lo pactado en el Estatuto Básico del Empleado Público", *Revista Española de Derecho Administrativo,* nº 144, , 2009 y ROQUETA BUJ, R., "El Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, y el derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos" *Aranzadi Social,* nº 22, 2011.

[11] Cabe también aquí señalar las previsiones que se establecen respecto de la tasa de reposición de efectivos y que distan mucho de las previstas en el Acuerdo de 2009 antes referido. Su artículo 23, con carácter básico, establece que:

Uno. Durante el año 2011, el número total de plazas de nuevo ingreso del personal del sector público delimitado en el artículo anterior será, como máximo, igual al 10 % de la tasa de reposición de efectivos y se concentrará en los sectores, funciones y categorías profesionales que se consideren prioritarios o que afecten al funcionamiento de los servicios públicos esenciales. Dentro de este límite, la oferta de empleo público incluirá los puestos y plazas desempeñados por personal interino por vacante, contratado o nombrado con anterioridad, excepto aquellos sobre los que exista reserva de puesto, estén incursos en procesos de provisión o se decida su amortización.

No se tomarán en consideración a efectos de dicha limitación las plazas que estén incursas en los procesos de consolidación de empleo previstos en la Disposición Transitoria Cuarta del Estatuto Básico del Empleado Público.

No obstante lo dispuesto en el párrafo primero de este apartado, en el ámbito de las Fuerzas Armadas, el número de plazas de militares profesionales de Tropa y Marinería será el necesario para alcanzar los efectivos fijados en la disposición adicional décima.

Respetando, en todo caso, las disponibilidades presupuestarias del capítulo 1 de los correspondientes presupuestos de gastos, la limitación a que hace referencia el párrafo primero de este apartado se fija en el 30 % de la tasa de reposición de efectivos en los siguientes supuestos:

a. Las Corporaciones locales de menos de 20.000 habitantes.
b. Las Administraciones públicas con competencias educativas para el desarrollo de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, en relación con la determinación del número de plazas para el acceso a los cuerpos de funcionarios docentes.

Dos. Durante el año 2011 no se procederá a la contratación de personal temporal, ni al nombramiento de personal estatutario temporal o de funcionarios interinos salvo en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables. En cualquier caso, las plazas correspondientes a los nombramientos a que se refieren los artículos 10.1.a) de la Ley 7/2007, y 9.2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal de los Servicios de Salud y contrataciones de personal interino por vacante computarán a efectos de cumplir el límite máximo de la tasa de reposición de efectivos en la oferta de empleo público correspondiente al mismo año en que se produzca el nombramiento o la contratación y, si no fuera posible, en la siguiente oferta de empleo público, salvo que se decida su amortización.

[12] Medidas que también tienen efectos puntualmente negativos económicamente como ha sucedido con MUFACE. Como se sabe la mutua que da cobertura sanitaria a 1,54 millones de empleados públicos de la Administración General del Estado y de otras Administraciones, contabilizó unas pérdidas de 45 millones de euros en 2011, casi el doble de las registradas un año antes. El

trabajo y su aplicabilidad a administraciones autonómicas y locales[13], y se mantuvo, con ciertas excepciones[14], la prohibición de incorporación de personal interino y contratados laborales de carácter temporal.

Y tuvieron continuidad, de nuevo con denominaciones rimbombantes, con un paquete de medidas contenidas en el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad dirigidas, junto a establecer nuevos ajustes en lo que se refiere a la factura salarial y en concreto la supresión de una paga extraordinaria, a modificar aspectos puntuales del EBEP en diferentes materias cuyo objetivo, me temo que no había otro, seguía en la línea de incrementar la productividad del sector público y reducir su coste no por la vía de la motivación y de una adecuada estructuración y dirección de éste, sino por la más expedita de supresión de distintas condiciones de trabajo que, a juicio del gobierno de entonces o al menos ese fue el caldo de cultivo con que se presentaron, o constituían privilegios injustificables o mermaban y reducían significativamente la eficiencia del personal al servicio de las Administraciones públicas y que, en todo caso, contribuyeron a la ansiada reducción de efectivos y disminución de la masa salarial[15].

---

descenso del número de cotizantes por la congelación del empleo público y la menor aportación del Estado, junto al envejecimiento de sus miembros, parecen ser las causas de esta situación

[13] La disposición adicional septuagésima segunda de la LPGE 2012, con vigencia en principio para el ejercicio presupuestario aunque la experiencia muestra la inercia en el mantenimiento de este tipo de medidas, recoge un detallado régimen jurídico de la jornada general de trabajo en el sector público –aunque lógicamente se afecta también a las jornadas especiales que deberán adaptarse a esta medida- y que obviamente, y siendo de carácter básico, tiene una repercusión directa sobre la ordenación del sector público autonómico y local. De hecho, queda suspendida la eficacia de las previsiones en materia de jornada y, téngase en cuenta también, horarios contenidas en Acuerdos, Pactos y Convenios vigentes que contradigan lo previsto en esa disposición. De esta forma, la jornada de trabajo del personal del sector público, incluyendo aquí entes instrumentales, fundaciones, consorcios y sociedades públicas en las que la participación de capital sea superior al 50%, no podrá ser inferior a 37 horas y media semanales de trabajo efectivo en cómputo anual, lo que se ha traducido en el caso de la Administración General del Estado en un cómputo anual de 1647 horas criterio que orientará, sin lugar a dudas, la negociación, pues no se olvide que estas materias han de ser objeto de negociación en todas las Administraciones públicas (artículo 37 EBEP).

Dicha medida se completaba con la supresión de los días adicionales de vacaciones por antigüedad y la prohibición de incremento retributivo alguno como consecuencia de la adopción de dichas medidas.

Consecuentemente con ello, en el ámbito de la Administración General del Estado, ya se ha procedido a circular una propuesta de Resolución en estas materias que sustituye a la Resolución de 20 de diciembre de 2005 y que, además, recoge un código de buenas prácticas de los directivos públicos para fomentar la productividad de la AGE y de sus organismos públicos, y un código de conducta para los empleados públicos de estas áreas. En el código de buenas prácticas para los directivos públicos se emplaza a los subsecretarios de los departamentos ministeriales y demás titulares de órganos competentes de la gestión de recursos humanos a adoptar medidas disciplinarias en los supuestos legalmente tipificados de absentismo injustificado; a exigir la justificación oportuna "de todas las ausencias", incluidas las de duración inferior a cuatro días en las que se alegue enfermedad; a impulsar reconocimientos médicos para controlar las bajas por enfermedad o accidente; y a remitir a la Secretaría de Estado información sistemática sobre el cumplimiento de los horarios y de los niveles de absentismo.

[14] En efecto, la LPGE 2012, en su artículo 22, establecía, junto a la medida prohibitiva, una excepción para proceder a la incorporación de personal funcionario interino y laboral temporal que requiere del cumplimiento conjunto de tres requisitos: a) que la medida tenga naturaleza excepcional; b) que se acredite el carácter urgente e inaplazable de esa incorporación; y c) que tal incorporación se restrinja a sectores, funciones y categorías profesionales que se consideren como prioritarios o afecten a los servicios públicos esenciales. La complejidad de la aplicación de la medida, dados los conceptos jurídicos indeterminados que incorpora, es evidente y presenta sin duda dificultades prácticas en su aplicación.

[15] Demos, siquiera sea, somera cuenta de ellas. En cuanto a la factura salarial se refiere se suprimió, para todo el personal al servicio del sector público y altos cargos, la paga extraordinaria a percibir el mes de diciembre. En relación al tiempo de trabajo se suprimieron días de asuntos particulares que quedaban reducidos a tres y las vacaciones se fijaban estrictamente en 22 días hábiles (en cualquier caso es preciso tener en cuenta lo establecido en la Disposición transitoria primera sobre la eficacia de la medida en el ejercicio 2012), pero lo relevante en este caso no es en sí la medida sino la supresión, entiendo que absoluta, de que esta materia sea objeto de negociación, con lo que implícitamente hay una derogación del artículo 37.1 m EBEP, ya que se homogenizan para todas las Administraciones públicas sin posibilidad de negociación alguna en ninguno de los permisos que se contemplan y su extensión al personal laboral sin modificar el artículo 51 EBEP (¿hubiese sido aconsejable la supresión de este y hacer directamente aplicables, como normas de Derecho necesario, los artículos 48 y 50 al personal laboral?). Recuérdese, respecto de este último punto, lo establecido en la STS de 7 de diciembre de 2010 (RJ 2011/232) que otorga preferencia a las normas establecidas en los Convenios Colectivos sobre lo previsto en el EBEP.

Se adoptaban, de otro lado, medidas dirigidas a reducir el absentismo y, en este sentido y con la redacción pertinente para cada colectivo según esté sujeto al régimen general de la Seguridad Social o el mutualismo administrativo, se preveía que en la situación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, y a salvo de supuestos excepcionales y debidamente justificados, se podrá establecer por cada Administración pública, durante los tres primeros días, que se perciba, entiendo que como máximo, el cincuenta por ciento de las retribuciones que se vengan percibiendo en el mes anterior al de causarse la incapacidad, desde el día cuarto hasta el vigésimo, ambos inclusive, la percepción no supere el setenta y cinco por ciento de las retribuciones que

Lo cierto, sin duda, es que el objetivo perseguido era claro y, sinceramente y aunque en la situación fiscal de ese momento pudieran haber encontrado algún tipo de justificación las medidas adoptadas[16], no está de más subrayar que no hubo mayor pretensión, ni de más largo alcance que conseguir una reducción efectiva del número de empleados públicos mediante distintas medidas, a saber y entre otras: la no renovación o supresión de contratos temporales o de nombramientos interinos, la instrumentación de normas específicas sobre despidos colectivos en el sector público, los incrementos de jornada y la supresión de descansos, las medidas adoptadas contra el absentismo, la prohibición salvo en circunstancias excepcionales de incorporaciones temporales y la congelación de las ofertas de empleo público. Ese objetivo, y no se debe olvidar la reducción prácticamente lineal de la factura salarial, han constituido el "norte" de la política de gestión de recursos humanos. Menos empleados públicos y menor salario para éstos en resumen[17]. Al menos hasta que se acercó el horizonte electoral.

En 2015, año electoral como sabemos aunque con algún destello en ejercicios anteriores[18], todo ese conjunto de medidas fueron paliadas al menos parcialmente y, de esta forma, junto a las previsiones de

---

vinieran correspondiendo a dicho personal en el mes anterior al de causarse la incapacidad y, solo a partir del día vigésimo primero, inclusive, podrá alcanzarse el cien por cien de las retribuciones que se vinieran percibiendo en el mes anterior al de causarse la incapacidad (la Disposición adicional decimoctava concreta el régimen para la Administración General del Estado).

Se suprime la jubilación parcial y la edad de jubilación forzosa de los funcionarios incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social, será la que prevean en cada momento las normas reguladoras de dicho régimen para el acceso a la pensión de jubilación ordinaria, en su modalidad contributiva, es decir, sin coeficiente reductor por razón de la edad.

Asimismo, la Disposición adicional quinta contempla la posibilidad de que los funcionarios de la Administración General del Estado pertenecientes a los Subgrupos A1 y A2, salvo los que ocupen puestos en Gabinetes de miembros del Gobierno y altos cargos de la Administración General del Estado o los que desempeñen puestos que tengan asignado complemento de destino de nivel 30 y 29, soliciten la reducción, a petición propia, del complemento específico a los efectos previstos en el artículo 16.4 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas.

Pero también hay diversas disposiciones en lo referido a la negociación colectiva y representación sindical. De un lado, se introduce, de forma similar a lo ya establecido en el artículo 38.10 para los pactos y acuerdos de funcionarios públicos, la posibilidad de suspender la vigencia de Convenios Colectivos por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas en lo estrictamente necesario para salvaguardar el interés público lo que salva la diferencia que, respecto de este punto, ocurría con los funcionarios públicos y que resuelve las disfunciones que se podían plantear con la aplicación de la legislación laboral en este punto . De otro, se dejan sin efecto todas aquellas cláusulas establecidas en Convenios Colectivos o Pactos y Acuerdos relativos a tiempo retribuido para realizar funciones sindicales y de representación, nombramiento de delegados sindicales, así como los relativos a dispensas totales de asistencia al trabajo y demás derechos sindicales, se ajustarán de forma estricta a lo establecido en dichas normas. cuyo contenido exceda de los establecidos en el Estatuto de los Trabajadores, la Ley Orgánica de Libertad Sindical, y el Estatuto Básico del Empleado Público (se sigue aquí la estela marcada por la Ley madrileña 9/2010, de 23 de diciembre), sin perjuicio de lo que pueda ser acordado en Mesas Generales de Negociación en materia de modificación en la obligación o en el régimen de asistencia al trabajo de los representantes sindicales a efectos de que puedan desarrollar racionalmente el ejercicio de sus funciones de representación y negociación o adecuado desarrollo de los demás derechos sindicales. Por último, y en esta misma materia pero ceñido a la Administración General del Estado, se reestructuran los órganos de representación del personal funcionario.

Consecuentemente con todo lo anterior se suspende la vigencia de cualquier Acuerdo, Pacto o Convenio que no se ajuste a lo establecido con anterioridad y, ahí no es nada, se establece, a los efectos de lo previsto en el artículo 32 y 38.10 del Estatuto Básico del Empleado Público –suspensión de la vigencia de Convenios Colectivo, Pactos y Acuerdos-, que se entenderá, entre otras, que concurre causa grave de interés público derivada de la alteración sustancial de las circunstancias económicas cuando 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.

[16] Y las que podrían adoptarse sin ni siquiera acudir a nuevas modificaciones legislativas. Puede verse, a este respecto, los trabajos de MAURI MAJÓS, J., "Medidas de ajuste para hacer frente a la crisis en el empleo público local: una perspectiva desde la función pública", en AAVV, *El empleo público local ante la crisis,* Fundación Democracia y Gobierno Local-CEMCI, Debates Locales, nº 2, Bilbao, 2011 y 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, 2012.

[17] Ciertamente se ha perdido una oportunidad única, que hubiera contribuido a la legitimidad de las medidas adoptadas, para también suprimir algunos privilegios injustificables contenidos en el EBEP para la que podríamos denominar clase política. Ahí está, por poner un pequeño ejemplo, lo dispuesto en el artículo 87.2 de dicho texto legal y que permite hacer carreras profesionales meteóricas a quienes se dediquen a ejercer responsabilidades públicas.

[18] Así, a finales de 2013 se procedió a la restitución del cuarto día por asuntos particulares y en 2014 a la devolución del quinto día, con aplicación en todas las Administraciones públicas. En relación con las retribuciones, la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de

incremento salarial previstas en la LPGE para 2016, el Real Decreto-Ley 10/2015, de 11 de septiembre, de medidas para los empleados públicos, créditos extraordinarios y otras acciones de estímulo de la economía recuperó parte de los derechos económicos que se habían perdido y volvió a modificar el EBEP para restituir algunos derechos perdidos en los años anteriores y de los que hemos dado puntual cuenta[19].

El argumentario justificativo del gobierno fue que aquellas medidas, adoptadas en 2011 y 2012, tenían carácter temporal, estando prevista su aplicación solo mientras subsistieran las circunstancias económicas y financieras excepcionales. En opinión del gobierno la economía progresaba, lenta, pero adecuadamente, lo cual permitía la restitución de algunos derechos de los que en su día se privó a los empleados públicos. Al menos, en esta ocasión, no se nos recordó lo relativo a los privilegios injustificables de los empleados públicos.

De otro lado, y aunque haya subsistido, se ha ido relajando la tasa de reposición de efectivos en las distintas normas presupuestarias, aunque ciertamente su aplicación sin matiz alguno a pesar de las excepciones establecidas, y sin perjuicio de sus efectos benéficos sobre las cuentas públicas, ha resultado devastador en la estructuración de las plantillas de empleados públicos que, amen de resultar más envejecidas como después veremos, en algunos casos han sido en cierta medida desarticuladas.

Y ya para terminar vía fáctica, que no de forma avalada constitucionalmente, se ha procedido por distintas Administraciones a recuperar la jornada de trabajo y reducirla a las 35 horas semanales[20]. No es un tema que compartamos sobre todo tras la doctrina sentada en esa sentencia ya que ello es indicativo de que subsiste una débil institucionalidad y una deficiente cultura política de respeto a la legalidad que, más atenta a unos eventuales resultados electorales que a objetivos de mayor aliento, pone en jaque, una y otra vez, un principio básico para la gobernabilidad del Estado en su conjunto.

Presupuestos Generales del Estado para el año 2015, previó la devolución a partir de enero de 2015 de una cuarta parte (24,04 %) de la paga extraordinaria suprimida en diciembre de 2012.

[19] En síntesis las medidas adoptadas fueron las siguientes:

a) Recuperación de parte de la paga extraordinaria y adicional de los empleados públicos correspondiente al año 2012, cuyo importe será el equivalente a 48 días o al 26,23 por 100 del importe dejado de percibir. La Administración correspondiente realizará el abono dentro del ejercicio 2015, siempre que su situación económico-financiera lo permita; de no permitirlo, el abono podrá hacerse en el primer ejercicio presupuestario en que dicha situación lo permita.

b) Modificación del Estatuto Básico del Empleado Público:

- Permiso por asuntos particulares: 6 días al año, con carácter general
- Permisos por asuntos particulares por antigüedad: podrán establecerse hasta 2 días adicionales al cumplir el 6º trienio, incrementándose, como máximo, en 1 día adicional por cada trienio cumplido a partir del 8º.
- Vacaciones: Cada Administración podrá establecer hasta un máximo de 4 días adicionales de vacaciones. En la Administración General del Estado se tendrá derecho a 23 días de vacaciones al año a los 15 años de servicio; a 24 días a los 20 años, a 25 días a los 25 años y a 26 días a los 30 años de servicio.

En el caso de la Administración General del Estado esas medidas serían directamente aplicables en 2015, a disfrutar hasta el próximo 31 de enero del siguiente año. Y, en el resto de Administraciones Públicas, será directamente aplicable en 2015 para los días de permiso por asuntos particulares, y a disfrutar hasta el 31 de enero. El resto (días por antigüedad y vacaciones), a decidir por cada Administración.

[20] La STC 158/2016, de 22 de septiembre de 2016, bien que con voto particular, rechaza esa posibilidad argumentando que:

"Este Tribunal aprecia a partir de los datos reseñados que la disposición adicional septuagésimo primera de la Ley 2/2012, al imponer una jornada general de trabajo mínima de "treinta y siete horas y media semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual", duración a la que se ajustarán también las jornadas especiales aun con las modulaciones que le sean propias, admite una norma autonómica que iguale o amplíe la duración de dichas jornadas laborales y también que señale los criterios de organización y distribución del tiempo de trabajo que finalmente se establezcan. Sin embargo, resulta incompatible con aquella norma estatal una norma autonómica que determine una duración de la jornada de trabajo que sea inferior, como sucede con el art. 1 de la ley autonómica que es objeto de este recurso, que prevé que la jornada general de trabajo del personal del sector público autonómico será de treinta y cinco horas semanales de promedio en cómputo anual (art. 1.Uno y 1.Tres), así como que las jornadas especiales de las distintas modalidades de personal al servicio de las instituciones sanitarias autonómicas responderán igualmente a esta duración en términos anuales, si bien que con las modulaciones que son propias de cada una de ellas (Art. 1.Dos).

En conclusión, el art. 1 de la Ley autonómica 7/2015, a pesar de que los arts. 31.1.l y 39.3 de su Estatuto de Autonomía atribuyen a la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha competencia para dictarlo, no resulta ser un ejercicio constitucionalmente legítimo de la misma porque desconoce una norma que el Estado ha aprobado en uso de las competencias que le corresponden sobre el ámbito material del régimen jurídico del personal del sector público autonómico, como es la disposición adicional septuagésimo primera de la Ley 2/2012, que ha sido dictada al amparo de las cláusulas 7ª y 18ª del art. 149.1.1 CE".

¿Y cuales son los resultados grosso modo?. No está de más recordar, como ya hicieron especialistas en materia de empleo público como SANCHEZ MORÓN, PALOMAR OLMEDA, JIMÉNEZ ASENSIO O KOLDO ECHEBARRÍA, etc. que este tipo de medidas tienen un no deseable doble efecto. Quiero decir con ello que, junto a intentar lograr contener el déficit, introducen y exacerban disfunciones ya existentes, básicamente por su carácter lineal y uniforme, en la estructuración y en la gestión del empleo público[21], en la motivación de los empleados públicos y si se mantienen a largo plazo conducen a una selección adversa y a una fuga de capital institucional en lo que se refiere a la construcción de una burocracia pública, en palabras de RANDMAN, "altamente profesional, imparcial políticamente, fiable, eficiente y receptiva"[22]. Como puso de relieve KOLDO ECHEBARRÍA, las consecuencias que tiene una política de ajuste sin emprender, al menos simultáneamente, una reforma en profundidad del empleo público son letales para la fortaleza institucional y la eficiencia de nuestro sector público. Creo que esas reflexiones realizadas al principio del período de ajuste se han visto en cierta medida confirmadas y de ello daremos cuenta en el siguiente apartado.

III. LAS CONSECUENCIAS DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS: MENOR SATISFACCIÓN CON LOS SERVICIOS PÚBLICOS, MAYOR TEMPORALIDAD Y ¿REDUCCIÓN DE EFECTIVOS?.

La escasa inversión, y también atención, en la gestión de recursos ha sumido en un cierto caos sobre todo organizacional (resulta extremadamente difícil encontrar en sus plantillas y puestos de trabajo dosis suficientes de racionalidad y orientación estratégica alguna), la actuación en este ámbito a gran parte de nuestros Gobiernos locales. Y no me refiero ahora tan solo a pequeños y medianos municipios. Una mirada atenta muestra un desolador paisaje cuando nos detenemos a reflexionar sobre el estado del empleo público local.

Para fundamentar dicha inicial conclusión refirámonos, aunque sea brevemente, a tres datos: la satisfacción de la ciudadanía, la evolución de las plantillas a lo largo de este período de crisis económica y la situación de temporalidad en la relación laboral.

1. La satisfacción ciudadana sobre la prestación de servicios públicos.

Si nos atenemos a los resultados que se consiguen la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios puso en su día de relieve, en un informe de percepción ciudadana correspondiente al ejercicio de 2010, que entre un 60 y un 70% de los ciudadanos se sentían satisfechos con los transportes, la sanidad, la educación, los servicios sociales y la seguridad ciudadana o que más de un 80% consideraban que funcionaban mejor que hasta hace cinco años o. en fin, y por dar un último dato, algo más del 75% de los ciudadanos se sentía muy o bastante satisfecho con su última experiencia en un servicio público de tipo administrativo y más de un 80% vio colmadas sus expectativas pues afirmaban que se les trató mucho mejor, mejor o más o menos igual de lo que se esperaban.

No era casualidad. En contra de algunas opiniones instaladas en la cultura ciudadana, lo cierto es que la preparación, el alto grado de profesionalización y las capacidades de nuestro empleados públicos están a un nivel muy razonable en relación con los países de nuestro entorno y son muy superiores a los de muchos países del orbe[23].

---

[21] Como ha puesto de relieve BAYLOS, A., *Sobre la reducción salarial de los Empleados Públicos*, Informes de la Fundación, nº 19, Fundación 1º de mayo, 2009, página 5, "El salario expresa en términos convencionales el valor del trabajo. Es cierto que no todo el valor realizado, pero si el que concierne a la productividad media de la rama de producción y que se materializa en un cierto valor social de la profesión o del trabajo materialmente prestado por determinadas personas en una jerarquía salarial que es también social. La reducción del salario de un trabajador implica por consiguiente un juicio negativo sobre el valor de su trabajo que pierde prestigio social y reduce su posición en la jerarquía salarial".

[22] RANDMA-LIIV, T. (2002). "Small States and Bureaucracy: Challenges for Public Administration." *Trames* 6(4): 374-389.

[23] *La Administración Pública a juicio de los ciudadanos,* Observatorio de calidad de los Servicios, 2011. Puede consultarse en Internet en http://www.aeval.es/comun/pdf/calidad/Informe_Percepcion_2011.pdf

Estos datos conocidos en 2011 (para el ejercicio 2010) sin embargo, y de forma progresiva, se fueron deteriorando a partir de 2012 hasta caer por debajo de un nivel de satisfacción inferior al 50%. En efecto, en 2012, y con la excepción de los servicios públicos de tipo administrativo, que siguieron recibiendo muy buena valoración por parte de los ciudadanos, los datos sobre la satisfacción con los servicios públicos en general (sin especificar ningún sector de política concreto) ya no reflejaban resultados positivos ya que, por un lado, el porcentaje de insatisfechos era algo más elevado que en años anteriores y, por otro, el porcentaje de los mismos era mayor que el de satisfechos en algunos casos. Al mismo tiempo, y a pesar de que una mayoría de ciudadanos creía que los servicios funcionaban mejor o igual que hace cinco años, se incrementó en veinte puntos el porcentaje de quienes creen que estos servicios funcionan peor o mucho peor. Si bien es preciso reseñar que el grado de satisfacción de los ciudadanos con los servicios municipales era bastante elevado en esos momentos siendo notoriamente mejor ya que, de hecho, casi un 73% de los ciudadanos afirmaba estar muy o bastante satisfecho con estos servicios frente a un 27% de insatisfechos[24].

En ese año el Informe reflejaba que una gran mayoría de los ciudadanos continuaba manteniendo una actitud negativa hacia el ajuste en las políticas de bienestar, opinión que era casi unánime entre la población en relación con la sanidad, la educación y las pensiones. Desde un punto de vista temporal, el respaldo al gasto en políticas sociales era más estable que en el resto de las políticas[25]. Pero es de reseñar, junto al anterior dato, que es satisfactoriamente evaluada la profesionalidad de los empleados públicos, el trato que dispensaban a los ciudadanos y el tiempo total que dedican a su atención.

En 2013, en trazo grueso y hablando de los servicios públicos en su conjunto, de nuevo menos de la mitad de los ciudadanos creía que estos funcionaban de forma "muy o bastante satisfactoria". Los grupos intermedios de edad y de instrucción, los de nacionalidad española, y los que se declaraban de izquierdas eran los menos satisfechos.

Es preciso matizar que en 2013, aunque también cayó la percepción de los ciudadanos, su caída fue menor y, un dato a tener en cuenta, a pesar de la crisis no creció el número de quejas ni el de ciudadanos que, creyendo que tenían razones, no reclamaban o se quejaban. De esta forma, y a pesar de la mayor presión que soportaban los servicios públicos, alrededor del 80 por ciento de los ciudadanos afirmó que nunca se ha quejado por alguna actuación de cualquiera de las tres administraciones[26].

---

[24] Los relacionados con la recogida de basuras, el alumbrado público, la limpieza de las calles, la calidad del aire o la seguridad vial de los peatones son los mejor valorados, con una proporción de ciudadanos satisfechos que oscila entre el 83% en el caso de la recogida de basuras y el 72% en el caso de la calidad del aire y la seguridad vial. En segundo término se encuentran servicios como la recogida selectiva de residuos, la calidad del agua, la conservación de parques y jardines, la labor de la policía municipal o el nivel de ruido, con niveles de satisfacción que oscilan entre el 70 y el 65% de los ciudadanos. Por debajo de esta proporción pero también con una mayoría de satisfechos se sitúa el urbanismo.

Pero, además, y tómese nota el factor que más influye en las diferencias de valoración de los ciudadanos, además de la nacionalidad y la edad, es el tamaño del municipio de residencia. Al comparar la proporción de ciudadanos satisfechos con el conjunto de servicios municipales analizados según el tamaño poblacional del municipio de residencia, se pueden definir tres niveles de satisfacción. Los residentes en municipios de menor tamaño poblacional (10.000 habitantes o menos) presentan un alto grado de satisfacción: la proporción de satisfechos se sitúa ente un 65 y un 95%. El siguiente grupo se corresponde con los residentes en municipios de 10.000 a 100.000 habitantes y presenta una proporción de satisfechos que oscila, según el servicio, entre el 55 y el 85%. Los menores niveles de satisfacción se localizan en los municipios de 100.000 habitantes en adelante. El urbanismo, la calidad del aire, el nivel de ruido y salvo en los de más de un millón de habitantes, la calidad del agua son los aspectos que generan un mayor índice de insatisfacción.

Puede verse el Informe de Percepción 2012 titulado *La importancia de los servicios públicos en el bienestar de los ciudadanos* publicado en http://www.aeval.es/export/sites/aeval/comun/pdf/calidad/informes/Informe_Percepcion_2012.pdf

[25] Aunque entre 2008 y 2011, el porcentaje de ciudadanos a favor de la reducción del gasto en las políticas de seguridad ciudadana, infraestructuras, transportes, medio ambiente, cultura y ciencia y tecnología experimentó un incremento, el año 2012 parece traer un cambio de tendencia en las seis políticas mencionadas, debido probablemente a la preocupación de los ciudadanos porque se produzcan nuevos ajustes presupuestarios. Eso no ocurre ni en relación con la justicia, respecto de la que la proporción de quienes opinaban que se podía reducir el gasto aumentó en los primeros años de la crisis y se ha mantenido estable desde entonces, ni en el caso de la política de defensa, que ha visto en estos años un incremento de este grupo de ciudadanos que además continua aumentando en 2012.

El informe de Percepción 2013(para el ejercicio de 2012) puede consultarse en http://www.aeval.es/export/sites/aeval/comun/pdf/calidad/informes/Informe_Percepcion_2013_p.pdf

[26] Puede consultarse en http://www.aeval.es/export/sites/aeval/comun/pdf/calidad/informes/Informe_Percepcion_2014.pdf

En 2014 y continuando la tendencia iniciada en 2013, se estabilizó el nivel de insatisfacción con los servicios públicos en general, aunque todavía una mayoría de los encuestados consideraban que los servicios públicos en general funcionaban de manera poco o nada satisfactoria.

Un dato importante a anotar, que se recoge en este Informe referido a 2014, es que como en años pasados, y a diferencia de lo que ocurre con las políticas y servicios de carácter sectorial, el porcentaje de ciudadanos satisfechos con la experiencia de prestación en los doce meses anteriores de servicios horizontales o administrativos en una oficina de la administración pública seguía siendo muy elevada. Para la gran mayoría de la población, la atención recibida en los servicios administrativos presenciales había cumplido sus expectativas.

Los atributos de los servicios administrativos presenciales mejor valorados eran: el *estado de las instalaciones*, *el trato que recibió el ciudadano* y *la profesionalidad del personal que los atendió*. El peor valorado es *el tiempo de espera hasta ser atendidos*, cuya influencia, sin embargo, en el grado de satisfacción global era mínima[27].

Para 2015 se produjo una leve mejoría de la percepción de la ciudadanía sobre los mismos[28]. La mitad de los españoles se declararon ya satisfechos con el funcionamiento de los servicios públicos, independientemente de su titularidad, lo que suponía una mejoría respecto a los pasados ejercicios, y un cambio en la tendencia negativa que se había iniciado en 2012. Este cambio se percibía también en la evaluación retrospectiva de la evolución de los servicios públicos en los últimos cinco años, aunque todavía sólo una cuarta parte de la población opinaba que habían mejorado.

Los más satisfechos eran los ciudadanos mayores de 65 años, independientemente del género, los extranjeros, los estudiantes y los que tienen un mayor nivel formativo, además de, como es habitual, los que se ubicaban a la derecha en la escala de autoposicionamiento ideológico. Los más insatisfechos eran los ciudadanos en situación de desempleo y los de mediana edad.

Este aumento del nivel de satisfacción, razonaba el Informe, iba ligado al aumento del nivel de importancia que los ciudadanos atribuían a los servicios públicos, que ya era muy elevado, y que en 2015 alcanzó a más del 90% de los españoles que lo sitúan por encima del 7 en una escala de 1 a 10.

En fin, y en conclusión, en la percepción de los ciudadanos las políticas públicas, con las necesarias excepciones y con carácter general, en los años en que se han producido las políticas más intensas de ajuste fiscal se habían deteriorado respecto de los datos iniciales de los que se había partido, si bien en los dos últimos años se había iniciado una todavía leve mejoría en la percepción de éstos.

2. Los datos cuantitativos de nuestro empleo público: ¿Se ha producido una reducción de efectivos?.

Vayamos ahora a lo datos cuantitativos sobre el efecto de las políticas que propiciaban una reducción de efectivos y a las que más arriba nos referíamos. Los datos estadísticos que ofrece el Boletín Estadístico del Registro Central de Personal son los que siguen.

En 2009 el personal al servicio de la administración local: ayuntamientos y diputaciones/cabildos/consejos insulares representaba un total de 627.092 personas. Ese conjunto de efectivos, entre los que se incluían los funcionarios con habilitación de carácter nacional, se distribuía de la siguiente forma:

[27] Puede verse en: http://www.aeval.es/export/sites/aeval/comun/pdf/calidad/informes/Informe_Percepcion_2015.pdf
[28] Puede verse en el Informe de percepción 2016 *Estabilidad y mejoría en los servicios públicos* publicado en: http://www.aeval.es/export/sites/aeval/comun/pdf/calidad/informes/Informe_Percepcion_2016.pdf

- Funcionarios: ……214.165[29]
- Personal laboral……368.029[30]
- Otro personal…… 44.898[31]

Total:……627.092

En 2011, cuando se comienza la política de ajuste según hemos relatado, los datos aún eran similares aunque con una leve desviación al alza sobre todo en lo que se refería al personal laboral:

- Funcionarios: ……217.785
- Personal laboral……386.152
- Otro personal…… 43.551

Total:……647.488.

Lo que puede ser coherente con la inercia de las políticas hasta ese momento seguidas junto a, no cabe desconocerlo, la existencia de procesos electorales en ese momento temporal.

Pero digamos algo más. No tenemos datos de las entidades locales pero si aceptamos una cierta extrapolación, en la AGE, si nos atenemos a la variable sexo, prácticamente hay un 50/50. Sin embargo, y si atendemos a la variable edad, los datos eran ciertamente más preocupantes ya que el 40% de todos ellos tenía más de 50 años de edad.

En enero de 2016, últimos datos disponibles, sin embargo ese conjunto de efectivos se había reducido notoriamente especialmente en lo que se refiere al personal laboral (aproximadamente 100.000 efectivos, es decir, casi una sexta parte de los existentes en 2011)[32]:

- Funcionarios: ……207.791
- Personal laboral……298.666

[29] Personal funcionario de carrera: es personal funcionario de carrera el que, en virtud de nombramiento legal, está vinculado a una Administración Pública por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente.

[30] Personal laboral: es personal laboral el que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas.

[31] Otro personal, que comprende:

» Personal eventual: es personal eventual el que, en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, sólo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial, siendo retribuido con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este fin.

» Personal funcionario interino: es personal funcionario interino el que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, es nombrado como tal para el desempeño de funciones propias de personal funcionario de carrera, cuando se dé alguna de las circunstancias recogidas en el artículo 10 del Real Decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público.

» Personal funcionario de plazas no escalafonadas: se trata de un tipo de personal funcionario público declarado a extinguir por la Ley 30/1984, de 2 de agosto, en su Disposición Adicional Primera.

» Otro personal no encuadrado en las tipologías anteriores.

[32] Los datos de la EPA no son totalmente coincidentes con estos y reflejan que el empleo público continuó creciendo si bien estos datos están referidos a todo el empleo público. Hasta los 3,30 millones continuó creciendo en el tercer trimestre de 2011, poco antes de las elecciones generales.

¿Qué sucedió a partir de ese momento? El cambio de orientación en la política fiscal -comenzaron los recortes- provocó una tendencia descendente en el empleo público. Hasta un mínimo de 2,90 millones en el cuarto trimestre de 2013. Por lo tanto, una disminución de las plantillas públicas equivalente a 400.000 puestos de trabajo destruidos desde el nivel máximo.

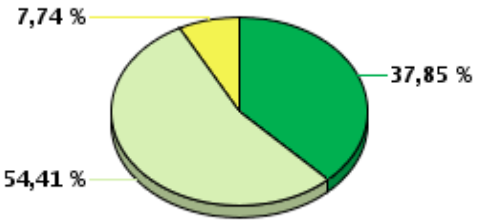
¿Qué ha ocurrido en el último trimestre de 2015? Según la Encuesta de Población Activa (EPA), un hecho altamente simbólico. El número de empleados públicos ha vuelto a situarse por encima de los tres millones. En concreto, 3.000.700 trabajadores al servicio de alguna de las administraciones.

No se trata de un fenómeno puntual vinculado a un hecho extraordinario. El número de empleados públicos lleva creciendo de forma casi ininterrumpida desde hace dos años, lo que refleja un evidente cambio de tendencia que, incluso, se está acelerando. La EPA muestra que la ocupación en el sector público crece a un ritmo anual del 2,5%, ya muy cerca del 3% en que avanza el empleo en el sector privado.

- Otro personal……42.487

Total:……548.944

La "tarta" del empleo público se mostraba así en lo referido a los entes locales:



Un destacado número de personal laboral (a pesar de la opción claramente extendida por un régimen estatutario en nuestro empleo público y las reformas introducidas en la LRSAL en pos de dicho objetivo) y comparativamente, y en lo que se refiere al sexo, las mujeres son las que se han llevado, al menos aparentemente, la peor parte en este período de crisis pues, en esa fecha, había 290.248 hombres frente a 258.696 mujeres[33]. Y si nos referimos a la edad media esta había subido prácticamente al 50% de la plantilla para los mayores de 50 años.

Un dato, este último añadido, preocupante ya que como han puesto de relieve GORRITI BONTIGUI y JIMENEZ ASENSIO es preciso comenzar a adoptar medidas frente a este envejecimiento del personal al servicio del sector público[34].

3. La temporalidad en el sector público local.

Por último abordemos la evolución de la temporalidad y de nuevo partiremos de una situación anterior a la presente para determinar qué se ha conseguido en ese campo proclamado, siempre y en cualquier norma o documento relativo al empleo público, como un elemento esencial a aminorar.

Según un estudio de la FEMP correspondiente a enero de 2002 se encontraban en situación de temporalidad algo más de 126.000 trabajadores, es decir un 32% del total. El personal laboral representaba un 46% del total, pero los trabajadores de este tipo tenían en ese momento en su mayoría (57%) contratos de carácter temporal y aportaban así el 81% del total de temporales. En cambio, los funcionarios representaban el 54% del total y, los que estaban en situación de interinidad eran, al contrario de lo que pasaba en el personal laboral, minoritarios, menos del 11% de los funcionarios, 19% del total del colectivo de temporales.

Dicho Informe reflejaba asimismo que casi la mitad del total del personal no fijo, el 45%, se encontraba en los Ayuntamientos de 3.000 a 20.000 habitantes. Se apuntaba en el mismo que una de las causes podría ser

[33] Bien es cierto que son datos generales y si lo hacemos por CCAA, refiriéndonos a dos de las mayores, vemos como Cataluña representa un 47'43 de hombre frente a un 52'57 de mujeres y Andalucía un 55'47 de hombres y un 44'53 de mujeres. Más desequilibrados son los datos para Cantabria que representan un 62'89 por un 37'11.

[34] Los citados autores, haciéndose eco del Plan de Empleo del Gobierno Vasco, que mostraba que en el horizonte de 2030, en esa fecha se habrán jubilado el 68% del total de empleados públicos actualmente existentes y en los puestos de responsabilidad directiva o de mando, así como puestos cualificados, ese porcentaje se eleva al 80%, no dudan en proponer un conjunto de medidas (entre ellas y de forma destacada la gestión del conocimiento de la organización para evitar una descapitalización). Puede verse dicho análisis en Diario del Derecho Municipal - Edición de 11/11/2016 - Iustel

que estas Corporaciones podían tener una débil capacidad de financiación propia, habían establecido numerosos acuerdos o convenios para programas de empleo o sociales o proyectos de formación que contemplaban el apoyo financiero de otras Administraciones Públicas, con frecuencia condicionado a la contratación de personal por parte del Ayuntamiento.

El estudio destacaba que en los Ayuntamientos del tramo de 3.000 a 20.000 habitantes se producía el mayor grado de temporalidad en el personal laboral y el menor en interinidad funcionarial. En los Ayuntamientos más pequeños, de menos de 3.000 habitantes, y en las Corporaciones supramunicipales, la interinidad funcionarial era relativamente mayor (de más del 15%) frente a la que se constata en los Ayuntamientos más grandes (de 7% a 9%).

La antigüedad en la interinidad de los funcionarios tiene una significación diferente a la temporalidad en el personal laboral dado que, en ese momento, el nombramiento interino respondía a causas más limitadas que las posibilidades que ofrecía la contratación laboral. Como media del total ponderado, calculada en meses, la antigüedad era superior en la interinidad funcionarial, ya que suponía 22,61 meses (1,88 años) frente a 15,5 meses de temporalidad laboral (1,29 años).

Pero el informe, analizado cualitativamente en relación al tiempo de temporalidad, concluía que el análisis de las diferentes tipologías de las Corporaciones permitía subrayar dos situaciones diferentes: por una parte, las Corporaciones supramunicipales y los Ayuntamientos de los pequeños municipios que se destacaban por una media muy superior de la antigüedad en la interinidad funcionarial y una media de antigüedad en la temporalidad laboral menor; por otra, se observaba que en los Ayuntamientos de los grandes municipios se produce el supuesto inverso, mayor antigüedad de los trabajadores temporales con contrato laboral y menor antigüedad en la interinidad de los funcionarios.

En ese momento, el informe estimaba, a tenor de los datos recogidos, que más de 32.000 plazas de temporales, 26% de las 126.000 actualmente existentes, se transformarían en plazas fijas, de funcionarios o de contratados laborales, en el conjunto de las Corporaciones Locales españolas de régimen común. La mayoría de las Corporaciones que tenían personal temporal declaraban tener en marcha ya, o tener previsto poner en marcha este mismo año, un proceso que implicará una transformación de una parte significativa de la temporalidad en situaciones contractuales estables.

Se observaba, pues, un movimiento de estabilización que podemos calificar de considerable y que, como es conocido, potenció de nuevo el EBEP con las previsiones establecidas en este texto legal para la consolidación del empleo temporal

No obstante, y a pesar de esas previsiones y el correspondiente ajuste normativa, la temporalidad ha seguido subsistiendo y como se ve es recurrente por unas u otras causas. Así en 2009, aparentemente, las cosas no habían mejorado y a tenor de un informe de la patronal de las empresas de trabajo temporal (Agett), elaborado a partir de la Encuesta de Población Activa (EPA), la tasa de temporalidad en el sector público alcanzó el 25,4% al cierre del segundo trimestre del año, superando por primera vez en la historia a la del sector privado. Además, el número de CCAA en las que se daba esta circunstancia se había duplicado en el segundo trimestre pasando de cinco a diez.

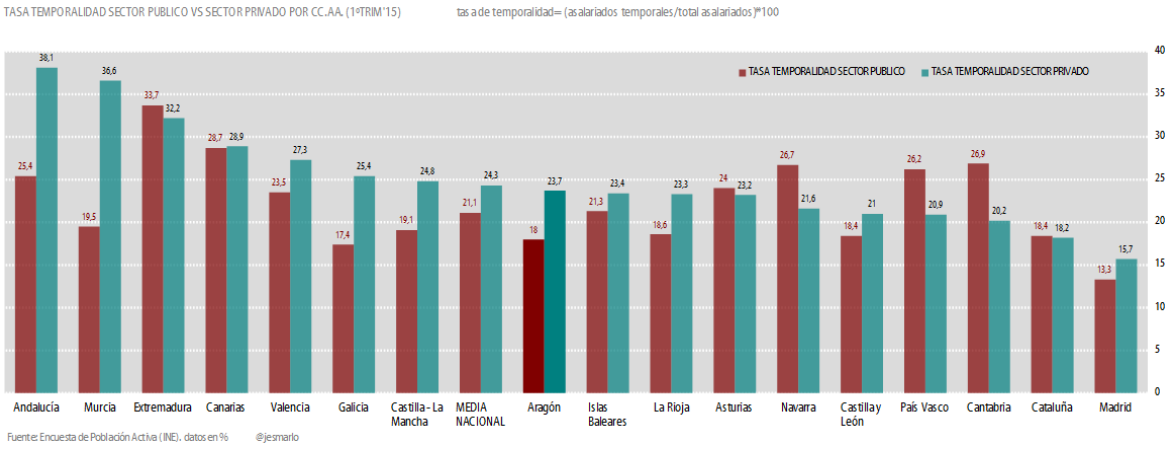
El informe evidenciaba, además, que las mujeres que trabajaban en el sector público tenían una tasa de temporalidad del 30,3%, frente al 26% del sector privado.

Agett, con relación a dichos datos, afirmaba que *"se está produciendo un incremento de la temporalidad sin justificación dentro de la Administración, especialmente en el colectivo femenino, que ya se está prolongando y que contribuye a la precarización laboral de uno de los colectivos más perjudicados por la crisis"*

El período de crisis, a pesar de haber afectado fundamentalmente a los colectivos de contratados temporales laborales y de interinos a tenor de las medidas adoptadas, no ha variado la tendencia, Así es como encontramos que en Catalunya, en el año 2015, el 18.4 % de los trabajadores y trabajadoras del sector público

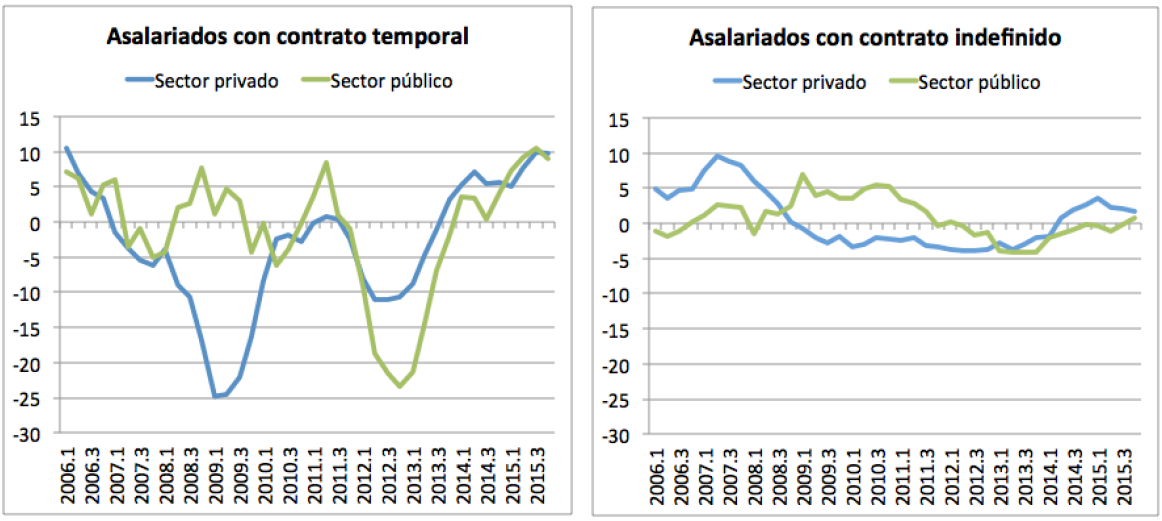
eran temporales; en unos niveles incluso superiores a los del sector privado. En el conjunto del Estado español, los niveles de temporalidad en el sector público aún eran superiores: el 21.1 %.

Es importante destacar, y de acuerdo con el análisis que se ha realizado, que los cuatro puntos porcentuales de mayor temporalidad respecto de los datos de 2009 no se han reducido gracias al crecimiento de empleo estable sino por la destrucción de puestos de trabajo de todo tipo -y especialmente los temporales- en el sector público. En efecto, en 2015, la encuesta de población activa, reflejaba tasas también muy elevadas, pero claramente había descendido la misma respecto de los anteriores datos.



Además, y para mayor "inri", si se analiza la evolución interanual los datos muestran unos picos "extraños" en la evolución del empleo temporal. Estos picos coinciden con períodos de elecciones autonómicas y locales. En concreto, a finales de los meses de mayo de los años 2007, 2011 y 2015, tuvieron lugar las elecciones municipales en toda España y las elecciones autonómicas en 14 CCAA. Tres de los picos se producen precisamente en torno a los segundos trimestres de estos tres años[35].

Gráfico 1: Variación interanual del empleo asalariado en los sectores privado y público, c. temporales vs c. indefinidos (2005-2015, %)



Fuente: EPA (INE)

Ya sea, sigue comentando FELGUEROSO, utilizando las fechas de las elecciones municipales, o las elecciones autonómicas, o ambas, se observan unos aumentos medios considerables (entre el 8 y el 9%) del empleo temporal en dichos períodos, muy superiores a los que se producen en períodos no electorales (sobre el

[35] Los datos y su análisis se han tomado de Florentino Felgueroso y pueden consultarse en http://nadaesgratis.es/felgueroso/sobe-los-usos-y-abusos-de-la-temporalidad-en-el-sector-publico-los-periodos-electorales

1%). Las variaciones medias de los períodos electorales también son mayores (las caídas inferiores) en todos los demás casos, tanto para el empleo indefinido en el sector público, como para el temporal y el indefinido del sector privado. Sin embargo, ninguna llega a alcanzar los aumentos medios del empleo temporal en el sector público.

Cuadro 1: Variación interanual del empleo asalariado temporal e indefinido, en los sectores privado y pública, según sean o no trimestres electorales

(empleo de las CCAA, medias no ponderadas, 2006-2015)

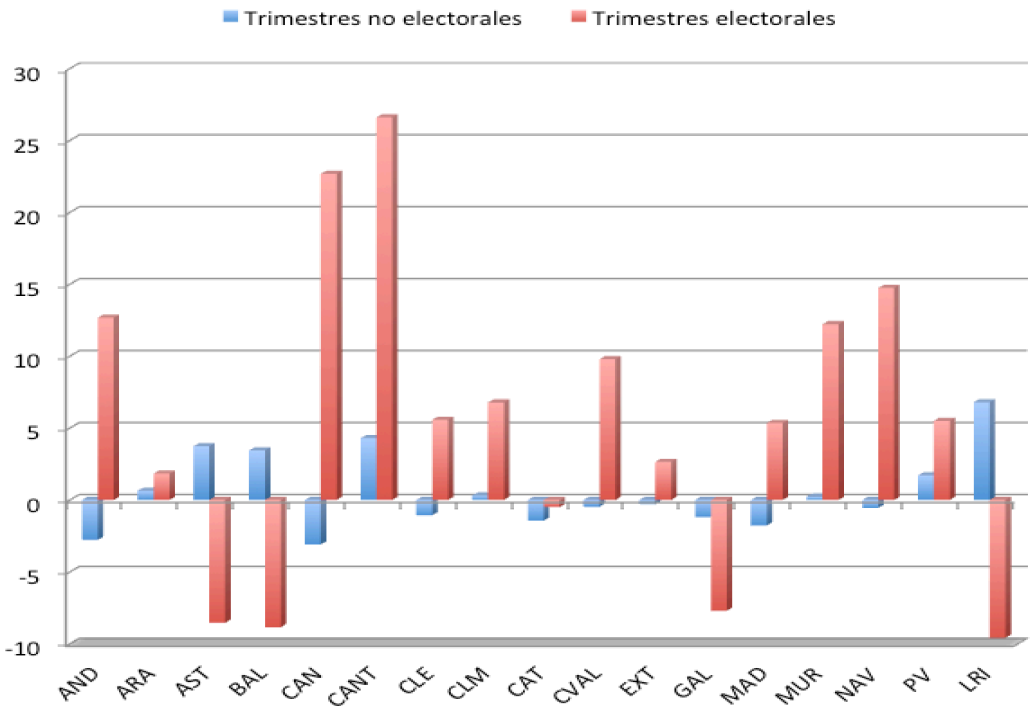
	Temporales		Indefinidos	
	Sector privado	Sector público	Sector privado	Sector público
Elecciones municipales				
Trimestre no electoral	-2.9	1.1	1.4	1.2
Trimestre electoral	0.2	**9.1**	2.4	2.3
Elecciones autonómicas				
Trimestre no electoral	-2.7	1.1	1.4	1.2
Trimestre electoral	-2.4	**9.5**	2.1	2.0
Elecciones municipales o autonómicas				
Trimestre no electoral	-2.8	1.1	1.4	1.2
Trimestre electoral	-1.1	**8.2**	2.1	1.7

Fuente: EPA (INE)

Este comportamiento comenta el autor no se observa, sin embargo, para todas las CCAA, pero si para la gran mayoría (13/17) llegando incluso a crecimientos del empleo temporal durante períodos electorales tan elevados como en los casos de Canarias o Cantabria que superan tasas de variación interanuales del 20%[36].

[36] Estos comportamientos tan extremos, comenta el autor, pueden deberse a errores muestrales debido a los menores tamaño de estas CCAA y su menor representatividad en la EPA. Lo mismo podríamos decir de otras que muestran variaciones internuales negativas, como La Rioja, Asturias y Baleares. Para estas CCAA estos resultados deberían confirmarse con datos más fiables como los de la afiliación a la SS. Para otras, como Andalucía, no caben muchas dudas.

Gráfico 2: Variación inreranual del empleo asalariado temporal según trimestres de elecciones de elecciones autónomicas o municipales, por CCAA (2006-2015, %)



Para 2016, y si nos referimos al tercer trimestre del año, las administraciones públicas han tenido más de 686.800 personas con contrato temporal, la cifra más alta de los últimos cuatro años, en concreto, desde el primer trimestre de 2012, cuando se registraron 711.800 temporales, según los últimos datos de la Encuesta de Población Activa (EPA). Pero es que, además, Los españoles tenemos los contratos de corta duración más reducidos de cualquier país de la UE. Así, según la OCDE, en 2015, España, entre todos los países de la UE, ostentaba el récord de ser el país en el que más contratos se realizan de menos de tres meses (58% del total). En Alemania, por poner un ejemplo, el porcentaje es bastante inferior (4%) e incluso en Grecia (16%). A la inversa, los contratos de una duración superior a los 12 meses, representan el 7% y constituyen el peor registro entre todos los países de la UE. Los citados países, Alemania y Grecia, cuentan con cifras muy superiores: 56% y 30% respectivamente.

Aunque las administraciones públicas, según los datos de la EPA, registran un leve incremento en el empleo público, todavía éste arrastra una pérdida de más de 300.000 puestos de trabajo, desde finales de 2011, cuando empezó la sangría en este ámbito con las políticas de recortes. En el conjunto de las administraciones públicas, el empleo creció en 8.900 puestos de trabajo en el último trimestre y en 17.500 en el último año.

Además, el estudio refleja que 258.500 personas tienen más de 60 años y por tanto se jubilarán de manera inminente.

4. Cinco grandes conclusiones sobre los datos: las tareas pendientes.

Pues hasta aquí los datos que, con todas las correcciones que se quieran (ya que no son coincidentes en los diversos registros), nos permiten extraer algunas aproximaciones al momento en que se encuentra el empleo público local:

a) Una mayor sensibilidad de la ciudadanía respecto de las políticas de ajuste fiscal que se traducen en una reducción de los servicios públicos prestados a éstos.

b) Una disminución del número total de efectivos principalmente debido a tres causas: unas limitadas tasas de reposición de efectivos, el incremento de la jornada laboral y la prohibición de contratación de personal en estos años (aunque ciertamente esta notoriamente incumplida en muchos casos)
c) La reducción de personal se ha realizado fundamentalmente en el colectivo de trabajadores sujetos al Derecho laboral.
d) Tenemos una edad medida excesivamente elevada en el personal, funcionario y laboral, al servicio de las entidades locales que aún puede agudizarse más en los próximos años.
e) La tasa de temporalidad sigue siendo, y a mi juicio en las entidades locales más notoriamente, una rémora para la que no encontramos soluciones en el marco normativo y de funcionamiento actual.

Y es que el establecimiento de tasas de reposición de efectivos en la normativa básica estatal, agudizadas en los años de la crisis con las disminuciones de plantillas en sectores no administrativos, no solo ha deteriorado la calidad, intensidad y universalidad de los servicios públicos, también ha precarizado la calidad del menguante empleo público existente dadas las distintas medidas adoptadas (congelación salarial, aumento de jornada, etc.) y castigado, en mayor proporción, a las mujeres. Parece, aparentemente y a la vista de los datos, que es preciso hacer algo de mayor alcance que lo realizado hasta ahora.

IV. LA PERMANENCIA DE LA INDEFINICIÓN DE UN MODELO DE EMPLEO PÚBLICO Y LOS NUEVOS RETOS NORMATIVOS QUE ES PRECISO AFRONTAR.

Lo cierto es que la crisis económica cuyos efectos, al parecer, todavía se extenderán durante todavía los próximos años dada la lenta recuperación que parece visualizarse, impactó también sobre los temas relativos al empleo público como hemos puesto de relieve. Una cosa es cierta y es que todas aquellas políticas de modernización, que estaban muy ligadas a la puesta en marcha de las previsiones del Estatuto Básico del Empleado Público, se han congelado o, cuando menos, ralentizado en su traslación efectiva. La muestra más evidente fue precisamente la inaplicación, y no sólo en lo que se refiere a materia retributiva, del Acuerdo del que dimos cuenta con anterioridad que contemplaba como pusimos de relieve aspectos de sumo interés que podrían haber servido, de haberse llevado a cabo, como un importante "escaparate" para el resto de Administraciones públicas.

Pero conviene ahora reflexionar, una vez expuestas las consecuencias que en el empleo público se han producido tras varios años de crisis económica, sobre el marco regulatorio del empleo público y sus variaciones.

1. El desarrollo del Estatuto Básico del empleado Público.

Seguimos padeciendo serios déficit en el marco regulatorio de nuestro empleo público que, sin embargo, no están siendo abordados. Un conjunto de instituciones claves de la modernización de la gestión de nuestros recursos humanos, como algunas otras materias reguladas en el EBEP, tenían una aplicación diferida a que efectivamente se promulgase la correspondiente legislación de desarrollo de éste, de acuerdo con la disposición final cuarta que regula la entrada en vigor del mismo, lo que otorgaba un cierto carácter transitorio a la regulación en la actualidad vigente en una gran parte de las entidades locales del país. La mala noticia además es que esa normativa transitoria, al menos desde mi punto de vista ha sido insuficiente para abordar los problemas que se han presentado durante la crisis económica, pero es que además tiene poca capacidad de enfrentar adecuadamente los desafíos del momento presente que habiendo transcurrido las etapas más duras del ajuste fiscal habría de esperarse que fueran de mayor alcance[37].

[37] Y es que hay una cierta coincidencia entre los especialistas en que, precisamente en estos momentos de crisis económica, es más preciso que nunca el desarrollo del EBEP. Puede verse, a este respecto, ORTEGA ALVAREZ, L., "Es posible desarrollar el EBEP en tiempos de crisis", en el volumen colectivo *Crisis económica y función pública,* Thonson Reuters/Aranzadi, Navarra, 2012 y, en el mismo volumen, JIMENEZ ASENSIO, R. "Debilidades del marco normativo estructural del empleo público para afrontar un escenario de profunda y prolongada crisis fiscal".

Ciertamente algunas CCAA han procedido a ejercer su competencia normativa sobre el empleo público, pero todavía hoy, y tras casi una década desde la aprobación de la reforma del empleo público, nos encontramos, salvo esas excepciones, en un importante grupo de CCAA en el limbo de la definición de un modelo de empleo público que, de acuerdo con nuestra Constitución y el bloque de constitucionalidad, requiere no sólo el impulso de reforma del legislador básico, sino la contribución leal y coherente del legislador autonómico y de la colaboración de los entes territoriales locales para la efectiva implantación del modelo. Los efectos de esta actitud, seguramente irresponsable, es que nuestro modelo de empleo público sigue apareciendo - si de una foto fija se tratase - como insuficiente, rígido, uniforme y, en suma, no favorecedor de una mayor eficiencia en la gestión.

En el momento presente se corre el riesgo cierto de que, si el legislador autonómico no ejerce su capacidad normativa y los municipios tampoco hacen nada esperando la intervención de este legislador, por una parte, sólo se apliquen aquellos elementos del EBEP que, siendo fruto de la negociación sindical, representaban sólo una cara de la moneda (la de los derechos), pero no aquellos elementos de modernización que, sirva como ejemplo la evaluación del desempeño, constituyen hoy una exigencia ineludible para mejorar la eficiencia de nuestras Administraciones públicas y que constituyen, éstas sí, las verdaderas reformas estructurales de nuestro empleo público.

En este sentido, su no desarrollo por el legislador autonómico compromete, también, las capacidades de otras Administraciones como las locales para enfrentar los retos que se plantean en la actualidad, pero sobre todo anula elementos de gran potencia renovadora como un nuevo sistema salarial, la carrera profesional, la evaluación del desempeño o contar con un modelo de dirección pública en el ámbito local que no alcanzarán toda su fuerza de transformación.

Creo que todos somos conscientes de que, fruto del momento expansivo de nuestra economía, se habían ido aplazando un conjunto de medidas que, aún siendo necesarias, planteaban retos y dificultades que el continuo crecimiento permitía demorar. El período de crisis, y las medidas adoptadas, han sido determinantes para acumular algunos desajustes que convendría enmendar para enfrentar los retos que a nuestro sector público se le imponen en los próximos años: ser más productivos, más eficientes, garantizar la prestación de los servicios públicos que son propios al quehacer de las entidades públicas, etc . Y hacerlo, además, sin el recurso sistemático al incremento de medios materiales y humanos haya pasado o no el período de crisis económica.

Al menos desde nuestro punto de vista, y precisamente por estas circunstancias, es un buen momento para tener en cuenta nuevos elementos en relación a la prestación de los servicios que, a buen seguro, deberían de ser puestos en valor en el desarrollo legislativo del EBEP, o en una eventual modificación de éste de mayor alcance que las acontecidas hasta ahora. La reforma estructural del empleo público, y con éste de las instituciones claves para mejorar su eficiencia, es algo que no se puede ni se debe demorar más si, junto a atender las aparentes urgencias que todavía se presentan en el momento actual, pretendemos abordar la siempre relegada tarea de establecer un marco de relaciones laborales en el sector público acorde con las necesidades del país que no puede basarse simplemente, y hoy lo vemos como una obviedad, en la esperanza de que, pasadas las vacas flacas, volvamos a la senda del crecimiento indefinido. La sostenibilidad del crecimiento será una clave ineludible para nuestro sector público en los siguientes años, pero también, y como lo hemos señalado, esa tarea no puede ni debe afrontarse, en forma exclusiva, con el ajuste lineal, cuantitativo que no cualitativo y uniforme de la estructura del sector público y de las condiciones de trabajo de los empleados públicos.

2. Los desaciertos acontecidos tras la reforma de la legislación de régimen local: un nuevo impedimento.

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 la 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.

Conviene poner de relieve que las normas que regulan expresamente el empleo público 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 de las que ya dimos cuenta, mucho más limitados que lo que podríamos haber pensado en el momento de su entrada en vigor[38].

Lo anterior, sin embargo, no quiere decir y por ello lo traemos a colación en el marco de la necesaria mejora del sistema normativo, que no convendría dar marcha atrás en algunas de las puntuales medidas adoptadas, a saber: el régimen de fuentes del personal al servicio de las entidades locales, la reserva de funciones a los funcionarios públicos locales y la introducción de límites cuantitativos en las retribuciones a percibir por el personal al servicio de los entes locales.

Vayamos al primer punto. 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 replanteamiento[39]. 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)[40]. 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 los 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*

[38] 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.

[39] Puede 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.*

[40] Recordemos 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".

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.

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 LBRL sobre el EBEP lo que, en principio, y siendo ambas normas básicas, no presenta problema normativo alguno si salvamos lo ya referido dado el principio de especialidad y la coherencia sobre el sistema establecido en esta última norma que hacía descansar[41], 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 esa tarea.

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.

De mayor calado es la segunda cuestión a la que nos referíamos que puede conceptuarse de profunda modificación de su régimen jurídico[42]. 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.

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. 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

[41] A 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 funcionarial 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...). Y es que, sigue diciendo el autor, si bien se 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.

[42] Con 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

AAPP de éstas, la que concretaría dicho aspecto optando por un empleo público, incluido el local, en mayor o menor medida funcionarizado[43].

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)[44], se pasa a una regulación en las Administraciones locales en las que "con carácter general" deben ser ocupados por funcionarios públicos[45].

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.

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)[46].

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. Y los datos que, hasta ahora tenemos referidos más arriba, no hacen sino confirmar esta impresión.

Y ahora vayamos a la tercera referida al control de salarios. La LRSAL buscaba el control de los salarios del personal al servicio de las Administraciones locales a través de varios instrumentos: por una parte a través

---

[43] Lo 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".

[44] No 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.

[45] A 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.

[46] En 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".

de su limitación en las Leyes de presupuestos, por otra mediante la intervención de las propias corporaciones locales en la aprobación de dichos límites y en su publicación electrónica.

Por lo que hace al primer asunto, el art. 75.bis de la LBRL pasa a regular tras la nueva reforma que los Presupuestos Generales del Estado determinarán, anualmente, el límite máximo total que pueden percibir los miembros de las corporaciones locales por todos los conceptos retributivos y asistencias (excluyendo los trienios que en su caso tengan derecho aquellos funcionarios de carrera que se encuentren en situación de servicios especiales), atendiendo a una tabla que figura en el propio precepto en el que se toma como referencia la figura de un Secretario de Estado deduciéndole unos determinados porcentajes en función de los habitantes del municipio.

Siguiendo con esta estela, la norma también prevé que las Leyes anuales de Presupuestos Generales del Estado puedan establecer 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".*

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 hasta ese momento no utilizada, pero, junto a la duda competencial que dichos límites plantean (que dada la experiencia que nuestro tribunal constitucional tiene al analizar los títulos competenciales económicos y su impacto en la ordenación del empleo público habría que desechar), también limita en sus efectos prácticos las posibilidades que la negociación colectiva puede y ha venido realizando en materia retributiva.

3. Un nuevo escenario para la temporalidad en las relaciones laborales en el sector público: la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la de TJUE.

El mercado laboral español es famoso en todo el mundo por dos aspectos negativos: sus altos niveles de paro y la dualidad entre indefinidos y temporales. Estos últimos son quienes más que sufren la flexibilidad externa (pérdida de empleo) y la interna (reducción de sueldo en sus nuevas contrataciones). En gran medida esto es aplicable al sector público.

Las políticas de ajuste fiscal según hemos puesto de relieve, sin duda obligado por la crisis económica, han tenido un perdedor claro debido a esa dualidad, a saber: los trabajadores temporales de las Administraciones públicas. La extinción de los contratos de interinidad sin indemnización, por vacante o por largas sustituciones ha expulsado del empleo público a un colectivo muy amplio de personas sin recibir ningún tipo e indemnización económica. Ha sido, por utilizar una denominación ampliamente utilizada en estos tiempos, un ajuste público a coste cero.

Ese efecto, un tanto perverso, y producto como decimos de la dualidad de nuestro mercado laboral, sin embargo me temo va a tener que ser corregido en breve. La jurisprudencia del Tribunal Supremo y del TJUE no parecen dejar otra alternativa razonable. Comencemos por el primero.

La STS de 24 Junio de 2014 (y de ahí en adelante) estableció que los contratos de interinidad por vacante, habituales en el sector público con plazos indeterminados, no podían extinguirse por amortización de la plaza convocada. La condición resolutoria que ponía fin a estos contratos, sin coste extintivo, fue reconducida a un despido objetivo por causas organizativas con la indemnización de 20 días salario/año del interino.

Por otro lado, y en similares fechas, la STS de 8 Julio de 2014 (y de ahí en adelante). aplicó también las consecuencias indemnizatorias y procedimentales de un despido objetivo a las extinciones de los denominados

contratos indefinidos no fijos, que devienen de situaciones de temporalidad irregular, cuando se producía la cobertura fija de la plaza. Esa circunstancia fue equiparada a una causa objetiva de extinción.

Pero es que, ahora, el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea (TJUE) dictaba el pasado 14 de septiembre tres importantes sentencias acerca de la temporalidad en el empleo público de las que los medios de comunicación se han hecho eco y, que dada su importancia, han tenido como efecto servir de espoleta para abordar, esperemos que ahora sí, el modelo de mercado de trabajo que hemos mantenido hasta ahora.

En estas, y en resumen, se concluyen dos cosas: por un lado, el TJUE y dicha conclusión es clave que el empleo temporal (en el sector público y en el privado) no se puede usar para puestos de trabajo estructurales y permanentes, pues ello contraviene la Directiva 1999/70, que es la que traslada a la norma comunitaria el Acuerdo Marco de la Confederación Europea de Sindicatos con las patronales europeas sobre el trabajo de duración determinada[47]; de otro, y en segundo lugar, que los trabajadores interinos, aquellos que realizan el mismo trabajo que otros que sí tienen contratos laborales indefinidos, tendrán los mismos derechos de indemnización en caso de despido que los fijos, -al menos 20 días de salario por año trabajado con el máximo de una anualidad- a raíz de la sentencia europea.

La convulsión de estos fallos era de esperar ya que la primacía de la jurisprudencia comunitaria al resolver cuestiones prejudiciales, según el artículo 234 del Tratado CE, así como la prevalencia del Derecho de la Unión Europea frente al Derecho interno, obliga a las Salas de lo Social, como juez nacional, a aplicar ese Derecho.

Y, en efecto, el contenido de dichas sentencias ha sido ratificado por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid que, en sentencia de 5 de octubre de 2016 (recurso de suplicación nº 246/2014), otorga la misma indemnización a una trabajadora interina que si fuera fija. En efecto, esta última sentencia razona en el caso concreto:

> "...en el caso de la actora nos encontramos en un supuesto de temporalidad con "tempus" no acotado y de previsibilidad incierta hasta el extremo de que la duración del contrato se ha extendido a más de siete años, acaeciendo la extinción contractual en virtud de una causa objetiva -en el sentido de no reprochable al trabajador ni dependiente de la mera voluntad empresarial- con una estructura causal análoga a las que el artículo 52 del ET denomina "causas objetivas", en cuanto a su través se evidencia la necesidad productiva de extinguir una relación laboral. En efecto no es solo que la causa extintiva sea ad initio temporalmente indeterminada, pues la incorporación de la trabajadora sustituida se ha producido al margen de su voluntad de regreso o del término de la vigencia de su cargo representativo, desde la perspectiva de las condiciones vigentes a la fecha del pacto contractual sino que ha tenido lugar en virtud del hecho, totalmente impredecible, de la entrada en vigor de una urgente reforma legislativa que cercenó drásticamente el número de liberados sindicales en el sector público, de modo que la extinción del contrato ha sido corolario de la previa amortización de un puesto de liberada sindical, evento indubitadamente sobrevenido; aunque debemos matizar el carácter, en cierto modo irrelevante de esta circunstancia a los efectos litigiosos, en cuanto de no haberse producido tal acontecimiento el contrato de la actora hubiera continuado en el tiempo hasta ocupar, potencialmente toda su vida laboral activa .
> Nuestra ley al autonomizar ciertas causas objetivas como instrumentos de la contratación temporal aboca al pernicioso efecto de que trabajadores con idéntica antigüedad y que realizan similar trabajo son tratados de manera divergente cuando el contrato se extingue. La cuestión no estriba en la consideración de que las causas del artículo 52 precitado sean aplicables al contrato de interinidad - que lo son - sino que la causa extintiva que se ha aplicado, conforme a la ley española, a la actora, negándole así cualquier derecho indemnizatorio, no le sería de aplicación si su contratación no fuera temporal, en cuyo caso tendría siempre, al menos, un derecho indemnizatorio de 20 días de salario por año trabajado si en la empresa se produjera la

[47] Esta directiva fue transpuesta a nuestra normativa interna por la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, que modificó dicho precepto relativo a la extinción del contrato de trabajo, dándole la siguiente redacción: "Por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato. A la finalización del contrato, excepto en los casos del contrato de interinidad, del contrato de inserción y de los contratos formativos, el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar ocho días de salario por cada año de servicio, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación.", redacción que tras la modificación introducida por el Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, es la siguiente: "Por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato. A la finalización del contrato, excepto en los casos del contrato de interinidad y de los contratos formativos, el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación."

situación de exceso de trabajadores en relación con los puestos de trabajo reales desde la perspectiva de la productividad mercantil .

Así pues siendo la Directiva 1999/70 directamente aplicable tal y como ha reconocido el Tribunal Supremo en sentencia de Pleno de 8-6-2016, no 497/2016, rec. 207/2015 y habiendo efectuado el Tribunal Europeo la interpretación que se ha transcrito del precepto citado, hemos de estar a la misma y concluir que no se puede discriminar a la actora en cuanto a la indemnización por la extinción de la relación laboral, como consecuencia del tipo de contrato suscrito y, por consiguiente, tiene derecho a igual indemnización que la que correspondería a un trabajador fijo comparable de extinguirse su contrato por otra causa objetiva, siendo en este caso evidente la igualdad en los términos de comparación respecto de la trabajadora a la que ha venido sustituyendo…"

Y, más recientemente, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (TSJPV) que en sentencia de 18 de octubre de 2016 ha elevado a 20 días de salario por año de servicio la indemnización por la extinción de un contrato trabajo de investigación de una trabajadora, que recibió una compensación de 12 días tras tres años de contrato y recurrió ante la Justicia. De esta forma, se equipara la indemnización de despido tras tres años de contrato a la que recibiría si la trabajadora fuese fija.

Esta concatenación de resoluciones jurisdiccionales, nacionales y comunitarias, plantean un escenario en que no resulta inapropiado afirmar que las mismas pueden suponer un notorio cambio en el sistema de temporalidad en las Administraciones Públicas.

V. ¿QUÉ HACER EN ESTE ESCENARIO?

Bien al realizarnos esta pregunta no está de más recordar, ahora con más razón que en el pasado, que sería precisa una combinación de medidas normativas con otras de cambio en la formas de gestión de nuestros recursos humanos si pretendemos acabar con el deterioro de nuestras plantillas y de nuestro modelo de empleo público.

De todos es conocido que se viene aplazando una verdadera reforma del empleo público. Si urgente era antes no lo es menos ahora. Un estudio de Caixa Bank pone de relieve[48], refiriéndose a la actualidad, que "A medida que los vientos de cola que han sostenido la recuperación pierdan fuerza y que el crecimiento del PIB converja a su nivel potencial, el proceso de consolidación fiscal va a necesitar de apoyos de carácter estructural. En este sentido, la mejora de la productividad de la Administración pública es una herramienta con un enorme potencial, que puede redundar en ahorros de gasto y ayudar a la modernización del sector".

1.- Las medidas normativas: mayor ambición en la consecución de la eficiencia de nuestro sector público.

De lo hasta aquí expuesto no parece que quepa duda alguna de que es preciso afrontar distintas medidas normativas en el caso concreto del empleo público: unas destinadas a suprimir los "corses" que tanto daño han hecho a la racionalidad de nuestras plantillas; otras dirigidas a recuperar el marco normativo, y desarrollarlo, que hasta ahora teníamos procurando un adecuado equilibrio entre las competencias de las distintas Administraciones Públicas y los actores sociales; por último no me cabe duda de que la normativa sobre contratación temporal en el ámbito del sector público tiene aspectos manifiestamente mejorables, y estas sentencias ponen al descubierto y sobre todo no dejan margen alguno para que, de un lado, encontremos la fórmula que nos permita atender las necesidades temporales y las estructurales sin crear, como hasta ahora, bolsas de empleo temporal y, de otra, conseguir una progresiva reducción de la precarización del empleo público que padecemos.

Vayamos a las primeras. Y así muy fácil creo necesario, sin más dilación y por tanto suprimiendo o suavizando tremendamente la tasa de reposición de efectivos (mejor lo primero que lo segundo) y regularizar la jornada de trabajo (a fin de evitar el efecto emulación en el conjunto de las Administraciones públicas con aquellas que han procedido a restablecer de facto la jornada de 35 horas semanales).

[48] Documentos de Economía Caixa Bank, nº 29, julio 2016 "La eficiencia del sector público clave para la consolidación fiscal".

La tasa de reposición de efectivos no es algo novedoso (existe al menos desde 1995) pero unos efectos tan acentuados como en el presente período sí. Anquilosamiento y envejecimiento de las plantillas, plazas no cubiertas en sectores no prioritarios, bolsas de empleo temporal con gran riesgo de ser declarado indefinido no fijo, etc. En palabras de NUÑEZ LOZANO *"no ha producido consecuencias positivas, ni a nivel general ni en el ámbito universitario, pues en la medida en que los servicios públicos deben prestarse en todo caso, ha dado lugar a una precarización de las plantillas y a una contratación fraudulenta, lo que ha redundado en una merma en la calidad de la prestación de los servicios públicos obligatorios"*[49]

Si bien el Tribunal Constitucional ha respaldado claramente esta competencia. Así, pueden verse la STC 178/2006 (Ponente D. Pablo Pérez Tremps) y STC 62/2001 de,1-3-2001 (ponente: D. Pablo García Manzano. FJ 4º) no es menos cierto que, en mi opinión, solo consigue los objetivos perseguidos con la imposición de la misma a corto plazo y, a medio y largo plazo, exacerba las disfunciones que las plantillas del empleo público presentan. Y es que no es admisible, y sobre todo nada positivo para el futuro, que el personal funcionario de carrera, profesional e inamovible, se vea sustituido progresivamente, como efecto derivado de las tasas de reposición, por personal interino. La técnica de las tasas de reposición, como mecanismo para el adelgazamiento de las Administraciones, no debiera impedir de forma absoluta que se convoquen los procesos selectivos para cubrir las vacantes ocupadas por funcionarios interinos -salvo que se opte por su amortización-, pues, junto a que estamos hablando del derecho fundamental al empleo público de estos, no permitirlo no produce ningún beneficio dado que a la vez estamos desarticulando y envejeciendo a las plantillas. ¿Qué efecto benéfico produce su mantenimiento? Pues no se nos alcanza ya que el gasto, en forma de salarios a los contratados, se está produciendo y la estabilización de éstos en aquellos puestos de trabajo no afecta al equilibrio presupuestario. Y

Sin duda otros medios alternativos, y más flexibles, podrían establecerse para alcanzar los objetivos que se pretenden como la fijación de límites en los gastos de personal en función de la situación económico-financiera, pero una medida lineal, y sin atender a las específicas circunstancias de cada entidad, produce efectos no deseados sin que quede claro que se consigue el objetivo conseguido por esta más allá del efecto embriagador del corto plazo.

Vayamos a la segunda. El desarrollo del EBEP, que ya ha sido puntualmente modificado como sabemos aunque sólo para introducir medidas de ajuste con marcha atrás en algunos casos, se está demorando en demasía, en algunos casos *sine die sine tempore*, y si dejamos a salvo algunas Comunidades Autónomas que, como Valencia, Asturias, Castilla-La Mancha, Aragón, Galicia etc., que han emprendido, en mayor o menor medida, con mayor o menor fortuna, y a mayor o menor velocidad, dicha labor[50], pocas iniciativas se han emprendido y en las que lo han hecho las mismas se encuentran paralizadas o suspendidas en su aplicación lo que, desde luego, no justifica que no se emprendan políticas en la buena dirección con la legislación actualmente vigente como ahora después veremos.

---

[49] Puede verse en http://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1117694. Asimismo un estudio de esta puede verse en AMOEDO SOUTO, C. A. y NOGUEIRA LÓPEZ, A.: "Regateando hacia la excelencia. Tasa de reposición de efectivos y universidades públicas", Civitas Revista Española de Derecho Administrativo nº 157/2013, págs. 253 a 258

[50] Esta demora, inexplicable ciertamente, puede encontrar explicación, a juicio de JIMENEZ ASENSIO, R. y CASTILLO BLANCO, F.A., *Informe sobre el Empleo Público Local. Balance y propuestas para su racionalización en el marco del empleo público*., Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2009, pág. 104, en dos factores: *"El primero, como se ha visto, es que el EBEP es una norma compleja que hasta cierto punto supone un cambio de paradigma en el modo y manera de configurar el empleo público. Requiere un cambio de cultura de la organización, una inversión en nuevos instrumentos y herramientas de gestión, así como una potenciación y refuerzo institucional de las unidades de gestión de recursos humanos en las Administraciones Públicas. En suma, un cúmulo de retos, pero que abren asimismo no pocas oportunidades para una mejora y modernización de las vetustas estructuras y métodos de gestión de personas en nuestras organizaciones públicas.*

El segundo factor, mucho más contingente (al menos eso esperamos), es la crisis económica que azota a las economías occidentales (aunque se puede afirmar que es una crisis globalizada) y, especialmente, a España. El EBEP es, y así se debe reconocer, una norma "cara" en su aplicación, sobre todo depende como se haga esta. Dicho rápidamente, poner en marcha un buen sistema de evaluación del desempeño, así como luego aplicarlo de forma óptima, requiere un gasto notable. Lo mismo se puede decir de la implantación de un sistema de carrera profesional horizontal, pues si no se hace de forma escalonada y racional el incremento de gasto puede generar puntas insostenibles que presionen sobre unos depauperados presupuestos. En menor medida, una buena dirección pública profesional requiere de alguna necesaria inversión, así como la puesta en marcha de una potente unidad de recursos humanos exige gasto".

El desarrollo de un sistema retributivo ya que el actual se encuentra agotado, de las previsiones sobre carrera profesional, la introducción decidida de la evaluación del desempeño y la articulación de una verdadera dirección pública profesional es algo que no puede demorarse más.

Algunos puntos a considerar, en una eventual actualización de la normativa de empleo público, deberían considerar cuestiones como las que siguen:

1. Definición y delimitación del personal al servicio del sector público y flexibilización del vinculo funcionarial: movilidad, situaciones administrativas y plazo de ejercicio de la función.
2. Regulación, de forma decidida, de una relación laboral de carácter especial en el empleo público.
3. Una definición más precisa de los instrumentos organizativos del empleo público que permita la conexión entre Cuerpo y puesto de trabajo.
4. Reestructuración de los sistemas de acceso al empleo público y su conexión con el sistema de titulación universitario.
5. Articulación, no solo en cuanto al acceso, del personal directivo y su conexión con el sistema de función pública
6. Implementación de mecanismos de gestión avanzada del empleo público: la evaluación del desempeño y la gestión del conocimiento.
7. Articulación de un sistema de carrera profesional.
8. Un régimen disciplinario que responda a las necesidades de la organización administrativa.

Pero, además, es preciso que el marco normativo ofrezca márgenes razonables de maniobra en las decisiones a adoptar por las distintas Administraciones públicas y, en lo que a nosotros se refiere, en el ámbito local y, por ello, no estaría demás que las previsiones contenidas en la LRSAL fueran suprimidas en los puntos señalados.

Y, por último, la tercera. En el empleo público nos encontramos con la paradoja de muchos empleos estructurales, que resultan imprescindibles para la prestación de dichos servicios públicos, y que, sin embargo, están ocupados por personal temporal. Adicionalmente, y en el fondo del marco, una dificultosa aplicación de la legislación laboral en el empleo público.

Pues bien, junto a la necesidad de proceder, según ya dijimos, a suprimir la tasa de reposición de efectivos y permitir racionalizar las estructuras organizativas no es este el único problema que se presenta. De un lado, habrá que establecer un nuevo marco normativo que evite, en buena medida, que estas situaciones de ingente temporalidad se reproduzcan como viene sucediendo año tras año. Algo falla y debemos de cambiarlo y la jurisprudencia citada lo pone de manifiesto[51]. De otro, el "conflicto" entre el principio de estabilidad en el empleo, consagrado en la Constitución y en nuestras normas laborales, y el principio de acceso al empleo público con garantías de publicidad, igualdad, mérito y capacidad es preciso resolverlo. Por último, y si se quiere mantener la dualidad laboral/funcionario es preciso profundizar en la relación laboral especial de empleo público mucho más allá de lo que se hizo en el EBEP.

La figura del indefinido no fijo no satisface a nadie y se ha perdido, una y otra vez, la oportunidad de resolver ese problema. Ahora es preciso resolverlo sin más dilaciones. La solución no puede venir, desde mi punto de vista, argumentando los importantes costes que pueden suponer las sentencias referidas y, en

[51] En opinión de JIMENEZ ASENSIO, puede consultarse en https://rafaeljimenezasensio.com/2016/10/14/la-interinidad-en-la-administracion-publica-nuevos-escenarios/ "A pesar de que las sombras e incertidumbres planean sobre ese escenario, algunas cosas parecen estar claras en estos momentos: la actual regulación de las figuras del personal funcionario interino y del personal estatutario temporal, debe ser revisadas por completo para adecuarla a esa doctrina y evitar situaciones de discriminación evidente en relación con el personal funcionario de carrera, pero también por lo que afecta al colectivo laboral temporal de la Administración Pública. Esa dualidad comienza a hacer aguas, salvo que el legislador la precise con "medidas eficaces" muy bien construidas; pues en caso contrario la conflictividad jurisdiccional en ese sector irá en aumento, con los costes desorbitados que conlleva judicializar estos procesos (partes litigantes, administración de justicia, costes abogados, etc.), aparte de los costes directos de adoptar las medidas equivalentes que sean precisas, siempre que los tribunales contencioso-administrativo resuelvan de forma adecuada esta patata caliente. El principio de equivalencia se entroniza por el TJUE y no hay muchos atajos para atenuar su aplicación".

coherencia con éstas y para evitar un coste excesivo, articulando de nuevo vacíos procesos selectivos que, celebrados solo formalmente con las garantías necesariamente exigibles, vuelvan a suponer un fraude a las expectativas de miles de ciudadanos que también tienen el derecho de acceder en condiciones de igualdad al empleo público. Y los costes, los que haya, han de asumirse antes de iniciar nuevos procesos selectivos de consolidación de empleo temporal "trufos". Si es preciso hacerlo, y ello habrá que hacerlo sector por sector, deberá garantizarse un necesario equilibrio entre las expectativas, todas ellas legítimas, del colectivo situado fuera del sistema y del colectivo que está dentro. No puede olvidarse que, en demasiados casos, su acceso a esa situación no ha sido todo lo correcto que debiera.

2. Las medidas de gestión de nuestros RRHH: es preciso diagnosticar y planificar de una vez.

La tan ansiada reforma de nuestra Administración pública podría haber encontrado una oportunidad precisamente en los momentos recientemente vividos donde todos, incluidas las centrales sindicales, parecíamos ser conscientes de la necesidad de acometer cambios.

Lo cierto, sin embargo, es que la opción elegida, un ajuste sin ningún tipo de reforma, ha resultado como la mayoría nos temíamos una mala opción. Y es que, si ciertamente, las urgencias que planteaba la crisis económica no dejaban mucho margen para obviar una política de ajuste[52], también es lo cierto que esas urgencias podían haberse combinado emprendiendo, de forma simultánea, unas políticas serias y coherentes para salir de esa crisis en mejores condiciones que en las que nos encontramos en el momento presente, a saber: renegociación de los Acuerdos y Convenios Colectivos para hacerlos viables en el contexto económico que se atravesaba y evitar cláusulas de descuelgue en base a la reforma laboral ya aprobada y a los reformados artículos 32.2 y 38.10 EBEP; definición de un Plan Operativo que conllevase un diagnóstico, propuestas consensuadas y socialmente responsables y un seguimiento de su puesta en marcha con unos objetivos de seguimiento; planes específicos de mantenimiento y racionalización del empleo público; desarrollar una política salarial coherente con la situación económica que se atravesaba; mantenimiento de empleo a cambio, si hubiese sido preciso, de reducciones de salarios y de jornada; programas de formación y de redistribución de efectivos; creación de bolsas de empleo público (hay alguna experiencia en el caso de la Europa del Este y de sus procesos de reestructuración del empleo público); definición de nuevas figuras de situaciones administrativas específicas –redefinición de la excedencia forzosa- para situaciones de crisis económica que permitan no perder el empleo definitivamente tanto para laborales como para funcionarios del sector público, etc[53].

Medidas que debieran haber sido combinadas con otras de mayor alcance que nos obligasen a repensar el empleo público en el contexto de un nuevo modelo productivo y de racionalización de las estructuras territoriales y que permitieran combinar garantías de estabilidad con dinamismo real del empleo público. De esta forma, y dejando a un lado la idea de que el problema del empleo público es el gasto público que comporta, hubiese convenido reflexionar también sobre algunos puntos que han de valorarse en relación a las relaciones

---

[52] JIMENEZ ASENSIO, en su blog (http://www.estudiconsultoria.com/), tras poner de manifiesto la insuficiencia de su regulación normativa, y las verdaderas finalidades de la planificación, también se ha referido a tal extremo indicando que "Sin embargo, la legislación excepcional que se está adoptando por el Estado y por algunas comunidades autónomas en materia de empleo público en un duro contexto de crisis fiscal ha centrado el foco de atención sobre el ajuste duro o directo, pero sin dotar a las organizaciones públicas de instrumentos efectivos para llevar a cabo una planificación de recursos humanos y de optimización (y no solo de recorte) de plantillas. El tiempo pasa rápido y las necesidades se acumulan, muchas administraciones públicas están dirigiendo sus políticas de ajuste de personal hacia los círculos de vulnerabilidad más frágiles (personal laboral temporal, interinos, laborales por tiempo indefinido o, en última instancia, laborales fijos). Dicho en términos más prosaicos: hacia "el recorte" directo de "lo más fácil". La función pública de carrera permanece hasta ahora incólume. Pero se olvida con frecuencia que estos ajustes "cuantitativos" proyectados sobre los círculos de vulnerabilidad están suponiendo en muchos casos que las administraciones públicas sufran unos procesos de pérdida de conocimiento e innovación en ámbitos estratégicos, dejando inmaculados espacios funcionariales (por el mero hecho de serlos) que, en algunos casos, presentan bolsas de ineficiencia o cargas de trabajo muy reducidas y a todas luces evidentes. Sin embargo, las administraciones públicas están maniatadas (no disponen de instrumentos flexibles) para adoptar decisiones en este ámbito funcionarial".

[53] Similares propuestas realiza JIMENEZ ASENSIO, R., "Debilidades del marco normativo estructural….", op. cit., en el volumen colectivo *Crisis económica y función pública,* Thomson Reuters/Aranzadi, Navarra, 2012, para quien es preciso proceder a un desarrollo del EBEP e inclusive a su modificación ya que el mismo presenta debilidades manifiestas: complejo sistema de fuentes y un abanico de instrumentos diferidos que remiten a su concreción al desarrollo del mismo.

laborales en el sector público: no confundir estabilidad con inamovilidad; definición más precisa de los instrumentos organizativos y de las relaciones entre los Cuerpos y los puestos de trabajo; una política salarial fuerte y la introducción decidida de la evaluación del desempeño; potenciación de la figura de la dirección pública con asignación de objetivos, redefinición de procesos, carteras de servicios, procesos presupuestarios, etc.; introducción de la gestión de recursos humanos profesionalizada; mayor profesionalización del empleo público en CCAA y EELL, etc.

Me temo que nada de esto se ha realizado en la mayoría de nuestras Administraciones públicas. Ni mucho ni poco. Nada. En unos casos por desidia del legislador, pero en otros, y hemos de reconocerlo, porque hemos renunciado a emprender medida alguna. ¿Y que se puede hacer ahora?

Lo primero es obvio no seguir improvisando. Una buena política de recursos humanos requiere tiempo. La gestión urgente y diaria se ha de combinar con otra estrategia, más lenta pero necesaria. Si queremos, de verdad, mejorar la situación habremos necesariamente de diagnosticarla. Y, con arreglo, a ello acometer un proceso de planificación que nos permita en un horizonte temporal delimitado subsanar, o al menos paliar, las disfunciones que hemos ido acumulando y acometer las necesarias reformas organizativas que nos permitan enfrentar los retos de futuro.

El resultado que tenemos en estos momentos, a vuelo de pájaro y generalizando el diagnóstico, es que la mayoría de las organizaciones locales se presentan excesivamente departamentalizadas, altamente jerarquizadas, muy especializadas pero con baja polivalencia en los puestos de trabajo y, en definitiva, con algunos importantes desajustes en lo que se refiere a la organización interna y a su productividad[54]. No sabemos ni qué tenemos ni que necesitamos. Más en la medida en que estas organizaciones son de mayor tamaño.

Frente a la extendida idea de que nada se puede hacer sino lo que siempre hacemos, ahora es el momento de repensar la organización. Reflexionar, por una vez, sobre qué organización necesitamos para atender a los servicios que prestamos, qué grado de vinculación han de tener las personas que componen la organización, qué cosas debemos hacer y qué otras no y una vez sabido ello qué puestos de trabajo necesitamos, qué servicios hemos de prestar de forma directa y en qué otros resulta más conveniente su externalización, qué unidades administrativas han de seguir subsistiendo, que otras unidades han de ser remodeladas, cual ha de ser la estructuración interna de las distintas unidades administrativas, si resulta conveniente la existencia de unidades administrativas transversales o comunes en un planteamiento organizativo similar al que se está planteando en el ámbito de la administración de justicia con la denominada "oficina judicial" –y sin perjuicio de su discutible éxito en este ámbito-, analizar y definir los perfiles de puestos de trabajo que necesitamos para el presente y el futuro, valorar la implementación de áreas funcionales, etc. Como se ve nada que dependa del quehacer del legislador, pero tan o más necesario aún que cualquier reforma legislativa por muy necesaria que se nos antoje.

Con altura de miras, por parte de todos, nada nos impide racionalizar nuestra organización. La normativa actualmente vigente, sin necesidad de desarrollo normativo alguno del EBEP, nos permite adoptar medidas cómo las que se han señalado y marcar, desde el análisis de la organización, una hoja de ruta, en la mayor medida posible no traumática, en cuanto a desvinculaciones, incorporaciones, redefinición de las relaciones de puestos de trabajo y de las tareas atribuidas a éstos, movilidad, política de formación y reciclaje, etc. Ciertamente ese proceso se vería facilitado si los legisladores autonómicos asumiendo la responsabilidad que tienen atribuida, y que gozosamente plasmaron en los nuevos Estatutos de Autonomía, nos otorgan instrumentos adecuados, pero donde no sea así las entidades públicas no pueden escudarse en ese motivo para no emprender políticas, como decimos en la buena dirección, y por las que muchos venimos clamando desde hace años. Lo único que puede suceder es que aminoremos las disfunciones de la organización existente y ese resultado no es menor a la vista de la situación en las que nos encontramos[55].

---

[54] En este empeño no estaría de más tener en cuenta las reflexiones recientemente realizadas por CANTERO MARTINEZ, J. *Claves para la modernización de las estructura funcionarial: la coexistencia ordenada de Cuerpos y Puestos de Trabajo,* Aranzadi, 2016.

[55] De nuevo hemos de traer a colación a JIMENEZ ASENSIO, quien en una entrada en su blog titulada "La (casi) inédita planificación de recursos humanos en el sector público: una necesidad objetiva, más en tiempos de crisis" – puede verse en

Como es sabido, en este concreto aspecto, el artículo 69 del EBEP señala que la planificación de los recursos humanos en las Administraciones Públicas tendrá como objetivo contribuir a la consecución de la eficacia en la prestación de los servicios y de la eficiencia en la utilización de los recursos económicos disponibles mediante la dimensión adecuada de sus efectivos, su mejor distribución, formación, promoción profesional y movilidad. De esta forma, y como ha indicado PALOMAR OLMEDA, estos Planes equivaldrían a la regulación de empleo en el ámbito privado con la única diferencia de que en el ámbito público darían lugar a medidas modificativas de la relación de empleo y no necesariamente extintivas[56].

Otra cosa es que esa legislación sea la más adecuada para afrontar los retos que presenta el momento actual y si no sería aconsejable un cambio normativo que permitiese dar respuesta al difícil escenario en que nos encontramos y que permitiese[57], y ahí no es poco y entre otras funciones, la conexión de estos instrumentos con los prevenidos en las reformas laborales para la extinción de contratos en el sector público.

---

http://www.estudiconsultoria.com- expone que:
"... la planificación de recursos humanos va más lejos de esos objetivos coyunturales, pues debería configurarse como un sistema integral de respuestas a la evolución de las estructuras de personal, adecuándolas a las necesidades de los servicios que en cada momento presta o vaya a prestar cada Administración Pública (a la "cartera de servicios", como nos ha recordado Javier Cuenca). No obstante, en estos momentos la coyuntura (o la contingencia, si se prefiere) manda, y la planificación una vez más, como ya sucediera en la década de los noventa, aparece atada a las necesidades inmediatas de ajustar los costes de personal de las diferentes administraciones públicas.
Y sigue diciendo que:
"Sin embargo, la legislación excepcional que se está adoptando por el Estado y por algunas comunidades autónomas en materia de empleo público en un duro contexto de crisis fiscal ha centrado el foco de atención sobre el ajuste duro o directo, pero sin dotar a las organizaciones públicas de instrumentos efectivos para llevar a cabo una planificación de recursos humanos y de optimización (y no solo de recorte) de plantillas. El tiempo pasa rápido y las necesidades se acumulan, muchas administraciones públicas están dirigiendo sus políticas de ajuste de personal hacia los círculos de vulnerabilidad más frágiles (personal laboral temporal, interinos, laborales por tiempo indefinido o, en última instancia, laborales fijos). Dicho en términos más prosaicos: hacia "el recorte" directo de "lo más fácil". La función pública de carrera permanece hasta ahora incólume. Pero se olvida con frecuencia que estos ajustes "cuantitativos" proyectados sobre los círculos de vulnerabilidad están suponiendo en muchos casos que las administraciones públicas sufran unos procesos de pérdida de conocimiento e innovación en ámbitos estratégicos, dejando inmaculados espacios funcionariales (por el mero hecho de serlos) que, en algunos casos, presentan bolsas de ineficiencia o cargas de trabajo muy reducidas y a todas luces evidentes. Sin embargo, las administraciones públicas están maniatadas (no disponen de instrumentos flexibles) para adoptar decisiones en este ámbito funcionarial".

En un análisis más reciente vuelve a insistir en la idea y expone: "si hay algo que las administraciones públicas han hecho rematadamente mal durante las últimas décadas es llevar a cabo de forma ineficaz y ineficiente una política de previsión de efectivos. Desde que Andrés Morey escribió hace décadas su excelente monografía sobre este tema ("La determinación de efectivos en la burocracia española y el comportamiento burocrático", INAP, 1977), lo cierto es que en esos casi cuarenta años transcurridos las organizaciones públicas españolas han demostrado su más absoluta incapacidad para planificar estratégicamente, alinear las necesidades estructurales de personal a los presupuestos y, en fin, gestionar de modo eficiente las plantillas y la cobertura de vacantes estructurales mediante procedimientos continuos de provisión (captación interna del talento) y la convocatoria ordenada y gradual de ofertas de empleo público y de las correspondientes pruebas selectivas. Ciertamente, ni la normativa existente ni los tribunales les han ayudado, pero tampoco ha habido especial interés por el tema, más bien abandono político y técnico. Pocas organizaciones públicas han hecho una política de recursos humanos que incluya una buena gestión de la previsión de efectivos."

[56] PALOMAR OLMEDA, A. "Ordenación de la actividad profesional", en AAVV, *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público,* Lex Nova, 2007, pág. 438

[57] El Real Decreto-Ley 202012, de 13 de julio habilita, restringido en este supuestos a la Administración General del Estado, a cada Ministerio en el marco de los Planes de Ordenación de Recursos Humanos para analizar la distribución del personal en los distintos ámbitos y la obligación de adoptar criterios vinculantes de movilidad y asignación de puestos teniendo la competencia para acordar, en su caso, los cambios de adscripción de puestos o redistribución de efectivos, que sean necesarios para una asignación más eficiente y adecuada de los recursos humanos. Pero, como vemos, sin carácter básico por lo que o se produce el desarrollo del EBEP en este aspecto por la legislación autonómica que sería lo preferible, o alternativamente y si esto no se produce, convendría plantearse un cambio en la normativa básica. Necesario en la medida que, en estos momentos, hay una descoordinación de los instrumentos organizativos previstos en la legislación de empleo público y los instrumentos de racionalización de plantillas previstos en el Derecho laboral.

LOS ENTES LOCALES Y EL ESTADO DE SUS PLANTILLAS: CÓMO ESTÁ AFECTANDO LA LEGISLACIÓN DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA A LOS PROCESOS DE CONSOLIDACIÓN DE EMPLEO TEMPORAL. ¿CÓMO SE PUEDE CONSOLIDAR LA PLANTILLA ACTUAL?

J. Javier Cuenca Cervera
Departament de Dret Constitucional,
Ciència Política i de lôAdministració. Facultat de Dret
Universitat de Valencia-Estudi General

Barcelona, 17 de noviembre de 2016

SUMARIO

1. **INTRODUCCIÓN: UN ENDEMISMO RECURRENTE _____PÁGINA 3**

2. **EL RECHAZO DE LAS PRUEBAS O TURNOS RESTRINGIDOS_____PÁGINA 8**

3. **ESTRATEGIAS PARA ABORDAR UN PROCESO DE CONSOLIDACIÓN DE EMPLEO TEMPORAL_____PÁGINA 12**

4. **SOBRE LAS CONVOCATORIAS Y EN ESPECIAL LA CONSIDERACIÓN DE LOS ñSERVICIOS PRESTADOSò_____PÁGINA 21**

5. **CONCLUSIONES_____PÁGINA 25**

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS _____PÁGINA 27

1. INTRODUCCIÓN. UN ENDEMISMO RECURRENTE

1935, 1952, 1977-1979, 1984, 1985, 2007é son fechas que en el panorama del empleo público territorial nos retrotraen a uno de sus endemismos típicos, a **una *salida institucionalmente aprendida***: el recurso periódico al ***ñ**blanqueo**ò*** de colectivos laborales precarios, formalmente temporales pero materialmente estructurales, reclutados bajo fórmulas no siempre respetuosas con la igualdad de oportunidades. Con eufemismos del estilo de ***ñ**consolidación de empleo precario**ò*** o ***ñ**estabilización de personal temporal estructural**ò*** han formado parte del paisaje normativo de nuestras entidades locales. No es una patología necesariamente asociada a este nivel de gobierno[1]. Sin remontarnos a las disposiciones transitorias del Estatuto Maura de 1918 en la Administración del Estado, donde esta problemática ha sido menor, aunque también presente, hay que referirse a la copiosa jurisprudencia constitucional, dictada como consecuencia de los intentos de *solución* elaborados por las Comunidades Autónomas, buscando más o menos de modo deliberado, atajos en el problema, si bien el marco de solución, las reglas del juego por así decir están mucho más delineadas en democracia que lo que lo estaban en el periodo predemocrático como se verá seguidamente.

[1] La Ley Municipal de 31 de octubre de 1935 incorporaba una Transitoria Cuarta que preveía el ingreso automático de quienes ostentasen la condición de interinos el 12 de julio de 1935 siempre y cuando hubiesen prestado servicios al menos durante veinticuatro meses en los cinco años anteriores. El Reglamento de Funcionarios de Administración Local de 30 de mayo de 1952 y sus Circulares de desarrollo disponían análoga solución para los interino, temporeros y eventuales que contaran con cinco años de servicios consecutivos a la Entidad. Depurado convenientemente el personal en la dura posguerra y ya agotada la vía de las ***ñ**oposiciones patrióticas**ò***, lo hacía bajo el criterio de que el legislador debía ser ***ñ**considerado hacia la condición humana de los individuos, quizás defectuosamente reclutados, pero con edades inadecuadas para encauzar su vida por otros derroteros**ò***. En 1977 se promulgó el Real Decreto de 2 de junio cuyo objeto era *regular la integración del personal interino, temporero o contratado de la Administración Local como funcionarios de carrera.* Para que no hubiera dudas. Cabe reseñar que en 1963 se habían prohibido los nombramientos interinos. En 1979 conocimos el Real Decreto 263/1979, de 13 de febrero, con la misma finalidad. Didácticamente se aclaraba que quien no superase las convocatorias continuaría como personal interino. En 1985, obviamente ya en vigor la Constitución Española, en desarrollo de la Transitoria Octava de la Ley de Bases de Régimen Local, se publicó el Real Decreto 2224/1985, de 20 de noviembre, ***ñ**por el que se regula el acceso a la Función Pública Local del personal contratado e interino de las Corporaciones Locales**ò***. Las Comunidades Autónomas también tuvieron su salida específica: la Transitoria Sexta de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas de Reforma de la Función Pública, destinada a estabilizar al personal contratado administrativo de colaboración temporal. No fue la única norma con rango de ley. A partir de ese momento algunas comunidades autónomas iniciaron esa senda, vedada por las sentencias del Tribunal Constitucional que se citan en el texto.

Conviene pues dotarse de una cierta **perspectiva histórica**. En palabras de Alejandro Nieto (1996: 17) la Historia Administrativa va más allá del análisis formal ya que certifica lo realmente vigente y ***ñ(é)*** *apegada a la tierra, permite observar la miseria que se esconde tras las fachadas****ò*** de los enunciados legales. Tendremos que concluir que algo falla en la gestión de nuestro empleo público territorial cuando de modo recurrente hay que afrontar una cuestión cuyas consecuencias más visibles son las de unas plantillas públicas precarias, lo que imposibilita su gestión planificada y sobre todo deslegitima a sus empleador, la Administración, sin credibilidad para afrontar políticas de recursos humanos solventes en materia de carrera y formación, carentes como están, de la estabilidad mínima con la que afrontar su evolución profesional. Pero sobre todo es un problema cuyos efectos no visibles, mediatos, hay que calibrar, ya que es un importante **síntoma que revela una institución ineficiente**, incapaz de alcanzar los fines que tiene asignados (Garrido Falla, 1980: 6): asegurar el reclutamiento meritocrático de los cargos públicos y ofrecer a la ciudadanía la garantía en la imparcialidad de los servicios que prestan, así como de gobernar en beneficio del interés público el comportamiento efectivo de los agentes que actúan en esa arena institucional, políticos electos, sus partidos y los sindicatos del sector público.

Los **elementos** que **explicarían la temporalidad** son diversos, **organizativos**, **de gestión** y **políticos**, todos ellos además profundamente imbricados entre sí. No es solamente cuestión de un clientelismo subyacente, que también. Encontramos desde causas que tienen que ver tanto con las defectuosas relaciones entre niveles de gobierno, con unas comunidades autónomas otorgando subvenciones condicionadas, de cadencia anual y no garantizada a los ayuntamientos para competencias ajenas a las previstas normativamente, pero donde estos sí son empleadores en todo caso, lo que imposibilita contar con una cartera de servicios estable. Pasando por la desconfianza en un sistema de reclutamiento basado en la oposición memorística. De ahí que encontremos una pauta gestora que consiste en reclutar un interino, se le somete de facto a un periodo de prueba y posteriormente ***ñ****se le saca la plaza****ò*** confiando que este sea el candidato finalmente aprobado; llegando finalmente u otras pautas organizativas, más relacionadas con las deficiencias en la gestión de personal, normalmente asumidas por electos municipales sin preparación específica: la búsqueda de flexibilidad en la gestión de personal. El personal no permanente juega el papel de ***ñ****mercado laboral secundario****ò*** en los términos que han señalado los economistas laborales Doeringer y Piore (1983).

En un contexto de un empleo público notoriamente rigidificado, la polivalencia y la flexibilidad la proporciona quien no tiene la ***ñ****plaza en propiedad****ò***. Otro motivo es la carencia de cultura de planificación, acostumbrados como estamos a ñgestionar por capasò: cada nuevo servicio conlleva nueva incorporación de personal, sin poner en relación las nuevas demandas con la oferta existente, descuidando que, se insiste, dirección de recursos humanos es ordenar eficientemente el flujo de necesidades organizativas, en cantidad y calidad, en el momento preciso. No es este el motivo de mi intervención, pero en un acto de estas características conviene pensar sobre los motivos profundos que nos han conducido a situaciones tan inconvenientes como la descrita: **clientelismo latente, dificultad en la definición de la cartera de servicios públicos, desconfianza en los mecanismos formales de selección, falta de profesionalidad en la gestión de personal, poca flexibilidad del entorno jurídico**. Todo ello revela la debilidad de un elemento estructural de nuestro entramado público, la profesionalización del empleo público al que conviene dar la importancia que merece en un momento en que por fin emerge cierto debate acerca de la calidad de nuestras instituciones políticas.

Es una cuestión, la de importantes colectivos laborales en situación de precariedad, **agravado** en los últimos años al socaire de la crisis que venimos padeciendo desde 2008 y que ha convulsionado nuestra función pública (Sánchez Morón, 2012, 2014). En la esfera pública la dureza de la crisis tuvo su presentación en sociedad con el Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, el primero de los decretos de ajuste. Seguido de los Reales Decretos 20/2011, de 30 de diciembre y 20/2012, de 13 de julio, los gobiernos locales de nuestro país hubieron de hacer frente a una realidad: cómo seguir prestando servicios a una ciudadanía que en la fase más dura de la crisis demandaba precisamente más ayuda. Y lo hicieron en su mayoría descartando soluciones imaginativas basadas en el rigor organizativo (Gorriti, 2013). Así los recursos fueron dos: ajustando sus plantillas echando mano de lo que Jiménez Asensio (2011: 64) denominó acertadamente como ***ñcírculos de vulnerabilidadò,*** interinos, laborales temporales e indefinidos no fijos de plantilla, de un modo además sesgado: extinguiendo sus contratos sin derecho a indemnización, en una mecánica de ajuste sin coste económico añadido para la Administración, pero sí organizativo: los recortes se cebaron sobre los colectivos menos protegidos, paradójicamente **más jóvenes** y de **mayor cualificación**.

Por otra parte, aquellas entidades locales que pudieron, incorporaron efectivos pese a los límites establecidos para contratar personal temporal con el objetivo de mantener la cobertura de unas políticas locales creadas en otro contexto distinto, lo que he denominado ***ñ****los treinta gloriosos del municipalismo en España****ò*** (Cuenca, 2015: 185), la que va de 1979 a 2010. El resultado a día de hoy ha sido un **incremento notable de la cifra de temporalidad.** Y de otro no menos relevante: una **nueva segmentación** del empleo público entre laborales temporales poco protegidos y funcionarios de carrera. Pero es que a esta situación hay que añadir dos factores que van a condicionar sensiblemente la gestión del personal público. En primer lugar, uno suficientemente destacado por los medios de comunicación, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016 (caso ñDe Diego Porrasò) que anuncia una aplicación cuando menos problemática en el sector público de la Directiva 1999/70/CE sobre trabajo de duración determinada. Otro, menos ponderado, es el fenómeno de **jubilación masiva** que vamos a presenciar en los próximos diez-quince años en nuestras administraciones locales y autonómicas, consecuencia de alcanzar la edad de jubilación unos empleados públicos incorporados masivamente en los ochenta. Así pues, al decir de la mejor doctrina, un panorama caracterizado por la ***ñ****estructural interinidad****ò*** (Jiménez Asensio, 2016), que amenaza con agravarse en los próximos años, sin que la política presupuestaria ayude, ya que aunque su evolución futura permitiera cubrir todas las vacantes de un ejercicio ï la conocida como ***ñ****tasa de reposición de efectivos****ò***- algo que no conviene dar por sentado, hay que ser consciente de que arrastramos bolsas masivas de temporalidad.

El futuro de la gestión de las plantillas públicas, en un contexto legislativo en el que no cabe esperar grandes sorpresas, ante una política económica vicaria, inmersos como estamos en lo que Beck (2012) ha denominado como ***ñ****escenario Carl Schmitt****ò***, en la política económica y en la que la gestión pública de recursos humanos necesariamente deberá ir de la mano de la planificación estratégica de los efectivos y de una negociación colectiva pública realista que establezca prioridades de reclutamiento. Se trata de una cuestión que deberá formar parte de la agenda de cargos electos, agentes sociales, gestores profesionales y sus organizaciones representativas. **El *quid*** es cómo trate de aunar estabilidad laboral con respeto a la igualdad de oportunidades e incorporar, a un tiempo, el nuevo talento imprescindible.

Descrito el contexto, **el objeto de este trabajo** es más modesto. Dada la procedencia, profesional y académica del autor de estas líneas y con una perspectiva institucionalista ï aunando ciencias sociales y derecho público- se pretende facilitar al gestor público unas orientaciones prácticas en orden a afrontar una cuestión: **sugerir vías prácticas, jurídicamente realistas y organizativamente viables,** para afrontar la cuestión de la **estabilización de las plantillas**, en un entorno tan judicialmente conflictivo y en el que como sostengo, no caben soluciones voluntaristas. A partir de una introducción de cariz institucional se pretende esbozar respuestas a preguntas frecuentes como las siguientes: **¿Son posibles las convocatorias dirigidas exclusivamente al personal en precario, ya sea interino o laboral? ¿Cuáles son entonces las soluciones para articular un proceso de consolidación de empleo de colectivos de empleados públicos temporales de carácter estructural?** Finalmente y de modo práctico **¿Cómo configurar las concretas convocatorias y en especial como valorar los servicios prestados como personal no permanente?**

Para ilustrar las cuestiones se ha recurrido a la jurisprudencia, muy especialmente a la **constitucional**. Y aquí hay que tener en cuenta que, a diferencia de otros aspectos de Función Pública, nos encontramos con unas líneas muy definidas, y en ocasiones una actitud beligerante y desconfiada del Tribunal Constitucional. Este es el punto de partida necesario: no nos hallamos ante una cuestión meramente *laboral*. Hablamos de un derecho fundamental: el acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones y cargos públicos, reconocido por el artículo 23.2 de la Constitución de unas personas que ***ñ(é) van a ejercer, en nombre de la ciudadanía, un poder de naturaleza política sobre la sociedadò*** (Arenilla, 2014: 23). Ello explica que el legislador de 2007 tuviera un **campo de soluciones mucho más limitado** que, por ejemplo el de 1984 o sobre todo, el de 1985, lo que configura al Tribunal Constitucional (TC) como un *actor* relevante en las políticas de empleo público. Así, ya tempranamente, desde desde las sentencias 42/1981, de 22 diciembre y la 81/1983, de 10 de octubre, hasta llegar a la reciente sentencia 86/2016, hemos asistido a treinta y cinco años en el que la orientación ha sido incorporar la perspectiva de la igualdad de oportunidades en el acceso de los ciudadanos que aspiran bien a formar parte del poder público *stricto sensu* bien a integrarse en ámbitos más prestacionales. Derecho fundamental (FJ 4º de la STC 42/81) pero también, para el ciudadano una ***ñ****conquista histórica****ò***, la consagración constitucional de la racionalización del ingreso en la función pública y la inamovilidad

del funcionario. Igualdad en el acceso al empleo público que es una dimensión del derecho de igualdad de trato del ciudadano, y que ***ñ(é*** *) en el Estado de Derecho constituye, desde la perspectiva institucional, uno de los fundamentos objetivos del orden jurídico (****é*** *) frente a los sistemas vigentes en organizaciones anteriores, donde eran frecuentes toda clase de restricciones por diversas causas e, incluso, la compraventa y patrimonialización de los oficios públicos.****ò*** (FJ 2º de la STC 302/1993, de 21 de octubre).

Planteamiento que también conviene tener presente, **se aplica al personal laboral**, aun con títulos distintos al decir de la sentencia 236/2015. Para los funcionarios el artículo 23.2, mientras que para los laborales es el artículo 14: ***ñ(é*** *) ya sea a partir del art. 23.2 CE o del art. 14 CE resulta parcialmente aplicable un canon de enjuiciamiento, con independencia del carácter funcionarial o laboral del personal afectado, en la medida en que la igualdad que garantiza el art. 23.2 CE en el acceso a las funciones públicas que desempeña el personal estatutario constituye una especificación del principio de igualdad que garantiza el art. 14 CE en el conjunto de las funciones públicas. A partir de ese canon común, quienes tengan la condición de funcionario disfrutan además de la protección que ofrece la garantía de la predeterminación normativa que consagra el art. 23.2 CE.****ò*** Una solución por cierto, más acertada que el formalismo jurídico forzado que diferencia entre regímenes laboral o funcionarial, más acentuado si cabe en los últimos años, pero este es otro debate.

2. EL RECHAZO DE LAS PRUEBAS O TURNOS RESTRINGIDOS

El marco normativo ordinario aplicable a la cuestión está constituido por el artículo 91.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL) y por los artículos 55 y 61 del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP, aprobado por la Ley 7/2007, de 7 de abril, hoy sustituido por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre que aprueba su texto refundido) que sigue en su formulación el precedente del anterior artículo 19 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas de Reforma de la Función Pública (LMRFP). Este entramado institucional conocido en las ciencias sociales como ***sistema de mérito*** (Férez, 1995; Lapuente, 2010) supone, en su formulación positiva la afirmación de la selección mediante convocatoria pública *de todo el personal*, y a través de los sistemas de concurso, oposición o

concurso-oposición libre. En su vertiente negativa y de la mano de la labor de los tribunales, se ha operativizado este sistema de mérito en **dos principios** muy concretos: **la *preferencia por la oposición*** como sistema selectivo en el ingreso a la Administración como ha establecido la jurisprudencia contencioso-administrativa en los noventa y la proscripción de cualquier sistema automático de integración en el empleo público y el **rechazo de las denominadas *pruebas restringidas***. Es esta vertiente la que procede analizar, ya que ha decantado unas ñreglas del juegoò muy concretas.

Resulta ilustrativa al respecto la **sentencia (Pleno), nº 38/2004, de 11 de marzo**. Los procesos ***ñ(é) habrán de realizarse sin vulnerar la norma básica estatal que proscribe, salvo excepciones tasadas, las pruebas de acceso restringidas o específicas.ò*** (FJ5º). Esta línea ha sido mantenida por la sentencia, también del pleno, nº 111/2014, de 26 de junio. Al analizar la vigencia práctica del artículo 23.2 en relación con el 103.3 CE se afirma que los mismos instituyen un derecho ***ñ(é) al que se opone la integración automática de determinados grupos en la función pública (STC 302/1993, de 21 de octubre), así como en principio y salvo excepciones, las llamadas ñpruebas restringidasò para el acceso a la función pública (SSTC 27/1991, de 14 de febrero; 151/1992, de 19 de octubre; 4/1993, de 14 de enero; 60/1994, de 28 de febrero; 16/1998, de 26 de enero; o 12/1999, de 11 de febrero.ò*** Una cita copiosa en referencias que deja claro que por su carácter básico, primero la LMRFP y posteriormente el EBEP, garantizan la regla básica de que ***ñ(é) las convocatorias tienen que ser, con carácter general, abiertas o libres, rechazando los llamadas turnos u oposiciones restringidasò*** (FJ 3º), así como la ***ñintegración automáticaò*** de determinados grupos (FJ 5º).

Ambos pronunciamientos consolidan la orientación también iniciada en los noventa en relación con este tipo de prácticas. En primer lugar con **la sentencia 27/1991, de 15 de marzo**, en la que se razona que ***ñ(é) la previsión legal de pruebas específicas para consolidar una situación precaria precedente no puede ser entendida, a la luz de los artículos 23.2 y 103.3 CE como autorización a la Administración para establecer o regular estas pruebas sin respetar los conceptos de mérito y capacidad (é). Es evidente que el derecho a la igualdad en el acceso a la función pública supone una limitación fundamental a la práctica de las llamadas ñpruebas restringidasò para el acceso a la función pública, las cuales, en general, han de considerarse un procedimiento proscrito por el artículo 23.2 CE.ò***. (FJ 5º). Así las cosas, se prohíbe la

integración directa de interinos sin superar prueba alguna. Cuando éstas tengan lugar deben ser de carácter abierto, sin restricción o limitación de ningún tipo. Como destaca el propio Tribunal Constitucional poco después, en su **sentencia 302/1993, de 21 de octubre**, a partir de la sentencia de 1991 ***ñ****(...) se culminó una evolución en una línea de jurisprudencia acerca de las llamadas oposiciones o turnos restringidos, iniciada en la STC 50/1986, y luego continuada con distintas variantes en las SSTC 82/1987 y 67/1989 (...) puesto que el citado artículo 23.2 de la Constitución determina, en primer lugar, una libertad de acceso de los ciudadanos a dichas funciones públicas, que solo puede ser exceptuada por razones objetivas como son aquí las derivadas de la construcción del Estado autonómico.* Por tanto: ***ñ****(****é*** *) Es patente que el mandato de integración automática, sin efectuar pruebas objetivas de reclutamiento, aunque fueran específicas o de turno restringido, traspasa los límites impuestos (...)****ò*** por la Constitución de 1978. (FFJJ 2º y 3º).

Este último pronunciamiento fue especialmente relevante por cuanto supuso una clara limitación a lo que hubiera supuesto un camino para consolidar las plantillas de las Comunidades Autónomas como venía siendo habitual en el panorama de nuestra función pública territorial. Justamente, la sentencia 302/1993 en su valoración de las soluciones adoptadas por la Junta de Andalucía en 1988 para consolidar sus colectivos precarios ï contratados administrativos principalmente, pero también otros no permanentes- dejó establecido que, afirmando el **carácter básico del art. 19 LMRFP**, al que no se oponía la disposición transitoria sexta, apartado 4 de esa ley, dirigida a dar una salida ñespecíficaò a los contratados administrativos de las CCAA incorporados mediante convocatorias públicas con anterioridad al 15 de marzo de 1984, tal solución, transitoria y excepcional, solamente podía existir con el sistema común de convocatoria libre ***ñ****por una sola vez****ò****, y que esta excepcionalidad en orden a prever pruebas específicas venía motivada* ***ñ****(****é*** *) por un proceso único e irrepetible de creación de una nueva forma de organización de las Administraciones públicas a nivel autonómico que dio lugar a la necesidad de adscribir de forma inmediata al personal en régimen de Derecho Administrativo, al no existir plantillas de funcionarios ni tiempo para acudir a las formas normales de ingreso****ò*** (FJ 2º de la sentencia, que reproduce el 5ª de la sentencia de 1991). Poco antes y mediante la sentencia 151/1992, al analizar la ley de la Función Pública Canaria el TC falló de manera semejante.

Así las cosas, y como conclusión preliminar hay que decir que no caben las convocatorias más o menos restringidas. No es posible tampoco su integración automática como funcionarios de carrera. La consolidación del empleo temporal de carácter estructural deberá verificarse mediante pruebas públicas y *abiertas*. Cualquier planteamiento limitativo al respecto será anulado por la jurisdicción contencioso-administrativa. Bien es cierto que la reciente **STC 86/2016, de 28 de abril**, al reflexionar sobre cuáles son los supuestos que legitiman o amparan el recurso a la fórmula de la excepcionalidad para habilitar oposiciones específicas, excepción a la regla general para supuestos verdaderamente singulares, razona que ***ñ(é*** *) debe existir una justificación amparada en una situación excepcional, ya que en otro caso, la desigualdad de trato lesionaría el art. 23.2 CE (STC 27/2012., FJ 5)**ò***. Y ello con dos limitaciones para tales procedimientos: la reiteración de que debe articularse mediante una norma con rango de ley y la limitación de ***ñuna única vezò.*** Como fuere, lo admisible no sería ï no es ocioso recordarlo- ni en la integración automática ni tampoco en la exención de pruebas. La solución, de pensar a la altura de 2016 en algún tipo de solución autonómica a la problemática de la temporalidad de la cual pudieran beneficiarse las entidades locales sería en todo caso la apuntada en la sentencia 38/2004, de 11 de marzo al validar, muy restrictivamente, los procesos restringidos de funcionarización: ***ñ(é*** *) sería admisible una interpretación conforme a la Constitución, en la medida en que tan sólo se prevé la existencia de unas pruebas de acceso cuya excepcionalidad cabría entender que consistiría en la previsión de que se valorasen los servicios efectivos prestados como personal laboral y las pruebas selectivas superadas para acceder a tal condición, pero que no quedaría excluida de raíz la concurrencia de otras personas que no hubieran prestado aquel tipo de servicios**ò*** (FJ 4). En suma, rechazo de vías diferentes a las ordinarias. Y si acaso, ley autonómica con una motivación convincente, tratarse de un proceso inédito y configurarse como una convocatoria abierta a cualquier aspirante en el que, eso sí, cabría valorar la experiencia y las pruebas superadas en su caso, serían a mi juicio el estrecho cauce, ñlo admisibleò, en el que plantear a día de hoy este tipo de soluciones.

3. ESTRATEGIAS PARA ABORDAR UN PROCESO DE CONSOLIDACIÓN DE EMPLEO TEMPORAL

Constatada la imposibilidad de recurrir a fórmulas ñextraordinariasò para articular soluciones dirigidas a reducir la temporalidad en el empleo público ¿Cuáles son las alternativas ñordinariasò en relación con la cuestión, si es que existen? Ya se adelanta que hay mecanismos, **soluciones parciales**, dentro de los **mecanismos ordinarios** de reclutamiento de efectivos, para plantear convocatorias dirigidas a consolidar empleo público precario de carácter estructural, en contra de lo que a mi juicio es un exceso interpretativo que afirma lo contrario, pero que los mismos deben articularse dentro del estrecho margen que en la actualidad nos marcan la legislación presupuestaria, de modo más acusado desde 2012. Finalmente, el planteamiento de la solución a escala de cada entidad local debe articularse de modo cuidadoso, por tratarse de un proceso de gestión complejo, organizativa y jurídicamente. Estos **tres aspectos**, **viabilidad de procesos específicos** ï que no restringidos**-, incidencia de las leyes anuales de presupuestos** y **gestión concreta** son los que se tratan en este epígrafe.

El ñpistoletazo de salidaò más reciente, para esta cuestión está constituido como es sabido, por la **Disposición Transitoria Cuarta** del Estatuto Básico del Empleado Público titulada justamente ñConsolidación de empleo temporalò determina:

ñ*1. Las Administraciones Públicas podrán efectuar convocatorias de consolidación de empleo a puestos o plazas de carácter estructural correspondientes a sus distintos cuerpos, escalas o categorías, que estén dotados presupuestariamente y se encuentren desempeñados interina o temporalmente con anterioridad a 1 de enero de 2005.*

2. Los procesos selectivos garantizarán el cumplimiento de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

3. El contenido de las pruebas guardará relación con los procedimientos, tareas y funciones habituales de los puestos objeto de cada convocatoria. En la fase de concurso podrá valorarse, entre otros méritos, el tiempo de servicios prestados en las Administraciones Públicas y la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria.

*Los procesos selectivos se desarrollarán conforme a lo dispuesto en los apartados 1 y 3 del artículo 61 del presente Estatuto.**ò***

El precepto vino a incorporar al Estatuto Básico del Empleado Público la solución anticipada por el artículo 22 de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007 y muy especialmente, mantuvo la referencia temporal: las situación objeto de consolidación debía ir referenciada con relación al 31 de diciembre de 2004. La fecha no es casual ni arbitraria, probablemente su establecimiento haya que determinarla teniendo en cuenta que fue en aquel año ï el 21 de septiembre de 2004- cuando se suscribió por el Gobierno de la Nación y los sindicatos UGT, CCOO y CSI-CSIF la denominada **Declaración para el Diálogo Social en las Administraciones Públicas**, acuerdo que contenía como eje central el de ***ñ(é*** *) fomentar la estabilidad laboral reduciendo las altas tasas de temporalidad existentes en el empleo público**ò*** cuestión denunciada por aquellas fechas tanto por el Defensor del Pueblo (2003) como por el Consejo Económico y Social (2004), lo que explica la respuesta del legislador y su referencia a un horizonte temporal determinado.

En cualquier caso, la disposición del Estatuto Básico de 2007 operativiza en el nivel de la legislación ordinaria las reglas que como hemos visto el TC reclamaba:

☑ En primer lugar, la de que los procesos deben tener **carácter abierto**. No son posibles los procesos restringidos dirigidos exclusivamente al personal que ocupe los puestos (mejor, plazas) objeto de consolidación. La referencia al artículo 61 (apartados 1 y 3) no es baladí. Es el resultado de todos los pronunciamientos constitucionales recogidos en el apartado 1 de este estudio.

☑ Y es que se consolidan **vacantes organizativas estructurales y permanentes** disfrazadas, encauzadas irregularmente, como relaciones de carácter temporal. Esto es, se consolidan plazas que la realidad ha evidenciado como necesarias para la prestación del servicio público, no personas. Conviene tenerlo presente.

☑ Las reglas de consolidación se ajustan asimismo a la jurisprudencia constitucional: los méritos deben ser **proporcionados** y no pueden ser el único aspecto de valoración en el concurso.

Este precepto, recogido todavía en el texto refundido del EBEP es el que habilita a las distintas Administraciones Públicas a emprender procesos tendentes a reducir sus relaciones de empleo precarias. No obsta a ello lo dispuesto por el del **Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre**, cuyo **artículo 3º**, el dedicado a regular la oferta de empleo público y tras exponer sus restricciones declara que ***ñ****Esta limitación alcanza a las plazas incursas en los procesos de consolidación de empleo previstos en la disposición transitoria cuarta del Estatuto Básico del Empleado Público****ò***. Es una pauta incorporada en las leyes de presupuestos de años posteriores. No opta por proscribir ï hubiera podido hacerlo- tales procesos. Afirma ï y ciertamente no es poco- que los mismos se realizarán *dentro de las limitaciones establecidas.* Y es que la DT 4º del hoy TREBEP no es el único precepto legal regulador de estas cuestiones. Ahí está un precepto que no se encuentra expresamente incluido en la disposición derogatoria única del EBEP, ni tampoco ***ñ****contradice o se opone****ò*** al mismo: el **artículo 39 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre,** de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, titulado de modo significativo como ***ñ****Procesos de consolidación de empleo temporal****ò*** y cuyo contenido dice así:

> ***ñ****La convocatoria de procesos selectivos para la sustitución de empleo interino o la consolidación de empleo temporal estructural y permanente se efectuará de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad y mediante los sistemas selectivos de oposición, concurso o concurso-oposición. En este último caso, en la fase de concurso podrán valorarse, entre otros méritos, la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria.****ò***

La diferencia más llamativa entre los preceptos de 1998 y 2007 radica en dos puntos: en el contenido de las pruebas, que afirma ï ociosamente si analizamos las reglas de diseño de convocatorias[2]- que el contenido de las pruebas guardará relación con las funciones habituales de los puestos de trabajo objeto de la convocatoria y en la fecha: aquellos que estando dotados presupuestariamente se encuentren desempeñados interina

[2] Sobre todo el principio de conexión entre las pruebas selectivas contempladas en la convocatoria reguladora de la selección para la cobertura de las plazas y las funciones del puesto de trabajo a las que estas van asociadas, aspecto que debe ser tenido en cuenta en el diseño de las concretas Bases, en especial en lo que se refiere al obligatorio ejercicio práctico. Véanse a este respecto los apartados 2, 5 y 6 del artículo 61 del TREBEP, con carácter general. Y para la Administración Local, el artículo 133 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local y sobre todo, el artículo 4º del Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, sobre reglas básicas y programas mínimos, norma básica a tenor de su disposición final.

o temporalmente con anterioridad a 1 de enero de 2005. Por lo demás la orientación acerca cómo valorar la experiencia es similar. La de la fecha es una cuestión controvertida y desde luego hay que ser consciente de la realidad de unos órganos jurisdiccionales desconfiados, muchas veces con razón, del proceder, en ocasiones poco respetuoso con los principios de mérito de unas Comunidades Autónomas y Entes Locales orientados en exceso a favorecer el personal que se halla prestando ya servicios.

Dentro del margen anual de elaboración del instrumento de programación del reclutamiento, la **Oferta de Empleo Público**, una concreta Administración puede plantearse, lícitamente, con el fin de ordenar su personal, convocatorias libres compuestas por plazas dotadas presupuestariamente y cubiertas por personal interino y/o temporal de carácter estructural, y cuyo objetivo sea la ***ñsustitución por empleo de empleo temporal estructuralò*** por empleo permanente. Es decir, la cobertura definitiva, conforme a procedimientos legales, de unas plazas y puestos formalmente temporales pero materialmente permanentes, incluidas en los anexos de personal y plantillas presupuestarias y antes que nada, contempladas en la relación de puestos de trabajo. Como recuerda el **Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, en su sentencia de 1 de abril de 2009 (recurso 4203/2004)** tal previsión en una OEP, las correspondientes a ***ñ****Dotaciones de personal interino****ò*** nada prefigura acerca de su sustracción al proceso libre, algo que de efectuarse, solamente podría materializarse en las bases de convocatoria que deberán ser, insistimos, abiertas a todos los aspirantes.

El **límite** a mi juicio para afrontar esta cuestión no es tanto el conceptual como el **cuantitativo**. Afirmada la posibilidad de emprender un tipo de proyectos siempre aconsejables ï dotar a la Administración de personal estable, garantía de su profesionalidad e independencia- los límites son los coyunturales, de la mano de la figura de **la Tasa de Reposición de Efectivos (TRE)** como límite de elaboración de las ofertas de empleo público[3]. Como es sabido, será la ley de presupuestos para 1995, la Ley 41/1994, de 30 de diciembre la que establecerá que el número de plazas de nuevo

[3] El concepto y su modo de cálculo no se definen hasta la ley de presupuestos de 2015, e incluye ceses por jubilación, fallecimiento, retiro, renuncia, excedencia sin reserva o pérdida de la condición de funcionario y no afecta a las plazas destinadas a ser cubiertas mediante el turno de promoción interna. Fue, con el horizonte del ingreso de España en la moneda única, una vuelta de tuerca a la política de ampliación de plantillas, hasta entonces caracterizada por mandatos del tipo ***ñ****(****é*** *) las convocatorias de plazas para ingreso de nuevo personal (****é*** *) se limitarán a las que excepcionalmente se consideren inaplazables****ñ***(como decía por ejemplo la Ley 21/1993, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales para 1994).

ingreso será inferior al que resulte de la tasa de reposición de efectivos. Desde entonces la figura de la TRE se ha instalado en el panorama normativo del empleo público, sin desaparecer totalmente. Más bien al contrario, el ya citado Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre no hablaba ya de *límites* a la incorporación de nuevo personal, sino directamente, de *no incorporación*, para a continuación establecer una serie de ñexcepcionesò. Esta pauta ha sido la seguida desde entonces, en 2013, 2014, 2015 y finalmente, 2016[4].

Nos encontramos así con un instrumento que condiciona notablemente la gestión de las plantillas, reconocido por el Tribunal Constitucional como ***ñ(é**) vehículo de dirección y orientación de la política económica del gobierno para limitar la oferta de empleo público**ò*** (Sentencia 178/2006, de 6 de junio. FJ 3) cuyo fundamento son los artículos 149.1.13 de la Constitución, la competencia estatal de ordenación general de la economía y 156.1, principio de coordinación financiera de las Comunidades Autónomas con la Hacienda estatal. En palabras del TC, al tratarse de un límite cuantitativo deja **cierto margen de maniobra** a las administraciones territoriales para ejercer sus competencias en materia de función pública. El resultado en estos últimos 8 años es bien conocido, un aumento sin precedentes de la precariedad del empleo público que pone en cuestión los fundamentos de la existencia del sistema de mérito. Tal fue justamente uno de los razonamientos del propio Tribunal Supremo en una orientación que, de consolidarse, hubiera resultado ciertamente rompedora, la derivada de la **sentencia de 29 de octubre de 2010, Sala de lo Contencioso (número de recurso 2448/2008. Ponente: Díaz Delgado)**: ***ñ**No hay mayor negación del derecho consagrado en el artículo 23.2 de la Constitución que la negación de los procesos públicos de selección legalmente establecidos**ò*** (FJ 2). Y es que el órgano judicial vinculaba tal derecho constitucional de acceso a la función pública en condiciones de igualdad, mérito y capacidad con la previsión del **artículo 10.4 del EBEP**, que obligaba a incluir las vacantes de interino en las ofertas de empleo público. No ha sido esta la línea finalmente consolidada, como las recientes sentencias del mismo **Tribunal Supremo, sala y sección, la de 20 de noviembre de 2013 (recurso 44/2013) y 2 de diciembre de**

[4] Para 2013 se contemplaban excepciones del 10% en algunos sectores, ámbitos y administraciones concreto. En 2014, se mantenía el 10%, que en policías y bomberos, por hablar de la Administración Local podían llegar al 100 por 100, condicionado al cumplimiento del objetivo de estabilidad. Para 2015 se amplió el ámbito cuantitativo, con excepciones del 50 por 100 y cualitativo, ampliando algunos ámbitos. En 2016 las excepciones alcanzan el 100 por 100 en determinados sectores, manteniendo el 50 por 100 en la mayoría restante

2015 (recurso 401/2014) han dejado claro: debe estarse al marco regulador del periodo controvertido ï el coyuntural de la ley de presupuestos- y si ***ñ(é*** *) el poder legislativo decidió establecer una determinada tasa de reposición de empleo público para el periodo de vigencia (****é*** *) a ello debemos estar****ò***.

Se cierra así, esta vez por vía jurisdiccional, una ventana de oportunidad para encarar estas cuestiones como lo que son realmente: una auténtica puesta en cuestión del sistema de empleo público por la vía de la *estructuralidad* de las normas presupuestarias, pretendidamente coyunturales, y cuyo impacto, la imposibilidad de consolidar empleo público precario, aun con pleno respeto a la igualdad de oportunidades, amenaza con quebrar uno de los pilares del estado de bienestar.[5] No obstante, no está completamente cerrado el camino ni se trata tampoco de dar una interpretación exorbitante a las apelaciones contenidas en las leyes de presupuestos a partir de 2011. No es que se proscriban los procesos de consolidación de empleo, algo discutible como se ha expuesto. Se trata de dejar claro que los mismos ***ñcomputanò*** dentro de los límites cuantitativos con que cuenta cada Administración para aprobar su anual Oferta de Empleo Público.

Afirmada la existencia de vías para la consolidación, siempre y cuando las mismas se encaucen dentro de los límites de las LPGE, es cuando procede efectuar una consideración no jurídica sino organizativa: **cómo articular el proceso**. Para ello es recomendable, por criterios de gestión y de credibilidad, enmarcarlo en un planteamiento más global de solución del problema, recurriendo para ello a las propias **herramientas** que la legislación positiva ofrece en la materia, una más reciente, el **artículo 69 del TREBEP** y otra más antigua, la **Disposición Adicional Vigesimoprimera de la LMRFP**, introducida por la Ley 22/1993, de 29 de diciembre,

[5] En perspectiva de ***lege ferenda*** es oportuno referirse a la otra ventana del periodo analizado, que da la impresión de haber sido poco aprovechada: la proporcionada por las leyes de presupuestos para los años 2005, 2006 y 2007. Tras el Acuerdo para el Diálogo Social de septiembre de 2004 y en pleno proceso de elaboración de lo que posteriormente sería el Estatuto del Empleado Público, estas normas, manteniendo la noción de la tasa de reposición de efectivos establecieron para esos ejercicios que con independencia de tales límites ***ñ(é*** *)las Administraciones Públicas podrán convocar los puestos o plazas (****é*** *) que estando dotados presupuestariamente en incluidos en sus relaciones de puestos de trabajo (****é*** *) se encuentren desempeñadas interina o temporalmente con anterioridad a 1 de enero de 2005, no computando estas plazas a efectos de la correspondiente Oferta de Empleo Público****ò***. Es una vía a explorar, condicionada, si se quiere, teniendo en cuenta el nuevo contexto, a los criterios contenidos en la Ley Orgánica 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, de modo análogo a las LPGE 2014 y 2015 para sectores concretos.

vigente tras el EBEP. Así, las cosas, el primer objetivo debiera ser establecer un marco de funcionamiento en materia de necesidades de personal, consistente en fijar la plantilla-objetivo de los diversos servicios para un periodo de tiempo anticipado y teniendo presente el marco económico-presupuestario, derivando del mismo seguidamente los procesos de movilidad, provisión, formación y carrera. Este es justamente el sentido del artículo 69 del TREBEP, al disponer que la planificación tenga como objetivo hacer posible la eficacia en la prestación de los servicios públicos y la eficiencia en su utilización, algo posible ***ñ****mediante la dimensión adecuada de sus efectivos****ò***.

El PORH no agota las posibilidades de planificación. Es, por así decir, un marco de programación de plantillas ordinario. Las entidades locales y las comunidades autónomas cuentan con otra herramienta, más extraordinaria y de la que echar mano. Los denominados planes de racionalización contemplados en la disposición adicional 21ª de la LMRFP, que serían el vehículo normativo con el que afrontar problemáticas concretas, tales como una consolidación puntual de empleo temporal estructural, de regularización de situaciones laborales irregulares (piénsese en la internalización de contratas) o de planes extraordinarios de promoción interna, situaciones todas ellas habituales tras la aprobación de una relación de puestos de trabajo[6].

El precepto establece lo siguiente:

ñ*Las Comunidades Autónomas y 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 todas o alguna de las medidas mencionadas en los apartados 2 y 3 del artículo 18 de la presente Ley, así como incentivos a la excedencia voluntaria y a la jubilación anticipada****ò***.

[6] Véase, de modo práctico Cuenca (2011): ñLa Planificación de recursos humanos: un instrumento necesario para afrontar la crisis en el empleo público local. Competencias de un gestor de recursos humanos y retos en etapas de crisis fiscalò. En: Boltaina, X., Cuenca, J., Jiménez Asensio, R., Mauri, J. y Palomar, A.: *El empleo público local ante la crisis.* Fundación Democracia y Gobierno Local- CEMCI. Granada. Págs. 89-124.

No se opone a la vigencia del precepto lo dispuesto por la Disposición Final Cuarta, apartado 3º, del EBEP que dispone que

ñ*Hasta que se dicten las Leyes de Función Pública y las normas reglamentarias de desarrollo se mantendrán en vigor en cada Administración Pública las normas vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos en tanto no se opongan a lo establecido en este Estatuto****ò***.

Si bien es cierto que algunas Comunidades Autónomas han dictado normas de adaptación al EBEP ï Valencia, Castilla La Mancha, Extremadura- el hecho de que su regulación no contradiga el precepto, a lo que hay que añadir que la Administración General del Estado no haya promulgado su propia ley de adaptación al EBEP y por tanto continúe vigente en no pocos aspectos la LMRFP de 1984, sumado al cambio en el sistema de fuentes de la Función Pública Local operado tras la promulgación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL) que reestablece la primacía aplicativa de las normas estatales sobre las autonómicas (nuevo artículo 92.1 de la LBRL), todo ello permite concluir sin mayor dificultad la vigencia del precepto.

Así las cosas, contamos con dos herramientas normativas para ordenar procesos de consolidación: de un lado el ***ñ****marco global****ò*** constituido por el artículo 69 del EBEP, de la mano del cual las entidades locales debieran ser capaces de fijar un horizonte de programación de plantillas en los próximos cuatro años, ponderando vacantes futuras *contra* unos servicios públicos delimitados, la cartera de servicios y políticas respectiva. De otro, un marco específico habilitante, un ñ*plan de consolidación de empleo temporal****ò*** fundamentado al amparo de la DA 21ª de la LMRFP y que debe elaborarse con una visión organizativa, global, para la respectiva Entidad Local.

Eso sí, la aprobación del ñplan de racionalizaciónò debe tener en cuenta diversas prevenciones:

☑ Debe tratarse de un verdadero intento de ordenar y racionalizar la gestión del personal municipal o, al menos, de un sector significativo del mismo (servicios personales, seguridad, administración general). Lo que se acreditará mediante un

estudio técnico, bien motivado, del mismo. No es ocioso recordar que el mismo acabará afectando a la Plantilla de Plazas y que tal y como recuerda la normativa local, las mismas deben responder a los principios de *racionalidad, economía y eficiencia* (art. 90.1, segundo párrafo, de la LBRL) lo que debe justificarse mediante los correspondientes ***ñ(é)*** *antecedentes, estudios y documentos acreditativos de que se ajustan a los mencionados principios.****ò*** (art. 126.1 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local. Esto es, la **Memoria Técnica** es imprescindible.

☑ Las vacantes incluidas deben encontrarse dentro de los **límites cuantitativos del ejercicio** o ejercicios respectivos (máximo 3 años a tenor del artículo 70 del TREBEP) y, asimismo, deben ser plazas destinadas a atender puestos de trabajo englobables dentro de los ámbitos o sectores prioritarios contemplados en las leyes de presupuestos (policía local, personal de extinción de incendios, control y asignación eficiente de recursos públicos, gestión, asesoramiento jurídico,é)

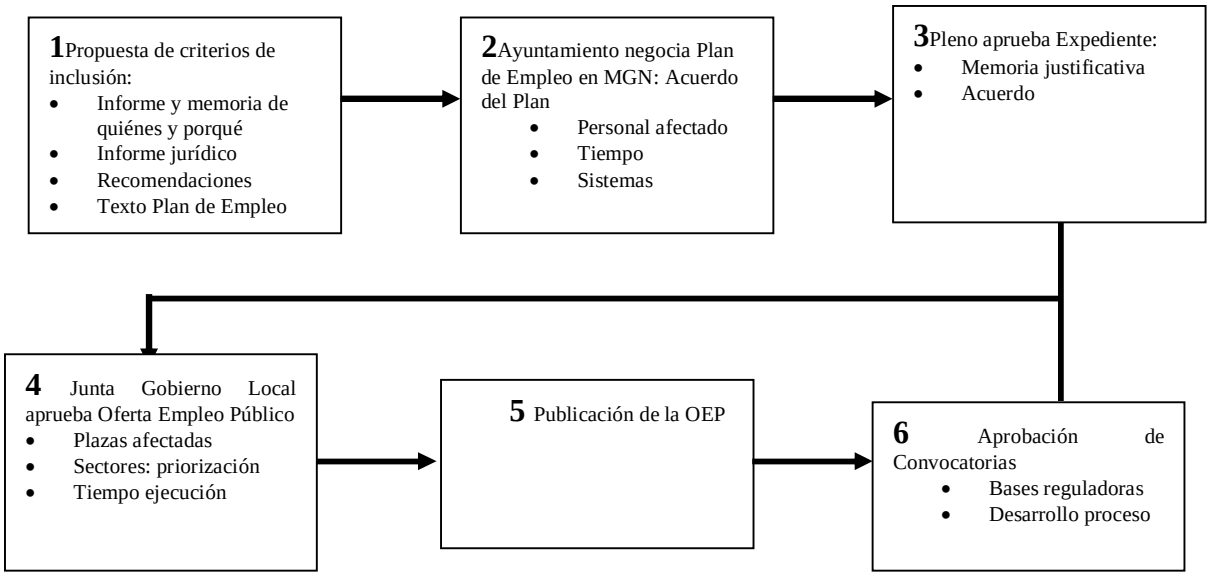
☑ Las convocatorias derivadas del plan deben ajustarse en su diseño a las prescripciones de la **DT 4**ª del TREBEP.

☑ Dicho Plan debe ser acordado ï o al menos negociado de buena fe y de modo transparente conforme a los principios del art. 33.1 del TREBEP- *en el seno* de la **Mesa General** de Negociación de la respectiva Entidad Local, que es la competente para ello, so pena de afrontar la eventual nulidad del proceso, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 37.1.c del EBEP en relación con el 38.1.

☑ Como corresponde a cualquier pacto o acuerdo dimanante de los procesos de negociación colectiva municipal, para su validez y eficacia, los acuerdos (y los planes de racionalización en ellos contenidos) deberán ser aprobados de modo ***ñ****expreso y formal****ò*** por el correspondiente órgano de gobierno de la Entidad (art. 38.3 del TREBEP) en este caso, del **Pleno**, siendo posteriormente remitidos a la oficina pública correspondiente, que ordenará su publicación en el Boletín Oficial (en este caso el boletín oficial de la provincia) conforme al apartado 6º del citado artículo 38.

☑ Con el plan y su desarrollo (plazas afectadas, periodo de tiempo) se inicia el proceso. Hay que dejar sentado que su puesta en práctica es conforme a la sistemática habitual, es decir, inclusión en la correspondiente **Oferta de Empleo Público (OEP)** y convocatoria posterior con sus bases reguladoras.

El cuadro siguiente ilustra el proceso a seguir:



4. SOBRE LAS CONVOCATORIAS Y EN ESPECIAL LA CONSIDERACIÓN DE LOS ñSERVICIOS PRESTADOSò

Iniciado ï es decir, acordado en el seno de la Mesa de Negociación de la respectiva Entidad Local, aprobado por el Pleno y publicado en el boletín oficial correspondiente, además de publicitadas las vacantes en la Oferta de Empleo Público ¿cómo cabe diseñar las correspondientes bases de modo que sin lesionar derechos legítimos de los ciudadanos el proceso contemple de modo realista al colectivo de empleados públicos en situación de precariedad? La solución tiene que venir de la mano de una consideración ajustada a Derecho de la **experiencia**, pero sin obviar la necesidad de la prueba teórica contemplada en el artículo 8º del Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, prueba obligatoria atendido el carácter de *básico* del precepto.

En lo que se refiere a la consideración de la experiencia, de los ***ñservicios prestadosò***, es imprescindible atender en primer lugar a la lectura que el Tribunal Constitucional ha hecho de los méritos en general. Tempranamente este órgano ha determinado que estos son válidos ***ñ(é*** *) siempre que la diferencia impuesta en razón de la capacitación técnica sea adecuada a la naturaleza propia de las tareas a realizar y se establezca con carácter general (****é*** *)****ò***. (Fundamento Jurídico 4º de la Sentencia 42/1981, de 22 de diciembre). Los méritos han de tener una fundamentación objetiva (FJ 2º, Sentencia 67/1989, de 18 de abril). Esto es, han de *estar en relación con la función a desempeñar, y que no se describan o establezcan en términos tales que puedan considerarse fijados en atención a personas determinadas.* (FJ 4ª, STC 27/1991, de 14 de febrero). Lo que el artículo 23.2 de la Constitución prohíbe es que las reglas de procedimiento para el acceso a los cargos y funciones públicas se establezcan no mediante términos generales y abstractos sino mediante referencias individuales y concretas (STC 18/1987, de 16 de febrero). En términos prácticos *(****é*** *) La Administración tiene reconocido un margen en la determinación de cuáles han de ser los méritos (****é*** *)*ò en un proceso selectivo concreto, pero esta libertad está limitada por la necesidad de no crear desigualdades arbitrarias. Ésta es la **primera regla** a tener en cuenta.

Pero hay que tener presente además que, dentro de los méritos a valorar por la institución convocante, configurados con carácter general y objetivo, adecuados a las funciones, los más problemáticos son los méritos relacionados con la eventual experiencia profesional previa. Un pronunciamiento del Tribunal Constitucional antes referenciado, la **sentencia 67/1989**, la conocida como ñsentencia de la mochilaò, ya estableció que ***ñ(é*** *) la consideración de los servicios prestados no es ajena al concepto de mérito y capacidad, pues el tiempo efectivo de servicios puede reflejar la aptitud o capacidad para desarrollar una función o empleo público y, suponer además, en ese desempeño, unos méritos que pueden ser reconocidos y valorados. No plantea problema de igualdad así la consideración como mérito de los servicios prestados, sino la relevancia cuantitativa que la base impugnada ha dado a ese mérito y, en particular, el que sea el único tenido en cuenta en la fase de concurso.****ò*** (FJ 3ª).

Además, ***ñ(é*** *) no surgiría ningún problema si se considerasen los servicios prestados, no como un requisito necesario para poder participar en el concurso, sino*

*como un mérito a valorar en una fase posterior del concurso. (**é**). El problema surge cuando el citado requisito se considera como (**é**) presupuesto o requisito excluyente o sine qua non para que los aspirantes puedan participar (**é**).**ò*** (FJ 6ª de la Sentencia 60/1994, de 28 de febrero). No es inconstitucional por tanto la consideración del tiempo efectivo de servicios, pero **sin pretender convertirlo *en título de legitimación exclusiva*** (FJ 5ª, STC 27/91). No puede ser un requisito previo constitutivo, ***ni el único*** mérito a tener en cuenta por tanto (FJ 9º, sentencia 138/2000, de 29 de mayo).

En lo que respecta a su valoración cuantitativa, proyección relevante de la posible desigualdad, la jurisprudencia constitucional ha creado la noción de ***límite de lo tolerable***, esto es, el peso cuantitativo máximo que cabe atribuir a la fase de concurso sobre la oposición, cifrando como tolerable, por ejemplo, un porcentaje del 31,57% de los puntos del total que pueden obtenerse en el proceso selectivo (STC 83/2000, de 27 de marzo. FJ 4º).

Resulta por tanto que los concursos, fijados objetivamente, no como requisitos excluyentes, en atención a las funciones a cubrir, valorando los servicios prestados en la plaza, no son conceptos ajenos al mérito o la capacidad. Eso sí, teniendo cuidado de no convertir la convocatoria en algo ocioso por la relevancia cuantitativa asignada al concurso. De ahí la conveniencia de no sobrepasar determinado porcentaje sobre el total de puntos de la convocatoria. Éstos son, por tanto, los parámetros a tener en cuenta en el diseño de los procesos de consolidación de empleo temporal estructural.

Resulta ilustrativo analizar una conocida resolución judicial que, desde el marco de referencia descrito, evaluó la legalidad de una convocatoria de consolidación de empleo temporal de la Junta de Andalucía, basada, precisamente, en la aplicación del artículo 39 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de Sevilla, contencioso- administrativo, de 8 de febrero de 2001. Son prevenciones a adoptar las que la Sala imputa a la Junta de Andalucía respecto a la valoración de los *servicios prestados*, el que éstos se primen desaforadamente en términos cuantitativos y la diferente consideración que reciben los interinos de la Junta respecto a los funcionarios de otras Administraciones, que la Sala entiende nulas de pleno derecho. Por otra parte, ***ñ****un baremo en el que, tratándose de un concurso de méritos, se privilegie la experiencia adquirida en un puesto idéntico o*

*similar a aquel de cuya provisión se trata no sería contrario a la igualdad aun cuando a los restantes méritos alegables les fuera concedida una valoración menor, incluso considerablemente menor***ò**. (FJ 7º). Otra pauta se desprende de la resolución judicial en lo que atañe a la valoración de la ***formación*****.** La exigencia de que ésta guarde una relación *directa* con el conjunto de puestos que puedan ser desempeñados puede hacer difícil, si no imposible, su obtención por aspirantes ajenos a la Administración convocante. (FJ 8º). Test de legalidad respecto a la formación a valorar en el concurso es que la misma haya sido susceptible de ser obtenida por aspirantes que no tengan la condición de funcionarios.

Así pues, como **conclusiones preliminares** en el diseño de las convocatorias, es que cabe computar como mérito los servicios prestados, con un límite máximo ñtolerableò que conviene no sobrepasar (el 31.57%), que no puede ser el único mérito, ya que es conveniente contemplar la formación y que esta debe ser accesible a cualquier aspirante y que el ejercicio teórico es imprescindible, cuestión distinta es su peso en el total de la convocatoria. Con estos parámetros cabe concluir que la misma debiera pasar el examen más exigente de una jurisdicción revisora como la contencioso-administrativa. Sirva como ejemplo y pauta a seguir ï adoptada por numerosas Administraciones- el diseño que de un proceso de consolidación de empleo temporal hizo el entonces Ministerio de Administraciones Públicas y que ajusta como un guante a una mano a todos y cada uno de los puntos a tener en cuenta indicados en este trabajo: la Orden APU/244/2007, de 29 de enero, por la que se convocó proceso selectivo para ingreso, por el sistema general de acceso libre, en la Subescala de Secretaría-Intervención, mediante el sistema de concurso-oposición, en el marco del proceso de consolidación de empleo interino, de 100 plazas desempeñadas por personal interino. Sus características son las siguientes:

- ✓ La convocatoria es **libre**.
- ✓ El sistema es el de **concurso-oposición**. Es decir, se aparta del principio general de la oposición mediante el acogimiento al artículo 39 de la Ley 50/1998.
- ✓ Hay un **ejercicio teórico**, calificado de 0 a 40 puntos, siendo necesario un mínimo de 20 para superarlo y un ejercicio práctico, calificado de 0 a 60 puntos, siendo necesario obtener un mínimo de 30 para superarlo. Es decir, habiendo un sistema

de calificación para el teórico y el práctico nada obliga a que su peso cuantitativo sea el mismo

- ✓ Hay una **fase de concurso**, calificable con un máximo de 45 puntos, de los cuales 40 son para **servicios prestados** y 5 para cursos de **formación** y perfeccionamiento. Es decir, los servicios prestados no son el único factor de valoración en el concurso.
- ✓ En la convocatoria se especifica que la fase de concurso ***ñ(é)*** *solo se valorará a los aspirantes que hayan superado la fase de oposición****ò***.
- ✓ Y sobre todo, el **peso cuantitativo** de la fase de concurso no sobrepasa el margen constitucional de lo tolerable (45 puntos sobre 145 supone un 31% del total y en concreto los servicios prestados un 27.5%).
- ✓ Esta configuración, además de estar dentro de los parámetros de constitucionalidad, da además respuesta al artículo 61.3 del EBEP en lo atinente a una ***ñ(é) puntuación proporcionada*** *que no determinará, en ningún caso, por sí misma el resultado del proceso selectivo.****ò***

5. CONCLUSIONES

La *austeridad supervisada* supone un reto para la gestión de plantillas. Ante un contexto en el que cabe prever el mantenimiento de las restricciones en materia de plantillas y el inicio de procesos de jubilación masivos es imprescindible iniciar procesos de planificación de recursos humanos. En los mismos hay que contemplar procesos de sustitución de empleo temporal estructural por empleo público permanente, de calidad.

Dentro de los criterios contenidos en las leyes anuales de presupuestos es posible en la actualidad acordar procesos de consolidación de empleo temporal de carácter estructural. Ahora bien, la solución no puede venir de la mano de una interpretación extensiva de la DT 4ª del TREBEP, sino de la consideración conjunta de la jurisprudencia constitucional al respecto y del juego conjunto del artículo 39 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social y de la Disposición Transitoria vigesimoprimera de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas de Reforma de la Función Pública, introducida por la Ley 22/1993, de 29 de

diciembre. Esto es, de la mano de un ñplan de racionalizaciónò que ordene de modo global la situación de la plantilla municipal y permita justificar el acogimiento al concurso-oposición para consolidar las vacantes organizativas. Plan tramitado y negociado conforme a las prescripciones del TREBEP.

Los procesos selectivos, necesariamente abiertos a cualquier aspirante, deben ir precedidos de la correspondiente inclusión de la vacante en la Oferta de Empleo Público y las bases de la convocatoria deben ser diseñadas de modo tal que otorgue un peso a los servicios prestados que entren dentro del margen que la jurisprudencia constitucional entiende como tolerable, teniendo además presente que no puede ser el único factor de valoración en el concurso.

Por lo demás, la correspondiente convocatoria puede perfectamente, sin obviar el ejercicio teórico, dar más relevancia cuantitativa a la prueba práctica.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENILLA, M. (2014): ñEstudio introductorioò. En: Ruano, J. M. *Los funcionarios ante el espejo. Análisis del ciclo de selección de personal en la AGE*. Madrid. INAP. Págs. 23-33.

BECK. U. (2012). *Una Europa alemana.* Barcelona. Paidós.

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

DOERINGER y PIORE (1983): ñLos mercados internos de Trabajoò. En: Toharia, M. (Comp.). *El mercado de trabajo: teorías y aplicaciones*. Madrid. Alianza Editorial.

FÉREZ, M. (1995): ñEl sistema de mérito en el empleo público: principales singularidades y analogías respecto del empleo en el sector privadoò. En: *Documentación Administrativa*. Nº 241-242. *Monográfico sobre la renovación del sistema de mérito y la institucionalización de una función directiva pública en España*. Madrid. INAP. Págs. 61-123.

GARRIDO FALLA, F. (1980): ñLa institución administrativa en la Constitución españolaò. En: *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*. Nº 46. Vol. 1. Madrid. INAP.

GORRITI, M. (2013): ñUn sistema de empleo público alternativo a los recortes de personalò. En: *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*. Nº 4. Bilbao. IVAP. Págs. 8-23.

JIMÉNEZ ASENSIO, R.

-(2016): ñLa interinidad en la Administración Pública: ¿nuevos escenarios?ò En: Blog ñLa mirada institucionalò, www.rafaeljimenezasensio.com (descargado el 14/10/2016)

-(2012): ñDebilidades del marco normativo estructural del empleo público para afrontar un escenario de profunda y prolongada crisis fiscalò. En: Fuentetaja, J. y Cantero, J. directores: *Crisis Económica y Función Pública*. Madrid. Thomson Reuters-Aranzadi. Págs. 39-72.

-(2011): ñ¿Qué hacer? El empleo público local ante la crisis: políticas de ajuste ante un marco de reformas:ò En: *El empleo público local ante la crisis*. Fundación Democracia y Gobierno Local-CEMCI. Granada. Págs. 13-87

LAPUENTE, V. (2010): ñEl sistema de mérito como garantía de estabilidad y eficacia en las sociedades democráticas avanzadasò. En: *Documentación Administrativa*. Nº 286-287. Enero-agosto. Madrid. INAP. Págs. 113-131.

NIETO, A. (1996): *Los primeros pasos del Estado Constitucional: Historia administrativa de la regencia de María Cristina*. Barcelona. Ariel.

PALOMAR, A. (2012): ñLas políticas de restricción del gasto público como elemento de articulación de la gestión pública de recursos humanos y las formas de articulaciónò. En: Fuentetaja, J. y Cantero, J. directores: *Crisis Económica y Función Pública*. Madrid. Thomson Reuters-Aranzadi. Págs. 109-149.

SÁNCHEZ MORÓN, M

-(2014): ñAjustes y reformas en el empleo público.ò En: Rodríguez Campos, S. (Dir.): *El empleo público en tiempo de reformas*. Madrid. Marcial Pons. Págs. 25-37.

-(2011): ñEl empleo público en España: problemas actuales y retos de futuroò. En: *Revista Aragonesa de Administración Pública*. Monografía nº 13. Zaragoza. Págs. 19-27.

-(2010): ñLa situación actual del empleo público:ò En: *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*. Madrid. IUSTEL.

LOS ENTES LOCALES Y EL ESTADO DE SUS PLANTILLAS: CÓMO ESTÁ AFECTANDO LA LEGISLACIÓN DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA A LOS PROCESOS DE CONSOLIDACIÓN DE EMPLEO TEMPORAL. ¿CÓMO SE PUEDE CONSOLIDAR LA PLANTILLA ACTUAL?

J. Javier Cuenca Cervera
Universitat de València

Barcelona. 17/XI/2016

OBJETIVOS

1. ¿SON POSIBLES LAS CONVOCATORIAS DIRIGIDAS EXCLUSIVAMENTE AL PERSONAL EN PRECARIO, INTERINO O LABORAL?

2. ¿CUÁL ES EL MARCO DE SOLUCIONES DISPONIBLES PARA ARTICULAR UN PROCESO DE CONSOLIDACIÓN DE EMPLEO TEMPORAL?

3. ¿CÓMO CONFIGURAR LAS CONCRETAS CONVOCATORIAS?

Contenidos

1. INTRODUCCIÓN: UNA REFLEXIÓN
2. LAS “REGLAS DEL JUEGO” SOBRE CONSOLIDACIÓN
3. LAS ESTRATEGIAS VIABLES
4. LA CONFIGURACIÓN DE LA “EXPERIENCIA PROFESIONAL”
5. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN: UN ENDEMISMO RECURRENTE

UNA *SALIDA* "INSTITUCIONALMENTE APRENDIDA"

1. **1935, 1952,…**
   - ⇒ Ley Municipal Republicana: 24 meses en los 5 años anteriores
   - ⇒ *"Individuos defectuosamente reclutados, pero con edades inadecuadas para encauzar sus vidas por otros derroteros"*

2. **1977, 1979, 1984, 1985,…**
   - ⇒ Real Decreto 1409/1977, 2 de junio: *"integración de personal interino, temporero o contratado"*
   - ⇒ Real Decreto 263/1979, 13 febrero: otra vez…
   - ⇒ DT 6ª de la Ley 30/1984, 2 agosto: "*personal contratado administrativo de colaboración temporal"*
   - ⇒ RD 2224/1985, de 20 de noviembre: desarrollo DT 8ª LBRL

PERSPECTIVA HISTÓRICA: algo falla en la gestión de nuestro empleo público territorial, desde parámetros de eficiencia y mérito cuando la salida es el recurso a medios extraordinarios de ingreso en la Administración

¿QUÉ EXPLICA LA ELEVADA TEMPORALIDAD?: ALGUNAS HIPÓTESIS

ASPECTOS ORGANIZATIVOS Y DE GESTIÓN

- Modos impropios de relación entre AAPP: las subvenciones
- La búsqueda de flexibilidad organizativa: precarios como "mercados laborales internos"
- Desconfianza en los métodos de selección

ASPECTOS POLÍTICOS

- Clientelismo latente
- Baja profesionalización gestión pública recursos humanos

EL RESULTADO ES LA **PRECARIZACIÓN** DEL EMPLEO PÚBLICO, PERO EL IMPACTO ES UNA **INSTITUCIÓN INEFICIENTE**

IMPACTOS DE LA CRISIS SOBRE LAS PLANTILLAS

✓ **AJUSTES: LOS *"CÍRCULOS DE VULNERABILIDAD"***

Reales Decretos-Ley 8/2010, 20/2011 y 20/2012: meros ajustes sin perspectiva. Indefinidos no fijos de plantilla e interinos, tiempo de trabajo. Pero los efectivos más jóvenes, flexibles y de mayor cualificación.
Pero: necesidad de mantener Servicios Públicos
RESULTADO: INCREMENTO DE LA TEMPORALIDAD DESDE 2014

✓ **CUESTIONES EN HORIZONTE: JUBILACIONES DEL "BABY BOOM"**

Los efectivos de las EELL y las CCAA se conforman en los 80.
Los *"treinta gloriosos"* del municipalismo
RESULTADO: JUBILACIONES MASIVAS 2020 EN ADELANTE

EL "QUID": CÓMO AUNAR LA ESTABILIDAD LABORAL, RENOVACIÓN TALENTO Y RESPETO A LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES

2. LOS LÍMITES DE LAS SOLUCIONES “AD HOC”

LAS NUEVAS "REGLAS DEL JUEGO" Y EL PAPEL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

☑DE 1981 A 2016

- ✓De las **SSTC 42/1981** y **81/1983**, a la **86/2016**: aplicación del **art. 23.2 CE**. "Conquista histórica". Mérito e inamovilidad
- ✓**STC 236/2015**: aplicación al Personal Laboral, por **art. 14 CE**

☞LAS NUEVAS "REGLAS DEL JUEGO"

- Primero art. 19 LMRFP y luego arts. 55 y 61 EBEP: **básicos**
- Consagración ***"sistema de mérito"*** como institución central
- Preferencia por la "**Oposición**" como sistema ordinario
- Rechazo "**Pruebas restringidas**" como medio *ordinario* solución

LA IMPOSIBILIDAD DE TURNOS RESTRINGIDOS

- ☑ **SSTC 38/2004 y 111/2014**: arts. 23.2 y 103.3 CE proscriben integración automática y la celebración de "pruebas restringidas"

- ☑ Consolida línea mantenida en las **SSTC 27/1991 y 302/1993**
  - Norma con **rango de ley** y por ***"una única vez"***
  - Consolidación mediante pruebas públicas y abiertas

- ☑ **STC 86/2016**, de 28 de abril
  - Justificación amparada en **situación excepcional**
  - Sería **admisible** valoración servicios prestados y pruebas selectivas superadas pero sin excluir concurrencia otras personas (STC 38/2004. FJ 4)

3. ESTRATEGIAS VIABLES DE CONSOLIDACIÓN DE EMPLEO TEMPORAL

VIABILIDAD: 3 ASPECTOS

1. LA VIABILIDAD JURÍDICA
   - ¿Siguen en vigor las disposiciones sobre "consolidación de empleo temporal?

2. LA INCIDENCIA DE LAS LEYES DE PRESUPUESTOS DESDE 2011 EN ADELANTE
   - ¿Cómo afectan las tasas de reposición de efectivos?

3. LA ARTICULACIÓN DEL PROCESO EN CADA ENTIDAD LOCAL
   - ¿Cómo gestionarlo de modo práctico?

1. LA VIGENCIA DE LA DT 4ª DEL TREBEP

☑DISPOSICIÓN TRANSITORIA CUARTA

- AAPP podrán efectuar convocatorias consolidación a puestos o plazas de carácter estructural **1/1/2005**
- Garantía de principios de igualdad, mérito, capacidad, publicidad
- Contenido pruebas conforme arts. 1 y 3 art. 61. Valoración experiencia en puesto de trabajo objeto convocatoria

☞REAL DECRETO-LEY 20/2011, ART. 3

- Limitaciones incorporaciones nuevo personal alcanzan plazas incursas en procesos consolidación empleo
- **LPGE 2005, 2006 y 2007**: con independencia TRE, las AAPP podían convocar convocatorias específicas *"de consolidación"*

☞LEY 50/1998, MFAOS, ART. 39

- "Procesos consolidación empleo temporal", estructural y permanente
- Mediante sistemas selectivos O/C-O/C. Pudiendo valorar méritos puestos objeto convocatoria
- *No derogación expresa. Ni se contradice u opone*. Tema fechas

2. LA INCIDENCIA DE LAS LEYES DE PRESUPUESTOS

LA TASA DE REPOSICIÓN DE EFECTIVOS

- Iniciadas en marco normativo Función Pública en 1994. hasta entonces, convocatorias que se considerasen inaplazables
- Definidas por vez primera en **LPGE 2015**: ceses por jubilación, fallecimiento, retiro, renuncia, …
- Segunda *"vuelta de tuerca"* en **LPGE 2013**: ***No incorporación nuevo personal***, salvo ejecución procesos anteriores. Y excepciones del 10%. Igual LPGE 2014
- **LPGE 2015**: *No incorporación nuevo personal*, y excepciones al 50% sectores concretos. **Referencia expresa límites alcanzan consolidación**
- **LPGE 2016**: Sólo incorporación límites establecidos y 100% o 50% por sectores. **Referencia expresa límites alcanzan consolidación**

- CONCLUSIÓN: procesos de consolidación ***"computan"*** dentro límites elaboración OEP, pero no pueden considerarse prohibidos
- Caben OEP contemplen ***"sustitución empleo temporal estructural y permanente"***, al respecto STS, C-A, 1/04/2009 (recurso 4203/2004). **LÍMITE CUANTITATIVO**

OPORTUNIDADES PERDIDAS

- **Sentencia del Tribunal Supremo 29/10/2010 (recurso 2448/2008). Ponente: Díaz Delgado**
  - *"No hay mayor negación del derecho consagrado en al art. 23.2 CE que la negación de los procesos públicos de selección legalmente establecidos"*
  - Vinculación derecho constitucional 23.2 CE con lo establecido en el **art. 10.4 del EBEP**

- ☑ **No** ha sido la orientación finalmente consolidada: SSTS (misma Sala y Sección), de 20/11/2013 (rec. 44/2013) y 2/12/2015 (rec. 401/2014): *"(…) el poder legislativo decidió establecer una determinada tasa de reposición de empleo público para el periodo de vigencia (…) y a ello debemos estar."*

- ☑ Prevalencia preceptos política presupuestaria (STC 178/2006,. FJ 3)

- ☑ **PROPUESTA *"LEGE FERENDA"***: ¿nueva Declaración para el Diálogo Social de 21 septiembre 2004? (Corts Valencianes)

3. LA ARTICULACIÓN DEL PROCESO: LOS INSTRUMENTOS DISPONIBLES

1. PLANES DE ORDENACIÓN RRHH: ART. 69 TREBEP

- Definición global **plantilla-objetivo** en función **cartera servicios públicos** y **marco económico-presupuestario**
- **Dimensionamiento** de plantilla como clave procesos de selección, provisión, movilidad, carrera y formación

2. DA 21ª LEY 30/1984, 2 DE AGOSTO

- *"Las CCAA y las CCLL, de acuerdo con su capacidad de autoorganización, podrán adoptar, además de Planes de Empleo, **otros sistemas de racionalización** de los recursos humanos (…)"*

Contamos con dos herramientas. El marco global y el plan de racionalización

CAUTELAS DE UN PLAN DE RACIONALIZACIÓN

1. **INTENTO REAL RACIONALIZAR**
   - ⇒ Estudio técnico: Memoria justificativa. Motivación
   - ⇒ Servicios públicos y competencias

2. **VACANTES INCLUIDAS DENTRO LÍMITES OEP**
   - ⇒ Cálculo TRE: límite cuantitativo y también cualitativo
   - ⇒ Ejecución 3 años: art. 70 TREBEP

3. **DISEÑO CONVOCATORIAS CONFORMA DT 4º TREBEP**
   - → Procesos abiertos y méritos bien configurados

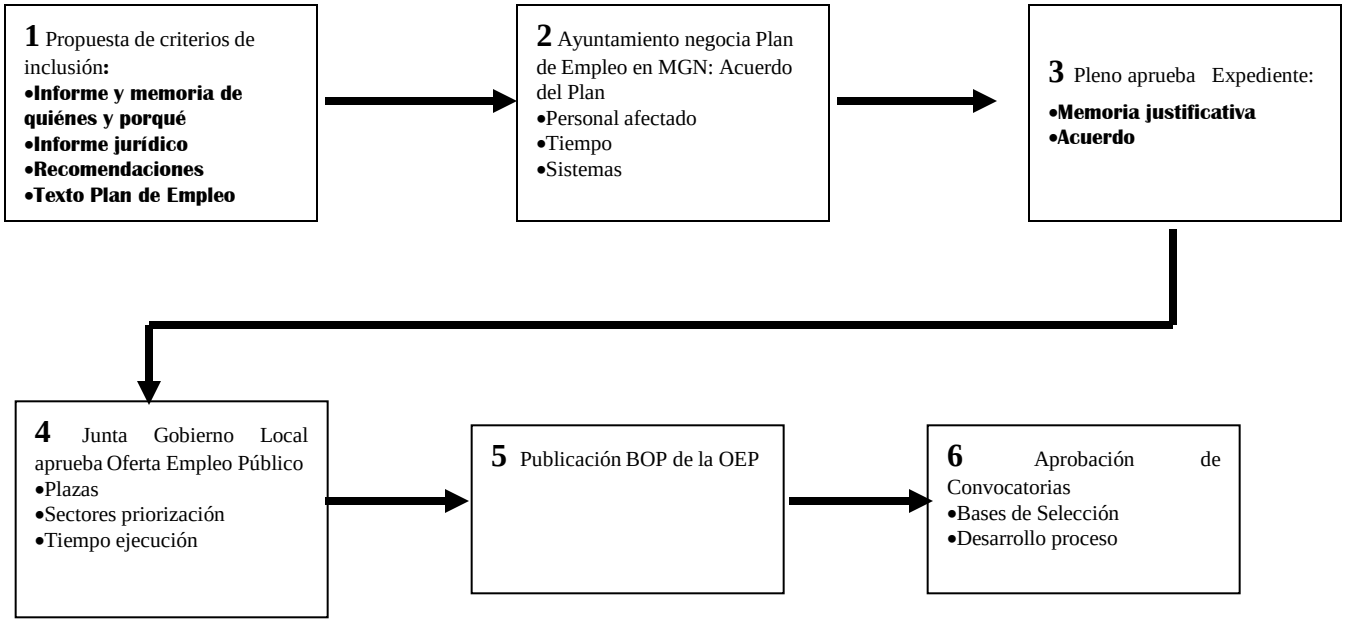
4. **PLAN NEGOCIADO DE BUENA FE**
   - → Mesa General Negociación y datos con anticipación

5. **APROBACIÓN "EXPRESA Y FORMAL" POR EL PLENO**
6. **APROBADO PLAN SE INICIA EL PROCESO: OEP y BASES**

Esquema de funcionamiento: consolidación

1. Firma del ACUERDO por el que se aprueba PLAN DE CONSOLIDACIÓN con los sindicatos presentes en la MGN (art. 37.1.c del EBEP) al amparo de la DA 21ª LMRFP. Comprende:
   - ⇒ Memoria justificativa
   - ⇒ Plazas objeto de consolidación/funcionarización/promoción
   - ⇒ Calendario ejecución del Plan
   - ⇒ Valoración servicios prestados
   - ⇒ Sistema selectivo
2. Aprobación del Plan por Pleno, de modo “expreso y formal” (art. 38.3 EBEP)
3. Aprobación, en su caso, por la Junta de Gobierno, de la OEP y su plazo de ejecución
4. Publicación OEP en boletines oficiales (art. 5ª RD 896/91)
5. Ejecución procesos de estabilización/funcionarización

Diagrama de proceso de consolidación



4. LA CONFIGURACIÓN DE LOS “SERVICIOS PRESTADOS”

LA CONFIGURACIÓN DE LA EXPERIENCIA PROFESIONAL A VALORAR: LOS “SERVICIOS PRESTADOS”

☑LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL

- ✓Méritos son válidos siempre que se adecúen a la naturaleza de los servicios a prestar. **No son ajenos al mérito y capacidad** (STC 67/1989, de 18 de abril, conocida como “de la mochila”)
- ✓Que se establezcan con **carácter general**,(STC 27/91)
- ✓No pueden crear desigualdades arbitrarias ni convertirse en título de legitimación exclusiva, **ni requisito único** (STC 138/2000)
- ✓Tienen un límite: **el límite de lo tolerable** (STC 83/2000, de 27 de marzo. FJ 4): ¿31.57%?

UN EJEMPLO: Orden APU/244/2007, 29 de enero

- Convocatoria libre
- Sistema de concurso-oposición
- Ejercicio teórico de 0 a 40 puntos y práctico de 0 a 60 puntos
- Fase de concurso de 45 puntos: 40 SSPP y 5 formación. Solo tras Oposición
- Fase de concurso: 31% total. Servicios prestados, un 27.5 %

CONCLUSIONES

I. Austeridad supervisada permite anticipar mantenimiento límites a incorporación nuevo personal. Se añade previsión jubilaciones. Necesidad incorporar talento, estabilizar plantillas y respeto igualdad oportunidades. Necesidad planificar gestión pública recursos humanos

II. Pese al RD-Ley 20/2011, es posible articular procesos consolidación empleo (no empleados) de consolidación de empleo temporal, estructural y permanente

III. No hay mecanismos extraordinarios. Incluso aunque hubiera acuerdo social sería para límites cuantitativos de las OEP, no para procesos "ad hoc"

IV. Los mecanismos ordinarios deben tener presente límites LPGE para elaboración OEP, cuantitativos y cualitativos

V. No obstante, es recomendable recursos proceso extraordinario. Medio para justificar apartamiento principio general oposición

VI. Convocatorias deben diseñarse conforme art. 61 TREBEP

VII. Méritos con especial cautela por jurisprudencia constitucional

¡GRÀCIES!

j.javier.cuenca@uv.es

EL DEBER DE NEGOCIAR DE BUENA FE EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Remedios Roqueta Buj
Catedrática de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad de Valencia

1. Introducción 1

2. El deber de negociar de buena fe en el proceso de negociación 3

2.1. El deber de negociar de buena fe en las diferentes fases del proceso de negociación 3
2.1.1. La apertura de las negociaciones 3
2.1.2. La convocatoria de la mesa negociadora 4
2.1.3. El deber de información a la contraparte 5
2.1.4. El deber de negociación misma 6
2.1.5. La prohibición de violencia 9
2.1.6. La falta de acuerdo entre las partes 9
2.1.7. El principio de la buena fe en la fase de "aprobación expresa y formal" del Acuerdo por parte del Consejo de Ministros u órgano de gobierno correspondiente 13
2.2. La acreditación de la buena fe negocial 15
2.3. El incumplimiento del deber de negociar de buena fe 15

3. El principio de la buena fe durante la vigencia de los Pactos/Acuerdos y Convenios Colectivos. La modificación de los acuerdos alcanzados por las Administraciones Públicas 18

3.1. Ámbito de aplicación 19
3.1.1. Ámbito subjetivo 19
3.1.2. Ámbito objetivo 19
3.2. Órganos competentes 21
3.3. Causas justificativas 21
3.4. Procedimiento 23
3.5. Facultades 24

1. Introducción

El art. 33.1 del 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), sujeta la negociación colectiva al principio de *"buena fe negocial"*. A mayor abundamiento, el art. 34.7 del EBEP dispone que *"ambas partes estarán obligadas a negociar bajo el principio de la buena fe y proporcionarse mutuamente la información que precisen relativa a la negociación"*. De este modo, se incorpora a la Ley el criterio doctrinal que consideraba que, pese al silencio de la LORAP, las negociaciones debían realizarse bajo el principio de la buena fe, ya que, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 9.1 y 103.1 de la Constitución, los principios generales del Derecho y, entre ellos, el de la buena fe vinculan plenamente toda la

actividad de la Administración Pública[1].

Por lo demás, el deber de negociar de buena fe se exige tanto en la fase de iniciación del proceso negociador como en su desenvolvimiento y finalización, aunque no cabe duda que es partir del momento en que comienzan las deliberaciones cuando está llamado a desempeñar su papel principal. Iniciado el proceso negociador, la Administración y los sindicatos vienen obligados a observar una conducta clara, inequívoca y veraz al realizar cada uno de los actos que integran el proceso, cualquiera que sea su finalidad.

Es más, el deber de negociar de buena fe no sólo tiene aplicación en el proceso negociador propiamente dicho -en el que existe un acuerdo de voluntades-, sino también en la fase de *"aprobación expresa y formal"* del Acuerdo por parte del Consejo de Ministros u órgano de gobierno correspondiente, pues, aun cuando ésta emana unilateralmente de la Administración, presupone la actuación de los sindicatos a quienes, a su vez, se refieren sus efectos[2]. No acabando sólo aquí, sino que debe presidir también las relaciones de las partes

---

[1] A este respecto, debe subrayarse que el art. 9.1 de la Constitución dispone la sujeción general de los poderes públicos y, por tanto, de la Administración, que es uno de ellos, a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. Es más, el art. 103.1 del citado texto, que no es sino una especificación de este presupuesto fundamental de la Constitución, proclama explícitamente para esta última el *"sometimiento pleno a la ley y al Derecho"*. De este modo, los principios generales del Derecho y, entre ellos, el de la buena fe vinculan plenamente toda la actividad de la Administración, incluida la reglamentaria, con independencia de su consagración expresa en una norma jurídica positiva. A mayor abundamiento, el art. 9.3 de la CE garantiza de una manera específica *"la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos"*, y, por tanto, de la Administración. En definitiva, los principios generales del Derecho administrativo constituyen elementos suficientes en el orden aplicativo supletorio para integrar la laguna legal y afirmar que la negociación de los Pactos y Acuerdos está subordinada al principio general de la buena fe. A mayor abundamiento, la Ley 4/1999, al modificar el art. 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP), considerará principios generales que deberán respetar las Administraciones Públicas en su actuación los de buena fe y confianza legítima. DEL REY GUANTER afirmaba que las partes -al igual que en el caso del artículo 89.1 del ET- estaban obligadas a negociar bajo el principio de buena fe, siquiera fuera por aplicación supletoria del Código Civil -vid. arts. 3.1 y 7- (DEL REY GUANTER, *Comentarios a la Ley de Órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas*, MAP, Madrid, 1988, pág. 243). En el mismo sentido, DELGADO PIQUERAS, *La Terminación Convencional del Procedimiento Administrativo*, Pamplona, 1995, pág. 185. Por su parte, BLASCO ESTEVE, "La negociación colectiva de los funcionarios públicos en la Administración Local", en AA.VV., *Tratado de Derecho Municipal* (coord. Muñoz Machado), Tomo II, Madrid, 1988, pág. 2171, afirmaba que las partes estaban obligadas a negociar de buena fe en virtud de lo dispuesto en el art. 89.1 del ET. El resto de la doctrina se manifestaba partidario de la existencia de la obligación de negociar de buena fe, si bien no indicaban el fundamento jurídico de dicho deber. Así, OJEDA AVILÉS, "Los derechos de representación y negociación de los funcionarios públicos según la Ley 7/1990, de 12 de mayo", *R.L.*, núm. 8, pág. 24; y LÓPEZ GANDÍA, "La negociación colectiva de los funcionarios", *Revista de Treball*, núm. 8, 1988, pág. 23. En el mismo sentido, las SSTS de 21 de marzo de 2002 (Rec. núms. 1074/2001 y 739/1996); y la SAN de 7 de noviembre de 2000 (Rec. núm. 1033/1997).
Sobre el principio de la buena fe, véanse SÁNCHEZ TORRES, *El deber de negociar y la buena fe en la negociación colectiva*, CES, Madrid, 1999; MONTOYA MELGAR, *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2001; y GÓNZALEZ PÉREZ, *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, Civitas, Pamplona, 2009.

[2] Para MARTÍNEZ ABASCAL, "Contenido de la negociación colectiva. Materias de consulta obligatoria y de consulta potestativa", en AA.VV., *Seminario sobre las relaciones colectivas en la función pública*, Sevilla, 1990,

una vez se han firmado y aprobado los Pactos y Acuerdos, respectivamente.

2. El deber de negociar de buena fe en el proceso de negociación

2.1. El deber de negociar de buena fe en las diferentes fases del proceso de negociación

2.1.1. La apertura de las negociaciones

De acuerdo con el art. 34.6 del EBEP, "el proceso de negociación se abrirá, en cada Mesa, en la fecha que, de común acuerdo, fijen la Administración correspondiente y la mayoría de la representación sindical" y, a falta de acuerdo, "el proceso se iniciará en el plazo máximo de un mes desde que la mayoría de una de las partes legitimadas lo promueva, salvo que existan causas legales o pactadas que lo impidan". De este modo, el proceso negociador puede abrirse de común acuerdo entre las representaciones pública y sindical y, en su defecto, a instancia de la Administración Pública (**a**) o de la mayoría de la representación sindical (**b**).

a) Si la Administración quiere regular cualquiera de las materias señaladas en el art. 37.1 del EBEP, está obligada a poner en marcha el proceso de negociación (arts. 33.1 y 37.1 EBEP)[3].

b) El proceso negociador se iniciará también a instancia de la mayoría de la representación sindical (art. 34.6 EBEP). Por *"parte legitimada"* debe entenderse la representación sindical que lo está en función no sólo del art. 33.1 sino también respecto del art. 35.1 del EBEP. Es decir, no pueden promover la iniciación de negociaciones los sindicatos legitimados por el art. 33.1 sin saber todavía si cumplen con la mayoría exigida por el art. 35.1 del EBEP. Así, un sindicato más representativo o simplemente representativo en el ámbito correspondiente que no cuenta con la mayoría absoluta de los miembros de los órganos unitarios de representación en dicho ámbito, no puede iniciar las negociaciones. Esto se deduce del tenor literal del art. 34.6 del EBEP al indicar que el proceso se iniciará a instancia de la *"mayoría"* de la representación sindical.

El efecto general más importante del procedimiento de negociación, una vez iniciado, es el deber de negociar. En efecto, iniciado un procedimiento, tanto si se incoa de oficio como a instancia de parte, surge para los interesados el derecho a participar activamente en su desarrollo y tramitación y el deber de la Administración de impulsarlo hasta llegar a su resolución y de resolver conforme se establece con carácter general en los arts. 74.1 y 41.1

---

págs. 356 y 357, la obligación de negociar de buena fe se circunscribe a la fase estrictamente negocial.

[3] SSTS de 21 de marzo de 2002 (Rec. núms. 1074/2001 y 739/1996), 17 de febrero de 2003 (Rec. núm. 475/2000), 23 de junio de 2003 (Rec. núm. 3720/1997), 16 de enero de 2004 (Rec. núm. 6257/1998), 19 de enero de 2004 (Rec. núm. 6258/1998), 6 de febrero de 2004 (Rec. núm. 7856/1998), 11 de mayo de 2004 (Rec. núm. 1490/1997), 14 de septiembre de 2004 (Rec. núm. 1842/1999), 4 de julio de 2007 (Rec. núm. 3492/2002), 6 de mayo de 2009 (Rec. núm. 277/2005), 9 de junio de 2009 (Rec. núm. 277/2005), 20 de noviembre de 2009 (Rec. núm. 5189/2006), 7 de mayo de 2010 (Rec. núm. 3492/2007), 22 de septiembre de 2010 (Rec. núm. 3819/2007), 22 de septiembre de 2010 (Rec. núm. 3860/2007), 13 de octubre de 2010 (Rec. núm. 3043/2007), 27 de enero de 2011 (Rec. núm. 5854/2007), 16 de febrero de 2011 (Rec. núm. 2012/2008) y 8 de abril de 2015 (Rec. núm. 1813/2014).

de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

A mayor abundamiento, el art. 34.7 del EBEP establece que "ambas partes estarán obligadas a negociar bajo el principio de la buena fe y proporcionarse mutuamente la información que precisen relativa a la negociación". Aunque las expresiones "deber de negociar" y "obligación de negociar de buena fe" carecen de significados totalmente equivalentes, es evidente que la segunda presupone la primera. En base a estos dos argumentos se puede concluir que, una vez iniciado el proceso negociador, ambas partes y, especialmente, la Administración, dada su obligación general de tramitar y resolver todo procedimiento, están obligadas a negociar. Por deber de negociar, hay que entender, por lo demás, el deber de adoptar las medidas procedentes para que la negociación se haga realidad, esto es, el cumplimiento del iter procedimental que establece el EBEP. De esta forma, las partes están obligadas a sentarse a la mesa negociadora, si bien, en ningún caso, el deber de negociar entraña la obligación de llegar a un acuerdo.

La Ley alude a dos causas que impedirán la iniciación del proceso negociador promovido a instancia de una de las partes y que, consiguientemente, eximirán a la otra del deber de negociar:

- En primer lugar, las *"causas legales"*, debiéndose entender por tales la falta de competencia o de legitimación de la parte promotora o de la parte receptora o la no comunicación en forma del escrito de iniciación de negociaciones.

- En segundo lugar, las *"causas pactadas"*, debiéndose entender por tales el incumplimiento de los compromisos asumidos previamente por las partes al amparo de los apartados 8 y 4 del art. 38 del EBEP o cuando se trate de revisar un Pacto o Acuerdo en vigor[4]. No obstante ello, el art. 38.4 del EBEP debe ser interpretado en términos razonables pues pueden existir graves razones de interés público que justifiquen la negociación de un nuevo Pacto o Acuerdo. En tal caso, la Administración, sin embargo, deberá hacer uso previamente de la prerrogativa que le confiere el art. 38.10 del EBEP.

2.1.2. La convocatoria de la mesa negociadora

En la fecha que, de común acuerdo, fijen las partes y, a falta de acuerdo, en el plazo máximo de un mes a partir de la recepción del escrito de iniciación de las negociaciones, se debe proceder a constituir la mesa de negociación (art. 34.6 EBEP). El legislador no predetermina a quien corresponde convocar la mesa negociadora. No obstante, teniendo en cuenta que la Administración está obligada a impulsar de oficio el proceso negociador en todos sus trámites,

[4] En este sentido, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 18 de enero de 2002 (JUR/159912) sostiene que "*resulta contraria a la doctrina de los actos propios que el CSI-CSIF participe en una Mesa en la que se hace constar, sin protesta o impugnación de ningún tipo, que "se da por cerrada la negociación sobre los Institutos Médicos Legales (IML)" y, más de una año después, recurra en vía jurisdiccional por no haber negociado determinados aspectos de los IML, contradiciendo con ello su propia actuación en vía administrativa, y sin que se aporte argumento o prueba alguna eficaz frente a la presunción de legalidad de la actuación administrativa (art. 57.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*".

hay que concluir que es ella y, más concretamente, sus representantes, quienes están específicamente obligados a efectuar la convocatoria de la mesa negociadora.

Dicha convocatoria debe notificarse a todos y cada uno de los sindicatos con legitimación para formar parte de la mesa negociadora (arts. 4, 8 y 40 de la LPAC). Una convocatoria parcial, no hecha a la totalidad de las organizaciones sindicales con legitimación negocial, supondrá la trasgresión del derecho de libertad sindical de aquel sindicato que estando legitimado para negociar no haya sido llamado a la mesa negociadora y ello determinará que la mesa negociadora no quede válidamente constituida y, por tanto, la nulidad de las actuaciones y de la norma que ponga fin al procedimiento negociador.

Por lo demás, la Administración Pública debe convocar la mesa negociadora con la antelación suficiente para que los sindicatos puedan preparar la reunión[5].

2.1.3. El deber de información a la contraparte

Las partes estarán obligadas a *"proporcionarse mutuamente la información que precisen relativa a la negociación"* (art. 34.7 EBEP). El deber de informar a la contraparte deriva del deber de negociar de buena fe, al tener cada parte que justificar razonadamente sus posturas, especialmente las negativas. Por lo demás, es un deber recíproco, por mucho que lógicamente la parte más afectada sea la empleadora. También los sindicatos han de responder, por ejemplo, a demandas sobre su organización interna, si ello justifica una postura reticente a la discusión.

Las prerrogativas de los sindicatos de obtener información plantean difíciles cuestiones de contenido y límites en la negociación, pues el secreto es una de las constantes que caracterizan a través del tiempo la acción administrativa. Por eso vale la pena llevar a cabo un examen de los planteamientos normativos que se refieren a la transparencia y publicidad de las actuaciones administrativas, tratando de poner de relieve los preceptos en torno a los cuales los sindicatos pueden articular su pretensión de obtener de la Administración Pública la información necesaria para el desarrollo de la negociación.

Así y en primer lugar, debe señalarse que los sindicatos en cuanto personas jurídicas o, al menos, sus miembros en su condición de personas físicas tendrán derecho en virtud de lo dispuesto en el art. 13.d) de la LPAC *"al acceso a la información pública, archivos y registros, de acuerdo con lo previsto en la* ***Ley 19/2013, de 9 de diciembre****, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y el resto del Ordenamiento Jurídico"*[6]. De este modo, no estando las materias susceptibles de negociación entre los límites al derecho de acceso a la información pública que se señalan en el art. 14 de la Ley 19/2013, los sindicatos tendrán la posibilidad de consultar o manejar cuantos documentos, informes y resoluciones, cualquiera que sea su formato o soporte, que haya podido dictar la Administración al respecto, lo que les permitirá una adecuada preparación del ejercicio de su derecho a la

[5] SSTSJ de Castilla-La Mancha (CA) de 17 de junio de 2015 (Rec. núm. 469/2012) y 30 de junio de 2015 (Rec. núm. 492/2012).

[6] Cfr. DELGADO PIQUERAS, *La Terminación Convencional …*, cit., pág. 181.

negociación y el control ulterior de las decisiones que puedan adoptarse en relación a dicho ejercicio.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que las normas de garantía del interesado previstas en la LPAC son también aplicables a los sindicatos, ya que éstos son parte interesada en el proceso negociador. Por lo tanto, los sindicatos negociadores pueden fundamentar su pretensión de acceder a la documentación e información necesaria en aquellos preceptos que consagran la publicidad del procedimiento común en favor de los interesados. Pues bien, el art. 82.1 de esta disposición legal asegura al interesado el conocimiento de la totalidad del expediente con *"las limitaciones previstas en su caso en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre"*. Por consiguiente, si se concede alguna sustantividad a la supuesta equivalencia entre éstos y los sindicatos negociadores, cabe sostener paralelamente a lo establecido en relación a los primeros, que los sindicatos tienen derecho a conocer todas las piezas y elementos de la tramitación de los Pactos y Acuerdos en curso de negociación. Es más, como la finalidad de este derecho es garantizar al interesado el conocimiento de todos aquellos extremos necesarios para que puedan realizar una defensa eficaz y completa de sus intereses, la vista del expediente debe tener lugar durante todo el proceso negociador. No puede limitarse al momento previsto en el art. 82.1 de la LPAC, esto es, al trámite de audiencia, ya que los sindicatos, a diferencia de los interesados en el procedimiento administrativo común, participan durante todo el procedimiento, a excepción de la fase de aprobación del Acuerdo por parte del Consejo de Ministros u órgano de gobierno correspondiente.

Por último, un interrogante especialmente importante es el relativo a si pueden o deben hacerse públicas las instrucciones que el Gobierno señale a los representantes de la Administración General del Estado. Por lo que se refiere a la publicidad general, hay que indicar que, aunque la misma es normalmente el peor enemigo de la negociación, el hacer públicas las posiciones de las partes podría ser conveniente en el ámbito funcionarial, ya que la opinión pública podría jugar un papel de presión importante sobre las partes, especialmente en el sentido de obligarlas a hacer el máximo esfuerzo para terminar el conflicto en los impasses negociales y llegar a un acuerdo. Más específicamente, mediante la publicidad, la opinión pública podría identificar la parte irrazonable o menos razonable y ejercer presión sobre la misma para que disminuyera sus expectativas en el proceso negocial. En lo que concierne a la publicidad particular, el acuerdo del Consejo de Ministros, dada su trascendencia para la elaboración de los Pactos y Acuerdos, habrá de incluirse en el expediente, ya que la enumeración que hace el art. 26.10 de la LGO no es exhaustiva, de modo que los sindicatos, al amparo de la normativa antes reseñada y, fundamentalmente, por la exigencia de negociar de buena fe podrán conocerlas.

2.1.4. El deber de negociación misma

Una vez las partes están sentadas en la mesa negociadora, el motor que impulsa el procedimiento es el principio de la buena fe, pues obliga a las partes a realizar un esfuerzo sincero de aproximación mutua para obtener un acuerdo. El deber de negociar de buena fe constituye una obligación de medio con un contenido positivo (**a**) y otro negativo (**b**).

a) Del lado positivo, supone que las partes han de tener la posibilidad de alegar lo que consideren oportuno[7], de aportar propuestas y contrapropuestas[8] y de tener contactos o conversaciones con carácter previo a la adopción del acuerdo o acuerdos[9], y que están obligadas a observar una conducta que haga posible la conclusión del Pacto o, en su caso, del Acuerdo, esto es, a realizar todos los esfuerzos que estén en su mano para llegar a un compromiso, transigiendo dentro de sus posibilidades y justificando su negativa a aceptar las propuestas de la contraparte[10].

Algunas resoluciones judiciales consideran que la Administración Pública no incumple el deber de negociar de buena fe por el hecho de no llegar a la conclusión de un acuerdo negocial sobre la materia de que se trate, siguiendo el procedimiento de examinar *"sucesivamente las distintas normas reglamentarias, aceptándose o rechazándose por los representantes de la Administración las observaciones de las Centrales Sindicales"*[11], o que basta con que los sindicatos puedan manifestar cuantas sugerencias y alegaciones tengan por conveniente[12]. Estamos, sin embargo, en presencia de dos cosas distintas, una es negociar con los sindicatos y otra es otorgarles audiencia, que es lo único que consta cuando se actúa de esta manera[13]. Como señala la STS de 13 de noviembre de 2006 (Rec. núm. 5025/2001), el derecho de negociación colectiva *"no consiste solamente en la posibilidad formal de sentarse a una mesa a efectuar las propuestas que se tengan por convenientes, sino que incluye el derecho a que tales propuestas sean escuchadas y la posibilidad (aunque no la garantía, obviamente) de que sean acogidas"*.

b) Desde el punto de vista negativo, la buena fe suponer evitar las obstrucciones, esto es, no simular que se negocia cuando no se está dispuesto a convenir, no dilatar las negociaciones,

---

[7] SSTS de 13 de abril de 1998 (Rec. núms. 353/1996, 356/1996, 357/1996, 361/1996, 354/1996, 360/1996 y 362/1996), 4 de mayo de 1998 (Rec. núm. 350/1996), 9 de febrero de 1999 (Rec. núm. 341/1996), 1 de marzo de 1999 (Rec. núm. 355/1996), 26 de marzo de 1999 (Rec. núm. 370/1996) y 30 de marzo de 1999 (Rec. núm. 359/1996)].

[8] SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 11 de abril de 2000 (Rec. núm. 4293/1996) y de Castilla y León de 15 de noviembre de 2002 (Rec. núm. 60/2002).

[9] SSTSJ del País Vasco de 22 de diciembre de 2000 (Rec. núm. 82/1999) y de Baleares de 13 de junio de 2003 (Rec. núm. 700/2000).

[10] STSJ del País Vasco de 30 de septiembre de 2004 (Rec. núm. 480/2002). Cfr. SAN (Sala de lo Social) de 16 de septiembre de 1994 (Proc. núm. 130/1994); SAN de 7 de noviembre de 2000 (Rec. núm. 1033/1997); y SSTSJ de Baleares de 13 de junio de 2003 (Rec. núm. 700/2000), y del País Vasco de 27 de septiembre de 2004 (Rec. núm. 369/2001).

[11] SSTS de 13 de abril de 1998 (Rec. núms. 353/1996, 356/1996, 357/1996, 361/1996, 354/1996, 360/1996 y 362/1996), 4 de mayo de 1998 (Rec. núm. 350/1996), 9 de febrero de 1999 (Rec. núm. 341/1996), 1 de marzo de 1999 (Rec. núm. 355/1996), 26 de marzo de 1999 (Rec. núm. 370/1996), 30 de marzo de 1999 (Rec. núm. 359/1996) y 9 de marzo de 2000 (Rec. núm. 376/1996).

[12] STS de 8 de noviembre de 2002 (Rec. núm. 189/1999); y SSTSJ de Castilla y León de 27 de julio de 2001 (Rec. núm. 52/2001), de Galicia de 17 de marzo de 2004 (Rec. núm. 438/2002), del País Vasco de 18 de febrero de 2005 (Rec. núm. 1705/1999), y de Castilla y León de 11 de noviembre de 2005 (Rec. núm. 2267/2004).

[13] Cfr. SSAN de 4 de mayo de 2005 (Rec. núm. 1/2005), 4 de mayo de 2005 (Rec. núm. 57/2005) y 18 de mayo de 2005 (Rec. núm. 20/2005).

suministrar razones convincentes y ofrecer una contrapuesta razonable. Implica no usar de intimidación, maquinaciones dolosas ni claro aprovechamiento por una de las partes del error en que la otra pueda incurrir. Comporta también evitar por ambas partes posiciones absurdas, negativas o tendentes a desestabilizar la propia negociación.

Ahora bien, el deber de negociar y de hacerlo, además, de acuerdo con el principio de buena fe no obliga a las partes a llegar a un acuerdo, y prueba de ello es la expresa previsión legal de mecanismos para suplir los fracasos de la negociación[14]. Téngase en cuenta a este respecto que en muchas materias el margen de maniobra de la autonomía negocial de las Administraciones Públicas es muy limitado, por lo que su negativa a aceptar las propuestas de las organizaciones sindicales no es que esté guiada por una voluntad de obstrucción u obstaculización de la negociación sino que obedece a un escenario de negociación estrecho impuesto por el marco legal[15].

La inexistencia de un deber de llegar a un acuerdo, a juicio del Tribunal Supremo, determina que la Administración no esté obligada a celebrar un número mínimo de reuniones[16] ni *"a mantener la negociación con carácter indefinido, puesto que en última instancia a ella compete tomar o promover las decisiones precisas para dar satisfacción a los intereses generales"*[17]. El deber de negociar de buena fe obliga, más simplemente, a mantener una actitud "abierta" a la posibilidad de compromiso. Sin embargo, la trascendencia de esta obligación es evidente si se relaciona con la posibilidad de regulación unilateral que, en base

---

[14] En idéntico sentido, DEL REY GUANTER, Comentarios a la Ley de Órganos de Representación..., cit., pág. 243; MARTÍNEZ ABASCAL, "Contenido de la negociación colectiva...", cit., pág. 355; y las SSTS de 13 de abril de 1998 (Rec. núms. 353/1996, 356/1996, 357/1996, 361/1996, 354/1996, 360/1996 y 362/1996), 4 de mayo de 1998 (Rec. núm. 350/1996), 9 de febrero de 1999 (Rec. núm. 341/1996), 1 de marzo de 1999 (Rec. núm. 355/1996), 26 de marzo de 1999 (Rec. núm. 370/1996), 30 de marzo de 1999 (Rec. núm. 359/1996), 17 de febrero de 2003 (Rec. núm. 475/2000) y 4 de marzo de 2003 (Rec. núm. 44/2001); las SSAN de 7 de noviembre de 2000 (Rec. núm. 1033/1997), 4 de mayo de 2005 (Rec. núm. 1/2005), 4 de mayo de 2005 (Rec. núm. 57/2005), 18 de mayo de 2005 (Rec. núm. 20/2005), 5 de marzo de 2009 (RJCA/299), 13 de marzo de 2009 (JUR/170161), 2 de abril de 2009 (JUR/196422) y 6 de junio de 2012 (JUR/214673); y las SSTSJ del País Vasco de 22 de diciembre de 2000 (Rec. núm. 82/1999), de Baleares de 13 de junio de 2003 (Rec. núm. 700/2000), del País Vasco de 30 de septiembre de 2004 (Rec. núm. 480/2002), de Andalucía de 28 de abril de 2006 (Rec. núm. 1684/2003), de Castilla y León de 20 de octubre de 2006 (Rec. núm. 1121/2005), y de Galicia (CA) de 7 de mayo de 2014 (Rec. núm. 112/2013) y 21 de octubre de 2015 (Rec. núm. 135/2014).
En todo caso, aun admitiendo que la Administración hubiese convenido un espacio de negociación con los sindicatos, si más tarde no se produce dicha negociación, no puede sostenerse la existencia de un acuerdo de voluntades vinculantes [STS de 7 de junio de 1991 (Rec. núm. 1512/1990)]. Como pone de manifiesto la sentencia de la SAN de 16 de septiembre de 1994 (Proc. núm. 130/1994), *"el compromiso de las partes a negociar, y eso supone una actividad encaminada, con propósito de buena fe, a lograr un pacto en tal sentido, pero en ningún caso sería lícito imponer a una parte otra obligación de signo diferente o de más amplio alcance, como pudiera ser la de asumir y suscribir las propuestas de los otros interesados, esto es, la obligación contraída se refiere exclusivamente a la actividad negociadora, pero no implica la de llegar ineludiblemente a un acuerdo mutuo"*.

[15] SSTSJ de Galicia (CA) de 7 de mayo de 2014 (Rec. núm. 112/2013) y 21 de octubre de 2015 (Rec. núm. 135/2014).

[16] SAN (CA) de 6 de junio de 2012 (Rec. núm. 446/2010).

[17] STS de 6 de junio de 1995 (Rec. núm. 217/1993).

al apartado 7 del art. 38 del EBEP, se abre a la Administración, de forma que aquélla sólo puede ser considerada como un recurso extremo. De lo contrario, la Administración podría mantener una actitud inflexible durante el proceso de negociación, a sabiendas de que al final se le abriría aquella posibilidad, quedando vacío prácticamente de contenido el derecho a la negociación colectiva en la función pública.

2.1.5. La prohibición de violencia

Aunque el EBEP no condena el uso de la violencia en las negociaciones, es obvio que el deber de negociar bona fide impide el ejercicio de la violencia por cualquiera de las partes. Acerca de lo que deba entenderse por violencia puede afirmarse con toda seguridad que el ejercicio del derecho de huelga no constituirá "violencia" en ningún caso[18]. El panorama de fondo de la negociación puede ser de tensión e, incluso, de conflicto abierto, en forma de huelga, lo que no invalida la negociación ni sus resultados, salvo que la presión degenere en violencia sobre las personas y/o sobre los bienes.

2.1.6. La falta de acuerdo entre las partes

El art. 38.7 del EBEP dispone que "en el supuesto de que no se produzca acuerdo en la negociación o en la renegociación prevista en el último párrafo del apartado 3 del presente artículo y una vez agotados, en su caso, los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos, corresponderá a los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios con las excepciones contempladas en los apartados 11, 12 y 13 del presente artículo". De este modo, en caso de desacuerdo, primero habrá de intentarse la mediación, si lo solicita una de las partes negociadoras (art. 45.3 EBEP)[19], y, sólo cuando ésta fracase, podrá el órgano de gobierno correspondiente

---

[18] Así se deduce, a contrario sensu, de las palabras del Tribunal Supremo en su sentencia de 29 de abril de 1987 referida a un supuesto de hecho acaecido con anterioridad a la entrada en vigor de la LORAP, a pesar de que en la misma se sostiene que la expulsión por la Administración de un sindicato de la mesa de negociaciones por el hecho de convocar una huelga no puede considerarse como constitutiva de lesión para los derechos de huelga del mismo o del libre ejercicio de su actividad sindical. A este respecto, afirma lo siguiente: *"Basta para ello con constatar que la Mesa repetidamente citada constituye simplemente un modo de hacer llegar a la Administración (que conserva todas sus facultades para elaborar el proyecto de norma estatutaria del Profesorado) las opiniones, aspiraciones e intereses de los distintos Sindicatos presentes entre los profesores de distintos niveles y dedicaciones, y no en realidad una negociación con el alcance y consecuencias jurídicas propias del ámbito laboral, puesto que aquí se trata fundamentalmente de aportaciones para la preparación de un proyecto de norma estatutaria de un sector de funcionarios de la Administración, no de la negociación de un convenio laboral. Si, por consiguiente, uno de los Sindicatos presentes en esa Mesa intentó simultanear la presencia en ella con la convocatoria de una huelga que sirviera de instrumento de presión en favor de sus puntos de vista (este hecho no ha sido negado sino admitido por el recurrente) la decisión del representante de la Administración de colocarle en la alternativa de abandonar la Mesa si seguía la convocatoria de huelga, no puede reputarse lesiva para este derecho en cuanto su ejercicio no se violenta por la presencia o no en una Mesa de las características citadas, en la cual se trata de ajustar simplemente puntos de vista e intereses".*

[19] De conformidad con el art. 45.3 del EBEP, serán las *"partes"* quienes podrán instar la mediación o, en su caso, acordar el arbitraje voluntario. La Ley se refiere a las *"partes"* sin más, lo que obedece a que estos procedimientos están previstos tanto para los conflictos de intereses suscitados en las mesas negociadoras a lo

dictar un reglamento para suplir el consiguiente vacío normativo[20]. Sólo si una de las partes y, en particular, la representación sindical, solicita la mediación, la Administración Pública está obligada a remitir el conflicto a un mediador imparcial[21]. Ciertamente, a ésta le basta con discrepar en la elección del tercero para barrenar el procedimiento de mediación sin haber entrado en materia. Sin embargo, teniendo en cuenta que la buena fe es exigible durante todo el proceso negociador, tal conducta viene vedada por la vigencia de este principio.

Un problema que se plantea es el de determinar las relaciones que existen entre el sistema de mediación en análisis y la huelga. Es decir, determinar si el recurso a la mediación suspende el ejercicio del derecho de huelga, sobre todo cuando la propuesta de someterse a la misma parte de las organizaciones sindicales. La ausencia de cualquier indicación legal al respecto, permite que la parte sindical adopte medidas de presión antes, durante o después de la mediación[22]. No obstante ello, el Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo (RDLRT), establece determinadas reglas que tratan de evitar interferencias recíprocas entre la huelga y el procedimiento de conflicto colectivo. Los arts. 17 y 18 de esta norma prohíben "jugar a dos barajas", de modo que el ejercicio del derecho de huelga impide acudir simultáneamente al procedimiento de conflicto colectivo, ni por parte de los mismos trabajadores ni de los empresarios, suspendiéndose el segundo en el caso de iniciarse o mantenerse el primero, y hasta no desistan de él. Pues bien, en principio, podría pensarse que tal solución, al estar incluida en una norma que no es de aplicación en la función pública, no puede ser trasplantada a este supuesto. Sin embargo, al igual que se ha sostenido la posibilidad de aplicar en la función pública, de forma analógica, algunas de las reglas contenidas respecto de la huelga en el RDLRT, podría concluirse que una de ellas es la relativa a la imposibilidad de simultanear una huelga y el procedimiento de mediación. En sentido contrario, debe significarse que el legislador, al impedir acudir simultáneamente al procedimiento de conflicto colectivo y a la huelga trataba de compaginar el arbitraje de la autoridad laboral que se instauraba en la segunda fase del procedimiento con el derecho de huelga. En cambio, aquí la mediación tan sólo es un instrumento auxiliar de la negociación,

---

largo de la negociación como para los conflictos de interpretación y aplicación de lo acordado que se planteen en el seno de las comisiones paritarias de seguimiento de los Pactos y Acuerdos. Por el contexto en que se inscribe esta disposición, por su contenido y por mera lógica, hay que entender que en este caso las "partes" son las representaciones sindical y pública de las mesas de negociación. Por consiguiente, la representación sindical legitimada para instar la mediación y, en su caso, acordar el arbitraje, será aquella que esté legitimada para suscribir los Pactos o Acuerdos, y lo hará de acuerdo con el régimen de adopción de los acuerdos negociales, dado que el compromiso logrado a través de la mediación o de la resolución del arbitraje constituyen un "sucedáneo" de los mismos.

[20] Cfr. las SSTSJ de las Canarias de 20 de mayo de 2005 (Rec. núm. 113/2004) y de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 19 de abril de 2007 (Rec. núm. 3181/1992).

[21] STSJ de Madrid (CA) de 5 de mayo de 2011 (Rec. núm. 389/2010) y 17 de mayo de 2011 (Rec. núm. 390/2010).

[22] Cfr. DEL REY GUANTER, *Comentarios a la Ley de Órganos de Representación...,* cit., pág. 252; SALA FRANCO y ROQUETA BUJ, *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Valencia, 1995, pág. 336; y CRUZ VILLALÓN, "La mediación en la solución de conflictos colectivos en la función pública", en AA.VV., *Mediación para la resolución de conflictos de personal en las Administraciones Públicas*, Sevilla, 2006, págs. 99 y ss.

ya que la intervención del tercero no es dirimente. Por consiguiente, y dado que la huelga es un instrumento de presión en el proceso de acuerdo, debe tener un espacio en esta fase de negociación asistida. No obstante, las AA.PP. y las organizaciones sindicales podrán establecer la incompatibilidad de los procedimientos de mediación y arbitraje con la huelga.

Además, el art. 45 del EBEP contempla la posibilidad de que las partes designen de común acuerdo y libremente a un tercero que desempeñe la tarea de dirimir, merced a una resolución de obligado cumplimiento, el conflicto de intereses suscitado (art. 45.3 EBEP).

Si fracasan la negociación y, en su caso, los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos señalados, la Administración recupera su posición de supremacía, regulando por sí misma y unilateralmente las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos (art. 38.7 EBEP)[23], lo cual constituye una de las peculiaridades de la libertad sindical de éstos, que se justifica por la circunstancia de que la Administración Pública, al intervenir como parte en la negociación no lo hace sólo en condición de parte empleadora sino que lo hace también en cuanto garante de los intereses generales, cuya tutela le viene encomendada[24]. De este modo, una vez fracasada la negociación, la Administración Pública se transforma en su función de parte "empleadora" a Estado dotado de "imperium" para garantizar los intereses generales[25]. Sin embargo, la valoración ha de ser negativa "si, en vez de considerarse como recurso último y en circunstancias especiales, se transforma en la forma habitual de resolver los naturales "impasses" y confrontaciones de opiniones que se produce en todo proceso de negociación, esto es, en un mecanismo "natural" de neutralización del derecho de la parte sindical funcionarial a la negociación colectiva"[26]. En definitiva, se trata de un límite "unilateral" a la autonomía colectiva y que, en cuanto tal, ha de ser restrictivamente

---

[23] STS de 25 de marzo de 2009 (Rec. núm. 6158/2005).
Se ha afirmado que estamos ante una especie de arbitraje, pero con la particularidad de que el "arbitro" es una de las partes en la negociación (DEL REY GUANTER, *Comentarios a la Ley de Órganos de Representación...,* cit., pág. 244). Otras opiniones excluyen expresamente el término arbitraje para hablar, en su lugar, de "laudo de obligado cumplimiento", precisamente por la falta de neutralidad del supuesto arbitro subrayando su condición de límite unilateral a la autonomía sindical (OJEDA AVILÉS, "Los derechos de representación...", cit., pág. 26; y RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, *"La negociación colectiva de los funcionarios públicos en la Ley 9/1987*", *R.L.,* núm. 20, 1997, pág. 7). Sin embargo, como se subraya de forma correcta a nuestro juicio, la decisión administrativa más que un arbitraje o un laudo de obligado cumplimiento, es una facultad normativa subsidiaria que entra en juego en defecto de la negociación, que es la llamada en primer lugar a cumplir esa función (GONZÁLEZ ORTEGA, "Los medios de solución de los conflictos colectivos en la función pública", en AA.VV., *Seminario sobre relaciones colectivas en la función pública*, IAAP, Sevilla, 1990, pág. 456).

[24] GONZÁLEZ ORTEGA, "Los medios de solución...", cit., pág. 455; RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, "*La negociación colectiva*...", cit., pág. 7. A este respecto, la STS de 6 de junio de 1995 (Rec. núm. 217/1993) señala que *"la Administración no está obligada a mantener la negociación con carácter indefinido, puesto que en última instancia a ella compete tomar o promover las decisiones precisas para dar satisfacción a los intereses generales".*

[25] En la función pública el bloque de legalidad, en ausencia de Pactos y Acuerdos, se reduce a la ley; ley que en la mayoría de los casos no podrá ser aplicada sin el complemento indispensable de aquellos. Lo cual produciría efectos negativos graves sobre el funcionamiento de los servicios públicos gestionados por los funcionarios públicos afectados por el conflicto de intereses.

[26] DEL REY GUANTER, *Comentarios a la Ley de Órganos de Representación*..., cit., págs. 244 y 245.

interpretado[27]. En este sentido, el Informe de la Comisión para el estudio y preparación del EBEP considera que la tutela de los intereses públicos aconseja mantener la regla según la cual, de no producirse un acuerdo en la negociación, corresponde a los órganos de gobierno de las AA.PP. determinar unilateralmente las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, con las excepciones previstas. Pero ésta debe ser "la consecuencia final y excepcional de un proceso de negociación realmente perseguido, aunque fallido" y no "una excusa para convertir el proceso de negociación en un mero trámite formal".

Constituyen condiciones esenciales para el ejercicio legítimo de esta prerrogativa las siguientes circunstancias:

1ª) Que la actitud cerrada de los sindicatos al compromiso no se justifique en alguna de las causas excluyentes del deber de negociar.

2ª) Que la imposibilidad de llegar a un acuerdo no sea imputable a una violación de la obligación de negociar de buena fe a cargo de los representantes de la Administración[28].

3ª) Que la negociación haya tenido la oportunidad de desarrollarse adecuadamente y por un tiempo prudencial y suficiente, atendiendo, entre otros factores, a la naturaleza de lo que se pretende pactar, su trascendencia y complejidad, y al ámbito de la negociación.

4ª) Que se hayan agotado todas las posibilidades de negociación.

5ª) Que se produzca después de haber remitido sin éxito la solución del conflicto a la mediación de un tercero cuando la mayoría de la representación sindical haya instado el nombramiento de un mediador.

Estas condiciones han de elevarse a la categoría de *"sine qua non"*, en tanto que la mera desaparición de una de ellas volvería a otorgar al Gobierno la absoluta discrecionalidad en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios con el consiguiente menoscabo del derecho a la negociación de estos últimos. Si fuera este el caso, la parte sindical podría solicitar la retirada del proyecto unilateral o exigir ante la jurisdicción contencioso-administrativa la declaración de su nulidad, si hubiera sido ya aprobado por el Gobierno, y que se obligase a la Administración a negociar.

Otras circunstancias también influyen, a favor o en contra, de la decisión administrativa. Así, en primer lugar, el recurso a la huelga por parte de los funcionarios. En principio, hay que indicar que la sola existencia de una huelga no es razón suficiente para considerar fracasada la negociación de las condiciones de trabajo en la función pública. De una parte, porque de estimarse lo contrario, es estaría utilizando la decisión administrativa como un instrumento de limitación del derecho de huelga; la huelga es en sí misma una incidencia de la negociación, un instrumento de presión en el proceso de acuerdo y debe, lógicamente, tener un espacio en el que desarrollarse. No obstante, la intensidad y duración de la huelga sí pueden influir haciendo necesaria la decisión administrativa. Así, cabe pensar que ante

---

[27] DEL REY GUANTER, *Comentarios a la Ley de Órganos de Representación*..., cit., pág. 245.

[28] DEL REY GUANTER, *Estado, Sindicatos y relaciones colectivas en la función pública*, I.N.A.P., Madrid, 1986, pág. 155; y STSJ de Cantabria de 20 de mayo de 2005 (Rec. núm. 113/2004).

conflictos colectivos demasiado prolongados en el tiempo o en los que las posiciones de las partes son claramente irreconciliables, con efectos negativos graves sobre la economía nacional o sobre el normal funcionamiento de los servicios públicos afectando a la prestación de servicios esenciales de la comunidad, que son los presupuestos previstos para la imposición del arbitraje obligatorio regulado por el art. 10 del RDLRT, se podría recurrir al art. 38.7 del EBEP. Ahora bien, la decisión administrativa puede producirse aún en el caso de que la huelga sea de escasa duración, que sus consecuencias no sean particularmente graves, que las posiciones de las partes no sean absolutamente irreconciliables y que el conflicto no afecte a la economía nacional o, de manera paralelamente grave, al normal funcionamiento de la Administración Pública. Pese, pues, a la posible escasa gravedad del conflicto y a la ausencia de afectación de relevancia de los intereses generales, la decisión administrativa puede producirse, siempre que se cumplan los requisitos antes señalados[29].

De otra parte, la urgencia y la necesidad objetiva de la regulación de la materia puede también influir haciendo necesaria la decisión administrativa antes que en otras negociaciones sobre materias que ni es urgente disciplinar, o que pueden permanecer sin regulación pese a la inexistencia de acuerdo, aplazándose para negociaciones posteriores. En este último caso, el fracaso de la negociación no tiene por qué llevar, necesariamente, a la decisión administrativa; ésta interviene sólo cuando la negociación ha fracasado, pero este fracaso puede no ser por si solo razón suficiente para ello[30].

2.1.7. El principio de la buena fe en la fase de "aprobación expresa y formal" del Acuerdo por parte del Consejo de Ministros u órgano de gobierno correspondiente

Aunque el EBEP sigue sin precisar las razones en virtud de las cuales el órgano de gobierno puede desaprobar o no ratificar el Acuerdo, las salidas arbitradas para tales supuestos permiten entender que la no aprobación podrá obedecer tanto a un control de legalidad como de oportunidad. En este sentido, el EBEP dispone que *"cuando exista falta de ratificación de un Acuerdo* {…} *se deberá iniciar la renegociación de las materias tratadas en el plazo de un mes, si así lo solicitara al menos la mayoría de una de las partes"* (art. 38.3) y que en el supuesto de que no se produzca acuerdo en la renegociación *y "una vez agotados, en su caso, los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos, corresponderá a los órganos de gobierno de las Administraciones Publicas establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios con las excepciones contempladas en los apartados 11, 12 y 13 del presente artículo"* (art. 38.7)[31]. En este contexto y teniendo en cuenta que la naturaleza del acto de aprobación es reglamentaria, cabe entender que el órgano de gobierno podrá llevar a cabo un control de legalidad y de oportunidad sobre el Acuerdo a la hora de decidir si lo aprueba o no[32].

---

[29] Ver GONZÁLEZ ORTEGA, "Los medios de solución...", cit., págs. 458-459.

[30] Así, DEL REY GUANTER, *Comentarios a la Ley de Órganos de Representación*..., cit., pág. 244; y GONZÁLEZ ORTEGA, "Los medios de solución...", cit., pág. 459.

[31] Téngase en cuenta lo dispuesto en el art. 45.2 del EBEP.

[32] SSTS (CA) de 7 de octubre de 2014 (Rec. núm. 1650/2013) y 30 de marzo de 2015 (Rec. núm. 1718/2014).

El EBEP ordena que "*cuando exista falta de ratificación de un Acuerdo o, en su caso, una negativa expresa a incorporar lo acordado en el Proyecto de Ley correspondiente, se deberá iniciar la renegociación de las materias tratadas en el plazo de un mes, si así lo solicitara al menos la mayoría de una de las partes*" (art. 38.3)[33] y que en el supuesto de que no se produzca acuerdo en la renegociación y "*una vez agotados, en su caso, los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos, corresponderá a los órganos de gobierno de las Administraciones Publicas establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios con las excepciones contempladas en los apartados 11, 12 y 13 del presente artículo*" (art. 38.7). De este modo, en todos los supuestos en que el órgano de gobierno se niegue a aprobar el Acuerdo o a integrar su contenido en el proyecto de ley correspondiente, debe devolverlo a la mesa negociadora para que ésta intente alcanzar un nuevo Acuerdo siempre que lo solicite la mayoría de la representación sindical.

Para que la solicitud de renegociación vincule a la Administración pública será preciso el voto favorable de la mayoría de la representación sindical; representación que deberá estar constituida con arreglo a los arts. 33.1 y 35.1 del EBEP. Si tal petición viene refrendada por uno o varios sindicatos con legitimación negocial que no llegan a la mayoría absoluta exigida por el art. 35.1 del EBEP, la Administración no está obligada a renegociar, pudiendo su respectivo órgano de gobierno establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos (art. 38.7 EBEP). Por lo demás, de proceder la renegociación, ésta debe iniciarse en el plazo de un mes a contar desde la fecha en que el órgano de gobierno decide no aprobar el Acuerdo o, en su caso, desde la *"negativa expresa"* a incorporar lo acordado en el proyecto de ley correspondiente (art. 38.7 EBEP). De no producirse el acuerdo en la renegociación y, una vez agotados, en su caso, los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos, *"corresponderá a los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios con las excepciones contempladas en los apartados 11, 12 y 13 del presente artículo"* (art. 38.7 EBEP). Por consiguiente, si se renegocian materias en que no exista reserva de ley, habrá de intentarse la mediación, si lo solicita la representación sindical, y, sólo cuando ésta fracase, podrá el órgano de gobierno correspondiente dictar un reglamento para suplir el consiguiente vacío normativo (art. 45.3 EBEP). En contraste, si lo que se renegocia es el contenido de un proyecto de ley, como en este caso no son posibles los sistemas de solución extrajudicial (art. 45.2 EBEP), una vez se constate el desacuerdo entre las partes, el órgano de gobierno podrá elaborar unilateralmente el proyecto de ley. En fin, aunque el legislador parte de los efectos vinculantes del Acuerdo para las partes, deja en último término en manos de los órganos de gobierno el cumplimiento de lo acordado, ya que según parece deducirse de la regulación, éstos poseen discrecionalidad absoluta para aprobar o no el Acuerdo, y la desaprobación del mismo sólo produce la obligación de volver a negociar y, en última instancia, a falta de acuerdo o solución extrajudicial del conflicto, se procederá a la regulación unilateral de la materia por parte de la Administración Pública.

[33] El Informe de la Comisión para el estudio y preparación del EBEP recomendaba que esta regla no fuera de aplicación a aquellos Acuerdos que implicasen la negociación de un proyecto de Ley, ya que ello podría suponer un retraso no deseable en el proceso legislativo.

2.2. La acreditación de la buena fe negocial

De cada sesión que celebre la mesa de negociación se debe levantar acta por el secretario, especificando los asistentes, el orden del día de la reunión, las circunstancias del lugar y tiempo en que se ha celebrado, los puntos principales de las deliberaciones, así como el contenido de los acuerdos adoptados.

Las actas de las reuniones de la mesa de negociación adquieren una gran relevancia en orden a la acreditación de la existencia de la buena fe negocial. En efecto, los tribunales ponderan especialmente las manifestaciones vertidas en dichas actas, a la hora de decretar el cumplimiento o incumplimiento del deber de negociar de buena fe[34]. Por ello, a la Administración le conviene que en las actas se reflejen la información facilitada a la representación sindical, las razones esgrimidas para no tratar las cuestiones planteadas por dicha representación, cuando se encuentran incluidas en el catálogo de materias que deben ser objeto de negociación, o no aceptar las contraofertas sindicales, etc. Y, si la Administración no facilita la información necesaria para permitir el debate entre las distintas propuestas y posiciones o no lo hace con la antelación suficiente, las organizaciones sindicales deben ponerlo de manifiesto y formular la correspondiente protesta en el acta.

2.3. El incumplimiento del deber de negociar de buena fe

El deber de negociar de buena fe puede ser desconocido por quienes están especial y directamente obligados a su cumplimiento.

---

[34] STS de 18 de octubre de 2004 (Rec. núm. 86/2002); SSTS (CA) de 23 de mayo de 2011 (Rec. núm. 6334/2009) y 23 de abril de 2014 (Rec. núm. 1252/2013) y 27 de octubre de 2014 (Rec. núm. 3452/2013); y SSTSJ de Baleares de 10 de junio de 2003 (Rec. núm. 902/1999), del País Vasco de 27 de septiembre de 2004 (Rec. núm. 369/2001), 30 de septiembre de 2004 (Rec. núm. 480/2002) y 30 de septiembre de 2004 (Rec. núm. 566/2002), de Castilla y León de 11 de noviembre de 2005 (Rec. núm. 2267/2004), de Andalucía de 28 de abril de 2006 (Rec. núm. 1684/2002), de Cantabria de 20 de octubre de 2006 (Rec. núm. 1040/2004), de Madrid (CA) de 5 de mayo de 2011 (Rec. núm. 389/2010) y 17 de mayo de 2011 (Rec. núm. 390/2010), de Murcia (CA) de 12 de marzo de 2014 (Rec. núm. 147/2010), de la Comunidad Valenciana (CA) de 11 de septiembre de 2013 (Rec. núm. 542/2011), 14 de marzo de 2014 (Rec. núm. 39/2012) y 16 de mayo de 2014 (Rec. núm. 149/2012), de Galicia (CA) de 21 de octubre de 2015 (Rec. núm. 135/2014), de Castilla-La Mancha (CA) de 17 de junio de 2015 (Rec. núm. 469/2012) y 30 de junio de 2015 (Rec. núm. 492/2012), y de Galicia (CA) de 17 de junio de 2015 (Rec. núm. 106/2013).
Por lo demás, según la STS (CA) de 30 de enero de 2012 (Rec. núm. 69/2010), no puede compartirse la falta de autenticidad que pretende reprocharse a las actas sobre la base de que no aparecen firmadas por quienes intervinieron en las reuniones que formalizan. En este sentido, afirma que *"lo aportado son las copias de las actas que formalizan unas actuaciones realizadas en una Administración pública, obrantes en sus archivos, y para su autenticidad, con el valor de documento público, basta, como aquí acontece, que hayan sido expedidas y certificadas por el correspondiente órgano administrativo (artículo 317.6º de la Ley de Enjuiciamiento Civil); y no se ha cuestionado la habilitación de la autoridad o funcionario que las ha expedido o certificado"*. En el mismo sentido, la SAN (CA) de 6 de junio de 2012 (Rec. núm. 446/2010). No obstante, la circunstancia de que las actas carezcan de firma alguna es valorada negativamente por los tribunales en orden a la acreditación del cumplimiento por la Administración del deber de negociar. En este sentido, se expresan, por ejemplo, las SSTS (CA) de 23 de abril de 2014 (Rec. núm. 1252/2013) y 27 de octubre de 2014 (Rec. núm. 3452/2013); y las SSTSJ de la Comunidad Valenciana (CA) de 14 de marzo de 2014 (Rec. núm. 39/2012) y 16 de mayo de 2014 (Rec. núm. 149/2012).

Como este deber es exigible en todas las fases del proceso negociador, se infringe la buena fe negocial, entre otros, en los siguientes supuestos:

1º) Cuando la negociación se produce en una ponencia o comisión preparatoria, de la que se excluye a algún sindicato con legitimación negocial, aunque éste pueda intervenir luego en el seno de la mesa negociadora en la aprobación de los compromisos asumidos por aquélla[35].

2º) Cuando la Administración no convoque a los miembros de la mesa negociadora con la suficiente antelación para garantizar una negociación exenta de precipitación y apremio.

3º) Cuando las partes y sobre todo los representantes de la Administración Pública, no faciliten con la antelación suficiente la información que permita ejercer, real y efectivamente, el derecho a la negociación colectiva[36] o la suministrada sea errónea o induzca a confusión.

4º) Cuando la Administración no esgrime en el acta las razones por las que se niega a tratar las cuestiones planteadas por la mayoría de la representación sindical, estando todas ellas incluidas en el catálogo de materias que deben ser objeto de negociación obligatoria en virtud del art. 37 del EBEP[37], o a aceptar las contraofertas de la representación sindical.

5º) Cuando la Administración Pública plantea una única o última oferta sin haber intentado previamente acercar las posturas. Así se constata, por ejemplo, cuando los dictámenes e informes que la Administración debe recabar para asegurar la necesidad, oportunidad, acierto y legalidad de las disposiciones reglamentarias son emitidos el mismo día en el que se celebra sin acuerdo la reunión de la mesa de negociación[38], o la Administración procede a publicar las normas reglamentarias inmediatamente después de finalizada la sesión de la mesa negociadora sin acuerdo, con unos textos previamente remitidos para su publicación y firmados por el titular del órgano competente, lo que, en definitiva, evidencia que los acuerdos fueron adoptados con anterioridad a la iniciación del proceso negociador[39].

6º) Cuando se incumplan alguno de los trámites preceptivos cuya realización corresponda a la Administración y ello determine la regulación unilateral de la materia.

7º) Cuando se utilice la violencia, el dolo, coacción o intimidación.

8º) Cuando la conducta de las partes sea confusa, equívoca o maliciosa, como, por ejemplo,

---

[35] STC 80/2000, de 27 de marzo; STS de 6 de junio de 1995 (Rec. núm. 217/1993); STS de 9 de febrero de 1998 (Rec. núm. 1682/1995); STS (Sala de lo Social) de 19 de septiembre de 2000 (Rec. núm. 2606/1995); y SSTSJ de Castilla-La Mancha de 2 de abril de 2002 (Rec. núm. 2070/1998) y 7 de mayo de 2003 (Rec. núm. 365/2002). Cfr. STS (Sala de lo Social) de 17 de junio de 1996 (Rec. núm. 2606/1995).

[36] SSTS (CA) de 23 de abril de 2014 (Rec. núm. 1252/2013) y 27 de octubre de 2014 (Rec. núm. 3452/2013); y SSTSJ de la Comunidad Valenciana (CA) de 11 de septiembre de 2013 (Rec. núm. 542/2011), 14 de marzo de 2014 (Rec. núm. 39/2012) y 16 de mayo de 2014 (Rec. núm. 149/2012).

[37] STSJ de Galicia (CA) de 17 de junio de 2015 (Rec. núm. 106/2013).

[38] SSTSJ de la Comunidad Valenciana (CA) de 14 de marzo de 2014 (Rec. núm. 39/2012) y 16 de mayo de 2014 (Rec. núm. 149/2012).

[39] SSTSJ de Castilla-La Mancha (CA) de 17 de junio de 2015 (Rec. núm. 469/2012) y 30 de junio de 2015 (Rec. núm. 492/2012).

cuando las instrucciones que el Gobierno da a los representantes sean ambiguas y éste desapruebe el Acuerdo alegando la desviación de sus representantes.

9º) Cuando la Administración adopte una actitud intransigente sin justificación objetiva, a sabiendas de que, si los sindicatos no aceptan su propuesta, será ella misma quien, finalmente, regule la materia.

10º) Cuando la Administración Pública varía en parte sus criterios iniciales en orden al ámbito y términos de lo negociable, al cerrar un acuerdo con alguno de los sindicatos con legitimación negocial, sin exponer la nueva situación al resto de sindicatos presentes en la mesa negociadora[40].

La infracción del deber de negociar de buena fe por la representación sindical, permitirá a la Administración suspender las deliberaciones y entender que concurre la circunstancia descrita en el art. 38.7 del EBEP, esto es, la falta de acuerdo entre las partes. En este caso es la propia Administración quien verifica si la actuación de los sindicatos comporta un atentado o no a la buena fe y, en consecuencia, decide proseguir las negociaciones o interrumpirlas.

Si es la Administración la que desatiende las exigencias de la buena fe negocial, los sindicatos sólo podrán hacer frente a esta conducta a través de los procedimientos de revisión en cada caso admisibles. Dada la diversidad de formas de manifestarse tal infracción, resulta imposible resumir en una fórmula simplista sus consecuencias jurídicas. En principio, hay que señalar que cuando la infracción del principio de la buena fe negocial se produzca en el procedimiento de elaboración de los Pactos y Acuerdos, los sindicatos no podrán impugnar el acto de trámite en cuestión por separado salvo que pueda ser considerado como uno de los denominados actos de trámite cualificados [arts. 112.1 LPAC y 25.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa][41]. Así, por ejemplo, una hipótesis de este tipo sería aplicable a aquellos actos que deniegan a los sindicatos la información necesaria para la negociación, puesto que en este caso se produce su indefensión al ser privados de los elementos necesarios para realizar una defensa eficaz y completa de sus intereses. Pero, como regla general, los sindicatos habrán de esperar al Pacto o Acuerdo o, en su caso, al reglamento subsidiario para, a través de su impugnación, poder plantear las eventuales infracciones del principio de la buena fe negocial que se hayan producido durante el procedimiento. En cuanto a los efectos de la infracción del deber de negociar de buena fe, hay que decir que, si el ordenamiento jurídico prohíbe toda actuación contraria a la buena fe negocial, todo instrumento negocial o reglamentario elaborado en contravención del señalado principio será contrario a Derecho, ilícito y, por tanto, nulo[42]. E, independientemente de estas actuaciones, es evidente que los sindicatos podrán recurrir a la huelga y otras medidas de conflicto colectivo, que, en realidad, serán las vías más eficaces para resolver las diferencias entre los sindicatos y la Administración en cuanto al proceder

[40] STS de 6 de junio de 1995 (Rec. núm. 217/1993).

[41] Cfr. DELGADO PIQUERAS, *La Terminación Convencional*..., cit., pág. 213.

[42] SSTS (CA) de 23 de abril de 2014 (Rec. núm. 1252/2013) y 27 de octubre de 2014 (Rec. núm. 3452/2013).

de esta última durante la negociación.

3. El principio de la buena fe durante la vigencia de los Pactos/Acuerdos y Convenios Colectivos. La modificación de los acuerdos alcanzados por las Administraciones Públicas

La desvinculación unilateral de lo pactado es contraria a los principios de la buena fe exigible en toda negociación. Sin embargo, los arts. 32.2 y 38.10 de EBEP y la DA 2ª del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, arbitran a favor de los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas un mecanismo de suspensión y modificación de los Pactos/Acuerdos y Convenios Colectivos que afectan al personal funcionario o laboral por alteración sustancial de las circunstancias económicas.

En este sentido, los arts. 32 y 38.10 de EBEP establecen que se garantiza el cumplimiento de los Pactos, Acuerdos y Convenios Colectivos, salvo cuando excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas suspendan o modifiquen el cumplimiento de Pactos, Acuerdos y Convenios Colectivos ya firmados, en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público, y que en este supuesto, las Administraciones Públicas deberán informar a las organizaciones sindicales de las causas de la suspensión o modificación. Por su parte, la DA 2ª del Real Decreto-ley 20/2012 dispone que *"a los efectos de lo previsto en el artículo 32 y 38.10 del Estatuto Básico del Empleado Público se entenderá, entre otras, que concurre causa grave de interés público derivada de la alteración sustancial de las circunstancias económicas cuando las Administraciones Públicas deban adoptar medidas o planes de ajuste, de requilibrio de las cuentas públicas o de carácter económico financiero para asegurar la estabilidad presupuestaria o la corrección del déficit público"*.

Por lo demás, no puede pasarse por alto que los Pactos, Acuerdos y convenios colectivos están subordinados a las normas con rango de ley, por lo que éstas pueden acordar su suspensión o modificación sin que resulte de aplicación lo dispuesto en los arts. 32 y 38.10 del EBEP[43]. Así, por ejemplo, tras establecerse que, a partir del 1 de enero de 2012, la jornada general de trabajo del personal del Sector Público no podrá ser inferior a treinta y siete horas y media semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual (art. 4 Real Decreto-ley 20/2011 y DA 71ª Ley 2/2012), los apartados segundo y tercero de la DA 71ª de la Ley 2/2012 suspenden la eficacia de las previsiones en materia de jornada y horario contenidas en los Acuerdos, Pactos y Convenios Colectivos *"que contradigan lo previsto en este artículo"*[44]. Ahora bien, tales previsiones legales, no admiten, dado lo que conllevan de suspensión de normas, una interpretación amplia, sino estricta y reducida a aquellos supuestos en los que los Pactos, Acuerdos y Convenios Colectivos establecen una jornada

[43] SSTS de 26 de noviembre de 2013 (Rec. núm. 9/2013) y 15 de diciembre de 2015 (Rec. núm. 67/2015); y STSJ de Madrid de 30 de junio de 2014 (Rec. núm. 397/2014).
[44] Cfr. STS de 14 de septiembre de 2015 (Rec. núm. 368/2014)

laboral inferior a 37,5 horas de trabajo efectivo en cómputo anual, habilitando a la Administración a dejar sin efecto dichos acuerdos, ampliando la duración de la jornada de trabajo, pero no habilitan a una distribución horaria de dicha jornada a conveniencia de la Corporación Local[45].

3.1. Ámbito de aplicación

3.1.1. Ámbito subjetivo

El mecanismo de suspensión o modificación de los Pactos/Acuerdos y Convenios Colectivos previsto en los arts. 38.10 y 32 del EBEP se extiende al personal funcionario (funcionarios de carrera, funcionarios interinos y personal estatutario[46]) y laboral comprendido en el ámbito de aplicación del EBEP, esto es, al personal al servicio de las siguientes Administraciones Públicas (art. 2.1 EBEP): la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla, las Administraciones de las Entidades Locales, los Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas (organismos autónomos, agencias estatales y entidades públicas empresariales y entes públicos de naturaleza o régimen especial, como las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social) y las Universidades públicas. Asimismo, también queda comprendido dentro de su ámbito de aplicación el personal al servicio de las entidades de naturaleza administrativa creadas por diferentes Administraciones Públicas para cooperar entre sí, esto es, las mancomunidades de municipios y los consorcios, siempre y cuando adopten una forma pública de personificación[47]. Y, en fin, también resulta aplicable al personal laboral al servicio de los organismos reguladores de la DA 10ª.1 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), en la forma prevista en sus leyes de creación (DA 5ª EBEP).

Por el contrario, el personal laboral al servicio de las entidades privadas de las Administraciones Públicas, esto es, las sociedades mercantiles y fundaciones del sector público, queda sujeto al régimen general de inaplicación de los convenios colectivos que se contiene en el art. 82.3 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), y en el Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre, por el que se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos[48].

3.1.2. Ámbito objetivo

Los arts. 38.10 y 32 del EBEP se refieren, respectivamente, a los "Pactos y Acuerdos" y a "los

[45] STSJ de Extremadura de 10 de mayo de 2013 (Rec. núm. 125/2013).
[46] El art. 38.10 del EBEP resulta plenamente aplicable al personal estatutario [STS (CA) de 25 de enero de 2012 (Rec. núm. 492/2011)].
[47] Cfr. STSJ de Andalucía de 5 de junio de 2013 (Rec. núm. 764/2013).
[48] Cfr. STSJ de Cataluña de 5 de julio de 2013 (Rec. núm. 5931/2012).

convenios colectivos y acuerdos que afecten al personal laboral".

Por consiguiente, el mecanismo de suspensión o modificación de los acuerdos puede extenderse a los siguientes instrumentos convencionales:

a) Los Pactos y Acuerdos negociados en el seno de las mesas de negociación comunes al personal funcionario, estatutario y laboral.

b) Los Pactos y Acuerdos negociados en el seno de las mesas de negociación -comunes y sectoriales- del personal funcionario y estatutario.

c) Los convenios colectivos negociados en el seno de las comisiones negociadoras del personal laboral.

De este modo, se posibilita la suspensión o modificación de los convenios colectivos y acuerdos que afecten al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, con independencia de que los mismos hayan sido negociados en el ámbito de las mesas comunes de negociación o de las comisiones negociadoras, tal y como aclara la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 20/2012.

El art. 32 del EBEP se refiere a los *"Convenios Colectivos o acuerdos ya firmados"*, se sobreentiende que por las Administraciones Públicas. Que ello es así lo viene a corroborar la interpretación sistemática del nuevo art. 32 del EBEP a la luz de los arts. 8.3 y 16 del Real Decreto-ley 20/2012, que suspenden y dejan sin efecto los convenios colectivos *"suscritos por las Administraciones Públicas y sus Organismos y Entidades, vinculados o dependientes de las mismas"* que contravengan las nuevas disposiciones legales. Por consiguiente, si la Administración Pública no ha negociado un convenio colectivo propio o "de empresa" y se rige por el convenio colectivo sectorial en la actividad de que se trate -lo que acontece con relativa frecuencia en un gran número de Ayuntamientos[49]-, y pretende descolgarse de dicho convenio colectivo, debe ajustarse al procedimiento de inaplicación de los convenios colectivos estatutarios previsto en el art. 82.3 del ET[50]. Y así, lo viene a confirmar la DA 3ª del Real Decreto 1362/2012, al establecer una serie de particularidades en cuanto a las funciones de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos en la solución de las discrepancias producidas en dicho procedimiento de inaplicación en relación con los convenios colectivos aplicables al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas.

No obstante lo anterior, la DA 1ª del Real Decreto-ley 20/2012 prevé un supuesto especial de descuelgue de los convenios colectivos sectoriales por parte los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público de acuerdo con el art. 3.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. En este sentido, establece que en el supuesto de que en virtud de una sentencia judicial los trabajadores de las empresas de servicios contratadas por aquéllos *"se convirtieran en personal laboral de la Administración, el salario a percibir será el que*

[49] Cfr. la STS de 7 de octubre de 2004 (Recud. núm. 2182/2003).
[50] Cfr. la STSJ de Cataluña de 19 diciembre de 2013 (Rec. núm. 4201/2013).

corresponda a su clasificación profesional de acuerdo con el convenio colectivo aplicable al personal laboral de la Administración, siendo necesario informe favorable de los órganos competentes para hacer cumplir las exigencias de las leyes presupuestarias".

Por lo demás, el EBEP se refiere a los *"Pactos y Acuerdos"* y a los *"convenios colectivos y acuerdos que afecten al personal laboral"*, sin prejuzgar si son anuales o plurianuales[51]. Es más, es indiferente que los mismos estén en vigor en sentido estricto o en fase de ultraactividad.

3.2. Órganos competentes

Los *"órganos de gobierno de las Administraciones Públicas"* (y no cualquier otro órgano) son los competentes para suspender o modificar los Pactos, Acuerdos y Convenios Colectivos ya firmados (arts. 32 y 38.10 EBEP). Por consiguiente, la competencia suspensiva o modificativa debe ser ejercitada en la Administración General del Estado por el Consejo de Ministros, en las Administraciones de las Comunidades Autónomas por los Consejos de Gobierno, en las Administraciones de las Entidades Locales por el Pleno de las Corporaciones Locales[52], en las Universidades por el Consejo de Gobierno[53], etc. Sí se procede a la suspensión o modificación de los Pactos, Acuerdos y Convenios Colectivos sin la aprobación del correspondiente órgano de gobierno, se producirá una vulneración del procedimiento legalmente establecido [art. 47.1.e) LPAC], que devendrá en una actuación infractora del derecho a la negociación colectiva y de forma mediata del derecho a la libertad sindical, convirtiendo tanto el acto suspensivo o modificativo como las sucesivas actuaciones tendentes a su aplicación en nulos de pleno derecho.

3.3. Causas justificativas

Los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas podrán suspender o modificar el cumplimiento de los Pactos, Acuerdos y Convenios Colectivos ya firmados *"excepcionalmente"* y únicamente "*por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas"*. De este modo, se permite la aplicación de la llamada cláusula "rebus sic stantibus" a las obligaciones pactadas en los Acuerdos, Pactos o Convenios Colectivos suscritos por las Administraciones Públicas, siempre que se produzca una excepcional alteración de la base económica del negocio. El legislador no alude a los cambios en el ámbito de los medios o instrumentos de producción, en los sistemas y métodos de trabajo del personal y en la demanda de los servicios o productos que las Administraciones Públicas ofrecen a los ciudadanos. Por lo tanto, los mismos no podrán justificar la suspensión o modificación de los Acuerdos, Pactos o Convenios Colectivos, si no van acompañados de una alteración de la base económica de los

[51] STSJ de Castilla-La Mancha de 8 de febrero de 2011 (Rec. núm. 4/2010).

[52] SSTSJ de Aragón de 21 de julio de 2014 (Rec. núm. 407/2014) y 19 de noviembre de 2014 (Rec. núm. 639/2014).

[53] SSTSJ de Madrid de 11 de marzo de 2015 (Rec. núm. 654/2014) y de Cantabria de 15 de mayo de 2015 (Rec. núm. 94/2015).

acuerdos. Además, el carácter extraordinario que tiene el referido mecanismo corrector del principio general «pacta sunt servanda», impone la necesidad de que la circunstancia sobrevenida sea imprevisible en la fecha de la firma del Acuerdo, Pacto o Convenio Colectivo y de que a la par determine una extrema onerosidad para una de las partes[54].

No obstante lo anterior, según la DA 2ª del Real Decreto-ley 20/2012, "se entenderá, entre otras, que concurre causa grave de interés público derivada de la alteración sustancial de las circunstancias económicas cuando las Administraciones Públicas deban adoptar medidas o planes de ajuste, de requilibrio de las cuentas públicas o de carácter económico financiero para asegurar la estabilidad presupuestaria o la corrección del déficit público". Previsión normativa que debe ponerse en relación con el marco de los mecanismos preventivos y correctivos regulados en Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (LOEP). Y así, como pone de manifiesto la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 20/2012, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas quedan autorizados para suspender o modificar el cumplimiento de los instrumentos negociales acordados con la representación de los empleados públicos a fin de garantizar el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y el pago de la deuda pública[55]. Por lo demás, y en virtud de lo dispuesto en el art. 18.1 de la LOEP, aquellos harán un seguimiento de los datos de ejecución presupuestaria y ajustarán el gasto público para garantizar que al cierre del ejercicio no se incumple el objetivo de estabilidad presupuestaria. De esta forma, cuando las Administraciones Públicas constaten un riesgo de incumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria o deuda pública, podrán suspender o modificar el cumplimiento de los Pactos, Acuerdos y Convenios

[54] De ahí que la STSJ de Andalucía de 18 de octubre de 2012 (Rec. núm. 1868/2012) rechace la aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus" sobre la base de que los presupuestos y los gastos de personal del Ayuntamiento en los años cuestionados (2011 y 2012) son de montante similar a los de los ejercicios anteriores.

[55] Y así, si la Entidad Local tiene aprobado un Plan de Ajuste Económico en el marco del Real Decreto-ley 4/2012, de 24 de febrero, por el que se determinan obligaciones de información y procedimientos necesarios para establecer un mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las entidades locales, concurren los requisitos necesarios para lo que podría denominarse "descuelgue" del Acuerdo, Pacto o Convenio Colectivo [SSTSJ de Andalucía de 23 de enero de 2014 (Rec. núm. 1607/2013), de Galicia (CA) de 7 de mayo de 2014 (Rec. núm. 112/2013), de Aragón de 21 de julio de 2014 (Rec. núm. 407/2014) y 19 de noviembre de 2014 (Rec. núm. 639/2014) y de Asturias de 19 de diciembre de 2014 (Rec. núm. 2640/2014)].
En cambio, la falta de cobertura presupuestaria sin más no es motivo suficiente para que las Administraciones Públicas suspendan o inapliquen los Pactos, Acuerdos y Convenios Colectivos [STS (CA) 8 de octubre de 2014 (Rec. núm. 2609/2013); y SSTSJ de Madrid de 20 de junio de 2014 (Rec. núm. 268/2014), del País Vasco de 22 de julio de 2014 (Rec. núm. 18/2014) y de Cantabria de 15 de mayo de 2015 (Rec. núm. 94/2015). Cfr. la STSJ de Castilla y León de 5 de febrero de 2016 (Rec. núm. 23/2016)]. En efecto, como subraya la STS (CA) de 8 de octubre de 2014 (Rec. núm. 2609/2013), *"una cosa es que, dado un determinado presupuesto, los posibles convenios colectivos celebrados bajo su vigencia deban estar condicionados por la exigencia legal de cobertura presupuestaria, según se dispone en el art. 33.1 Ley 7/2007; y otra cosa diferente que en el ejercicio futuro de la potestad presupuestaria del Ayuntamiento ésta debe atenerse a todos los Acuerdos que, dentro de su propia competencia hayan concertado en el marco de lo dispuesto en el art. 38 Ley 7/2007"*. La obligatoriedad *"de lo negociado (art. 33.1 y 33.10 Ley 7/2007) en este caso (y salvada la posibilidad regulada en el art. 38.10 Ley 7/2007), no cabe duda que condiciona el ejercicio ulterior de la potestad presupuestaria, que ha de ordenarse al cumplimiento de lo acordado"*.

Colectivos ya firmados, y lo podrán hacer de manera inmediata, esto es, sin tener que esperar a encadenar seis trimestres consecutivos de disminución de los ingresos ordinarios o ventas, tal y como se prevé en el art. 82.3 del ET.

3.4. Procedimiento

El órgano de gobierno que pretenda la suspensión o modificación ante tempus del Pacto/Acuerdo o Convenio Colectivo ex arts. 32 o 38.10 del EBEP, no está obligado a recurrir previamente a la mesa o comisión negociadora para intentar su revisión[56]. Sólo se impone la obligación de informar a las organizaciones sindicales de las causas de la suspensión o modificación[57].

La información deberá proporcionarse a las organizaciones sindicales con legitimación "ex lege" para negociar y firmar los Pactos/Acuerdos o Convenios Colectivos, con independencia de que los hayan firmado o no. La no suscripción de un Pacto/Acuerdo o Convenio Colectivo no puede suponer para el sindicato disidente quedar al margen de la información relativa al mecanismo de suspensión o modificación del acuerdo. Dicho mecanismo permite a los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas modificar las condiciones de trabajo pactadas, estableciendo nuevas reglas para regir las relaciones laborales en el ámbito de aplicación del Pacto/Acuerdo o Convenio Colectivo, por lo que deben aplicarse las normas generales de legitimación negocial y, en consecuencia, todos los sindicatos que tengan la necesaria representatividad tienen derecho a ser informados de las causas de la suspensión o modificación y su exclusión será contraria al principio de libertad sindical.

Por lo demás, la información, ante el silencio legal, podrá tener lugar tanto antes como después de la suspensión o modificación del Pacto/Acuerdo o Convenio Colectivo. Pero, como subraya la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en su sentencia de 28 de septiembre de 2011 (Rec. núm. 25/2011), la alteración sustancial e imprevisible de la base económica del acuerdo y la necesidad de la suspensión o modificación del mismo para *"salvaguardar el interés público"* deberán ser "debidamente alegados y justificados, aportando, incluso, los informes y datos que sirvan de acreditación" de que se han producido dichos extremos[58]. Si el Pacto, Acuerdo o Convenio Colectivo se revoca, unilateralmente, sin información a las organizaciones sindicales, ni motivación de clase alguna, la resolución administrativa vulnerará el derecho a la libertad sindical, procediendo, en consecuencia, a la declaración de

---

[56] STSJ de Cantabria de 17 de diciembre de 2015 (Rec. núm. 332/2014). Y, si la norma legal que se ampara en los arts. 32 y 38.10 del EBEP exige la negociación de su aplicación, "dicha negociación no supone la ineludible exigencia de llegar a un acuerdo sino la de actuar de buena fe tratando de conseguirlo" [STS de 26 de noviembre de 2013 (Rec. núm. 9/2013)].
Por lo demás, si no se opera la suspensión o modificación de los Pactos/Acuerdos y/o Convenios Colectivos, sino la denuncia de los mismos, en tal caso sí procede la apertura del proceso de negociación para su renovación [SSTSJ de la Comunidad Valenciana (CA) de 10 de diciembre de 2012 (Rec. núm. 928/2010) y 11 de marzo de 2013 (Rec. núm. 1092/2010) y de Galicia (CA) de 10 de julio de 2013 (Rec. núm. 729/2011)].

[57] STSJ de Andalucía de 23 de enero de 2014 (Rec. núm. 1607/2013).

[58] En el mismo sentido, la STS (CA) de 25 de enero de 2012 (Rec. núm. 492/2011) y las SSTS de 14 de noviembre de 2012 (Rec. núm. 241/2011) y 21 de mayo de 2013 (Rec. núm. 55/2012).

su nulidad de pleno derecho[59].

3.5. Facultades

Los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas podrán suspender –esto es, dejar de aplicar- o modificar los Pactos, Acuerdos y Convenios Colectivos. En efecto, aunque los términos empleados por el EBEP (modificar el cumplimiento de los Pactos, Acuerdos y Convenios Colectivos) no sean muy precisos, la expresión modificación se refiere a una alteración de las condiciones de trabajo previstas en los referidos instrumentos negociales[60]. Así, lo vienen a refrendar la Exposición de Motivos (*"También se posibilita, en este caso con carácter excepcional, la suspensión o modificación de los convenios colectivos y acuerdos que afecten al personal laboral, sólo cuando concurra causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas"*) y el encabezamiento de la DA 2ª del Real Decreto-ley 20/2012 *("Suspensiones o modificaciones de convenios colectivos, pactos y acuerdos que afecten al personal funcionario o laboral por alteración sustancial de las circunstancias económicas"*).

De otra parte, la suspensión o modificación de las condiciones establecidas en los Pactos/Acuerdos o Convenios Colectivos, en principio, podrá referirse a cualesquiera materias que, directa o indirectamente, tengan repercusión económica, si bien se hace difícil admitir modificaciones sobre ciertas condiciones de trabajo, diferentes a las relativas al tiempo de trabajo, las retribuciones y las mejoras voluntarias de las prestaciones de la Seguridad[61]. Por lo demás, la suspensión o modificación de las condiciones establecidas en los Pactos/Acuerdos o Convenios Colectivos no admiten, dado lo que conllevan de suspensión de normas, una interpretación amplia, sino estricta y reducida a aquellas materias expresamente contempladas por los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas[62].

En cualquier caso, para que los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas puedan suspender o modificar los Pactos, Acuerdos y Convenios Colectivos, tal medida no

---

[59] STS (CA) de 25 de enero de 2012 (Rec. núm. 492/2011); y SSTSJ de Castilla-La Mancha de 24 de octubre de 2014 (Rec. núm. 483/2014), de Castilla y León de 10 de febrero de 2015 (Rec. núm. 159/2014), de las Islas Canarias de 23 de febrero de 2015 (Rec. núm. 533/2014), 24 de febrero de 2015 (Rec. núm. 341/2014) y 18 de marzo de 2015 (Rec. núm. 653/2014), de Castilla-La Mancha de 20 de marzo de 2015 (Rec. núm. 27/2015) y de las Islas Canarias de 26 de junio de 2015 (Rec. núm. 957/2014).

[60] En cambio, las SSTSJ de Extremadura de 10 de mayo de 2013 (Rec. núm. 125/2013) y de Castilla y León de 15 de mayo de 2013 (Rec. núm. 693/2013) consideran que las únicas opciones que contempla el nuevo art. 32 del EBEP son la suspensión de los convenios colectivos y la modificación de su ejecución, de forma que los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas no quedan habilitados para alterar las condiciones de trabajo previstas en los mismos.

[61] STSJ de Andalucía de 23 de enero de 2014 (Rec. núm. 1607/2013).

[62] Así, por ejemplo, si Consejo de Gobierno de una Universidad acuerda la supresión de la convocatoria de acción social para 2012, y la norma convencional regula los beneficios sociales en el título XIII, mientras que la revisión ginecológica está incluida dentro de la salud laboral, en el título XIV, procede declarar el derecho de las trabajadoras afectadas por el conflicto colectivo a la realización de la revisión ginecológica [STSJ de Madrid de 11 de marzo de 2015 (Rec. núm. 654/2014)].

sólo ha de estar justificada, sino que, además, debe ser necesaria, adecuada y proporcionada[63]. Así lo exigen los arts. 32 y 38.10 del EBEP, al señalar que los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas podrán suspender o modificar el cumplimiento de los convenios colectivos, pactos y acuerdos ya firmados *"en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público"*.

Por consiguiente, hay que constatar la concurrencia de los siguientes requisitos o condiciones, a saber:

a) Si la suspensión o modificación unilateral de los acuerdos es susceptible de conseguir el objetivo propuesto, esto es, asegurar la estabilidad presupuestaria o la corrección del déficit público.

b) Si, además, es necesaria en el sentido que no exista otra medida más moderada para la consecución del propósito antes indicado con igual eficacia. Indudablemente existen otros procedimientos que permiten, en cierto modo, conseguir el equilibrio presupuestario o financiero, como el incremento de los impuestos. Sin embargo, como quiera que éste puede generar nuevos problemas de cara a la recuperación económica del país, no parece que excluya la suspensión o modificación de los acuerdos. Sin embargo, en el apartado de los gastos de las Administraciones Públicas, existen otras partidas de las que se podría prescindir (asesores, gastos de representación, protocolo, viajes, coches oficiales, escoltas, prensa, publicidad, etc.)[64]. Además, hay otras medidas para racionalizar el gasto público. En fin, estas cuestiones pueden ser objeto de valoración en sede judicial, si bien para que proceda este examen valorativo resultará preciso que los demandantes aleguen adecuadamente las bases y elementos clave de su argumentación, dando las pertinentes razones, y acreditando, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes para que se pueda asentar el pronunciamiento judicial pretendido.

c) Y, finalmente, si la medida es ponderada o equilibrada en sentido estricto, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre los derechos en conflicto. De este modo, la suspensión o modificación de los Pactos, Acuerdos y Convenios Colectivos suscritos por las Administraciones Públicas debe limitarse a lo estrictamente necesario y por el tiempo imprescindible para la consecución de los objetivos de estabilidad presupuestaria o financiera y sin menoscabar derechos ya causados o devengados por los empleados públicos[65].

---

[63] Cfr. la SAN de 10 de mayo de 2010 (Proc. núm. 41/2010); y las SSTSJ de Cataluña de 20 de diciembre de 2010 (Rec. núm. 8781/2008) y 28 de marzo de 2011 (Rec. núm. 48/2010), de la Comunidad Valenciana de 8 de abril de 2011 (Proc. núm. 3/2011) y de la Comunidad de Madrid de 30 de mayo de 2011 (Rec. núm. 223/2011) y 21 de julio de 2011 (Rec. núm. 804/2011).

[64] Cfr. las consideraciones que se vierten en la STSJ de Galicia de 2 de mayo de 2013 (Rec. núm. 10/2013).

[65] Cfr. STS (CA) de 24 de junio de 2013 (Rec. núm. 434/20129); y SSTSJ de la Región de Murcia (CA) de 7 de septiembre de 2012 (Rec. núm. 157/2012), de las Islas Canarias (CA) de 26 de junio de 2013 (Rec. núm. 201/2012), de Aragón de 21 de julio de 2014 (Rec. núm. 407/2014), de Madrid de 23 de septiembre de 2014 (Rec. núm. 301/2014), de Castilla y León de 24 de septiembre de 2014 (Rec. núm. 1263/2014), de Aragón de 19 de noviembre de 2014 (Rec. núm. 639/2014), de Asturias de 19 de diciembre de 2014 (Rec. núm. 2640/2014), y

En fin, la prueba de estas exigencias incumbe a las Administraciones Públicas[66].

de las Islas Canarias de 24 de febrero de 2015 (Rec. núm. 341/2014), 18 de marzo de 2015 (Rec. núm. 653/2014) y 26 de junio de 2015 (Rec. núm. 957/2014).

[66] STSJ de las Islas Canarias de 27 de febrero de 2015 (Rec. núm. 719/2014).

3a sessió

15/12/16

Propostes per lluitar contra la corrupció en el sector públic local. La responsabilitat pública (accountability) i els *public compliance officers.*
Joan Josep Queralt, catedràtic de Dret Penal de la Universitat de Barcelona.

La bona governança, el bon govern i la bona administració. L'ètica pública als governs locals.
Juli Ponce Solé, professor titular de Dret Administratiu de la Universitat de Barcelona.

Els codis de conducta i la integritat institucional com a eix central de les futures polítiques públiques locals.
Rafael Jiménez Asensio, catedràtic acreditat de la Universitat Pompeu Fabra i soci d'Estudio Sector Público.

Public compliance y corrupción: Responsabilidad y posibilidades

Prof. Dr. Joan J. Queralt
Catedrático de Derecho penal.
Universitat de Barcelona

1. El public compliance officer..... 1

2. Concepto de corrupción..... 2

a. Ausencia de concepto legal.....2
b. Aproximación conceptual político-criminal a la corrupción.....3
c. notas estructurales.....3

3. Vuelta al public compliance officer..... 5

4. Algunas propuestas de mejora inmediata..... 6

1. El public compliance officer.

Si realizan una búsqueda en Google para encontrar public compliance officer espero y deseo que tengan más suerte que el que les habla. Quizás alguien más entendido tenga más acierto.

Pero ahora que caigo, el public compliance officer no existe. Es una expresión que creamos en el seno del Grupo de Investigación Estrategias preventivas y reactivas contra la corrupción, más concretamente en el que podría ser su hito más importante, es decir, la creación del Máster sobre Prevención, control y reacción ante la corrupción. Public compliance, buen gobierno y buena administración, en colaboración institucional con la Oficina Antifraude de Cataluña, empeño al que de forma entusiasta se adhirió desde el primer momento la Federación Catalana de Municipios.

Dicho de otra forma: según nuestras investigaciones determinamos que, como pilar preventivo de la corrupción en la confluencia público-privada, faltaba, por ambos brazos de la confluencia, la figura del compliancer, tal como existe en otras áreas de las empresas privadas (finanzas, riesgos laborales, indemnidad sexual, medio ambiente…) pero que es inexistente en la esfera pública, sea cual sea la forma que el ente de acción presente.

En efecto, transciende la asesoría jurídica, económica y/o política. Vela el public compliance officer por la integridad del ente en el que se inserta, con carácter de institución independiente. Responsable al cargo simultáneamente de la sensibilización de su organismo en materia de anticorrupción.

Antes de proseguir con esta exposición conviene precisar un aspecto conceptual no menor. Se trata de establecer qué es la corrupción.

2. Concepto de corrupción

a. Ausencia de concepto legal

Llama la atención, en primer lugar que, en Derecho español y en la mayoría de ordenamientos europeos, no existan tipos penales específicos de corrupción. Ello, en principio, no es ni extraño ni inconveniente; la corrupción se manifiesta mediante diversos comportamientos punibles desde el paradigmático cohecho activo y pasivo hasta otros delitos más ocultos, pero no menos insidiosos, como la colusión o el blanqueo de dinero, pasando por la malversación de caudales públicos, el fraude administrativo, el tráfico de influencias, las falsedades o el delito fiscal. Seguramente, crear un capítulo en el Código Penal que haga referencia específica a este tipo de infracciones englobadas bajo la rúbrica de corrupción no mejoraría su combate, pues sería un cambio nominal, no necesariamente sustancial. Resulta harto complejo reducir a un solo tipo penal (una descripción legal de un hecho que merece una pena) el planeamiento urbanístico de una municipio acometido con soborno de los concejales pertinentes. Estaremos ante delitos de prevaricación común y de prevaricación urbanística, de malversación de caudales públicos, de falsedades, de soborno activo y pasivo, cuando menos. Las penas en juego, como demuestra cada vez nuestra praxis judicial ordinaria, suelen ser cada vez más graves en la medida en que se prueban todos los elementos de ese haz delictivo. Resumirlo en un solo hecho típico no resulta imaginable.

Porque lo que ha venido sucediendo, hasta hace una decena de años, ha sido un retraimiento de la represión judicial (no solo la de la jurisdicción penal) de estas conductas. La experiencia de la primera hornada[1] de enjuiciamiento de la de corrupción ha mostrado insuficiencias y dificultades, solo muy deficientemente superadas en la actual. Esta dificultad de la técnica jurídico-penal entreverada con una visión no siempre perfilada debidamente de la corrupción ha tenido como consecuencia o bien el reduccionismo de la corrupción, al menos en su nivel internacional, como veremos, al soborno, o bien la demanda de un delito unitario, más amplio, pero sin concretar la pena y de difusos contornos que no se llegan a concretar.

Esta confusión hasta tiempo reciente ha olvidado las bases de una correcta Política criminal. En efecto, necesaria es una adecuada política criminal cimentada sobre cuatro elementos centrales: correcta definición de los tipos penales, penas adecuadas, ejecución efectiva que robustezca tanto la prevención general como la especial y un sistema procesal que, sin merma de las garantías, no suponga una fuente de impunidad o de algo tan detestable: una fuente de castigos, de hecho, aleatorios.

En efecto, si observamos el panorama internacional, el castigo de la corrupción pública se centra en el soborno; tal es el caso del cohecho internacional (art. 445 CP), introducido en nuestro ordenamiento por la LO 3/2000, consecuencia de la ratificación del Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, firmado el 17-12-1997. En efecto, siguiendo la estela del mencionado Convenio, la Convención de las NN. UU. contra la Corrupción (31-12-2003) no ofrece concepto alguno de corrupción, como, en la esfera estrictamente privada, tampoco lo ofrecen las disposiciones de la UE.

[1] La primera hornada, allá por los años 90, se cerró con severísimas penas. Recuérdese por ejemplo: los casos Roldán (STS 21-12-1999), Urralburu (STS 28-3-2001), Estevill (SSTS 4-7-1996, 30-10-2001, 24-2-2011), sin olvidar la peor corrupción de todas: terrorismo de Estado –con GAL [SSTS 11-7-1997 (caso Amedo y Domínguez), 20-7-2001 (Caso Segundo Marey- en la que se condena, entre otros, al Ministro del Interior, al Secretario de Estado de Seguridad, al Director de la Seguridad del Estado y a varios mandos superiores de la Policía, entre otros) 20-7-2001 (caso Lasa y Zabala).] a la cabeza-. Todo ello sin dejar de mencionar dos de los más relevantes casos de corrupción política: el caso Naseiro (ATS 18-6-1992) financiación irregular del Partido Popular - o el caso FILESA (STS 28-11-1997) –financiación irregular del Partido Socialista Obrero Español -.

En primer término, es incluso mencionada como objeto necesario de sanción en las normas constitutivas la Decisión Marco 2003/568/JAI, con sus antecedentes y todo el acervo comunitario: Convenio de 26-1-1997, relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea y los arts. 29 Tratado de Maastricht (1992, Niza, 2002) o 83 Tratado de Lisboa (2007). Común a toda esta normativa es que no ofrece una definición legal de corrupción. Mayor interés, por su concreción, presenta el Convenio penal sobre la corrupción de 27-1-1999, del Consejo de Europa, cuya ratificación española, efectuada en noviembre de 2009, tras haberlo firmado en 2005, no se ha publicado en España sino el 31-3-2010, es decir, más de diez años después de su aprobación.

b. Aproximación conceptual político-criminal a la corrupción

Llegados a este punto es necesario hacer un alto clarificador, que supere el planteamiento formal centrado exclusivamente en el soborno. No solo desde el punto de vista político institucional, sociológico, sino político-criminal: en la legislación penal tradicional la corrupción es mucho más que el soborno. La corrupción ha de ser entendida como la ***intencionada desnaturalización de las finalidades objeto de las instituciones públicas en beneficio patrimonial o simplemente de poder de un sujeto o grupo de sujetos***. Así, delitos como la malversación adquieren este carácter de corrupción, dado que es apartar fondos públicos a finalidades legalmente establecidas para otras, aunque no hayan de ser necesariamente privadas. Del mismo modo, la configuración jurídico-penal del tráfico de influencias responde a este diseño: un sujeto, funcionario o particular se prevale de su relación con un funcionario para obtener (no es necesario que lo obtenga, basta con la intención exteriorizada) una ventaja. En este sentido, en el informe de la Unión Europea sobre corrupción se describe la corrupción como 'abuso de poder para obtener réditos privados'[2].

c. notas estructurales[3]

Si aceptamos esta premisa político-criminal, que es la que muestra la praxis judicial en los casos enjuiciados hasta la fecha, puede considerarse sistémica. Presenta unas notas inequívocas. Estas notas son la ***habitualidad***, la ***permanencia***, la ***organización***. Con ellas se persigue el ***fin mediato*** indispensable para la perpetuación: la ***impunidad***, como garantía del ejercicio del ***abuso de poder a fin de perpetuarse***.

Así, la corrupción ha de presentarse como un ***comportamiento habitual o tendencialmente habitual***. Los casos que vamos descubriendo y van siendo enjuiciados, demuestran que no se trata de prácticas aisladas, de caídas puntuales en la tentación de quebrar el derecho. Se trata de hechos que tienen o pretenden tener una duración ***larga en el tiempo***.

La permanencia comporta, incluso ya desde el inicial de esta carrera criminal, una cierta ***organización***. Ello implica no solo que las dos partes habituales de los actos corruptos, corruptores y corruptos, sino que, al menos una de ellas, esté nutrida por varios sujetos que van a sacar partito ilícito de su tráfico espurio. La observación de la inmensa mayoría de casos ya juzgados y sentenciados y de los que están en curso de investigación o enjuiciamiento, aportan una amplia nómina de encausados y condenados. Esta concurrencia de una pluralidad de sujetos tiene como

[2] Vid. Comisión Europea, Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo: *Informe sobre la lucha contra la corrupción en la UE*, COM (2014) 38, Bruselas, 3.2.2014, p. 2. Aunque parezca basarse, según se expresa sobre textos normativos internacionales, lo hace a partir de su reinterpretación y moderno desarrollo.

[3] Un resumen de la regulación vigente vid. En mi *Aspectos penales de la corrupción pública*, en *La corrupción es España* (V. Lapuente, coord.), 2016, pp. 118 ss.

consecuencia que alguien haya de asumir la dirección de los hechos, aunque no siempre figure como autor material de los mismos[4], que imparta órdenes e instrucciones, diseñe un plan y atribuya funciones a los diversos integrantes del grupo delictuoso. Por ***organización***, claro está, no se ha de entender una organización cuasi militar, perfectamente encuadrada y con una jerarquía incontestable. Nuestra jurisprudencia avanzó hace ya algún tiempo, lo que hoy es norma legal generalizada: una organización es un grupo de más de dos personas, formal o informalmente estructuradas, pero que en todo caso presentan una distribución de funciones, una mínima dirección y cierta jerarquía. Cuando más grande sea el complejo delictivo, la formalización tenderá a ser más acusada. Sin llegar a la jerarquización de las bandas criminales violentas, las organizaciones corruptas han de organizarse en buena medida, atendiendo que la corrupción público-privada en un sector altamente formalizado y requiere conocimientos especializados no siempre al alcance del común de los sujetos.

A esta organización permanente le sigue, como consecuencia ineludible, y esto es una nota esencial de los crímenes de corrupción, la *institucionalización*. La banda criminal de corte mafioso o meramente violento, procura apartarse lo más posible de las esferas de poder formal, a fin de gozar de la suficiente clandestinidad para asegurar la perpetración de sus fechorías. En cambio, la organización corrupta tiende a la institucionalización y, por tanto, a ser en alguna medida conocida por propios y extraños. De esta suerte, como un parásito, el mecanismo organizado y permanente de la corrupción se instala en determinados organismos.

Abordar pues la investigación criminal sobre la corrupción requiere partir de estos elementos fácticos. Obviamente en algunos países, quizás la mayoría, la metástasis es perfectamente constatable, incluso para un observador no especialmente avisado, lo que genera un sinnúmero de problemas, esencialmente en tres ámbitos: en la seguridad jurídica, en la economía y en la solidez de las instituciones democráticas.

Esta observación nos lleva a las dos finalidades que más arriba apuntaba. En todos los sistemas, dependiendo de su fortaleza institucional, el objeto final que es la derivación impune de espacios de poder a objetivos particulares, contrapuestos a los públicos será más o menos alcanzable. Cuanto más lo sea, más extendida estará la corrupción y más débil será la respuesta, incluso la sincera, para con la corrupción. En cambio, en aquellos estados en los que la corrupción es mínima, lo es porque el sistema se ha encargado de recurrir ya desde niveles inferiores contra la subsistencia de la impunidad. Sin impunidad, es decir, en un sistema jurídico-político en que la respuesta a la corrupción sea un diseño preventivo efectivamente desincentivador, tiene una consecuencia preventivo-general, suficientemente conocida en Derecho penal, que hace que haya de recurrirse la respuesta represiva en muy inferior medida.

En los países con un haz poco desincentivador de la corrupción (ya sea por deficiente diseño, ya sea por desconexión de los solo en la ley existentes organismos de control), lo que es el caso español, habrá de recurrirse a la respuesta represiva judicial-penal. Esta respuesta es por su propia naturaleza tardía y lenta, lo que, aun siendo irrenunciable, la hace poco eficaz[5]. Tanto en una completa

[4] Entre la figura del autor mediato, del inductor y del cooperador necesario, que tienen la misma pena que el autor directo y material, se cubre legítimamente la intervención de lo que podríamos llamar el hombre de atrás, que, dado su poder y jerarquía, prefiere quedar en la sombra y ordenar la acción combinada del resto de intervinientes.

[5] Pese a la ingente cantidad de procesos abiertos por hechos corruptos derivados, esencialmente desde investigaciones iniciadas en 2007, que ya han producido sentencias condenatorias firmes de alto interés, no se escapa a nadie que no se persigue, generalmente, porque se desconoce oficialmente, todos los casos sospechosos. Ello propicia que una suerte de economía de opción criminal que se ha puesto de manifiesto en recientes operaciones penales sobre hechos provenientes de 2011 hasta ahora; tales serían los casos Pokemon, ITV o Púnica.

represión como en su ejecución[6]. Finalmente, en aquellos Estados en los que ni la prevención ni la represión son efectivas, que son la mayoría, la mínima represión de la corrupción suele revestir prácticas de desconexión de opositores políticos, con penas absolutamente desproporcionadas.

Por ello, si se consigue disminuir la impunidad por debajo de los dinteles de la rentabilidad criminal, tendrá como consecuencia que el delito no será rentable ya de entrada y disminuirá muy sensiblemente la criminalidad en este ámbito.

En este contexto, no es de extrañar que el GRECO (Group of States against Corruption) no se muestre en sus informes muy conforme con el comportamiento anticorruptivo español, quejándose, con los circunloquios diplomáticos ad hoc, más que de la existencia de mejor o peor normativa penal y procesal, de la poca eficacia de la persecución. En efecto, la persistencia de la corrupción, como los demás fenómenos delictivos, no se debe necesariamente a la falta de legislación al respecto; se trata de saber si lo que falla es la (inexistencia de) normativa o su falta de aplicación. En este aspecto los informes del GRECO son demoledores.

Lo que supone la corrupción es una perturbación tal del sistema que deja de prestar las funciones –o las presta muy limitadamente- para las que fue diseñado, incluso, cuando fue diseñado para la generación de beneficios particulares, como es el sistema jurídico-económico de los negocios. Visto lo anterior, llama la atención la falta de un concepto de corrupción. De este modo, debe abordarse esta problemática desde una planteamiento político criminal: así, ello resulta obligado si se entiende que la corrupción consiste en la desnaturalización de las finalidades institucionales para atender objetivos particulares de los sujetos, de modo habitual, permanente y mediante una organización más o menos establece y sólida. No se trata, en fin, de la caída individual o puntual, por así decir, en la tentación de una operación o negocio fácil, sino en un modo patológico de ejercer las competencias del sujeto, sean destinadas a la función pública.

3. Vuelta al public compliance officer

Una precisión lingüística. Utilizaré indistintamente public compliance officer o compliancer, barbarismo plástico. En efecto, compliancer pudiera ser traducido, de existir la palabra en inglés, como conformador, término que, como veremos más abajo, es nuclear para establecer sus funciones.

Si no es fácil es definir corrupción, menos lo es establecer las mínimas notas que ha de poseer un compliancer. Tanto por su sobreposición a otras figuras de control ya existentes y como por la imperiosa necesidad de independencia para que pueda efectuar con plena eficacia su labor, no hay que desechar eventuales conflictos de depuración conceptual.

El compliancer debe asumir varios órdenes de funciones. Por la lado, una labor de ***evaluación*** de las conductas desplegadas por los miembros del entre en el que se incorpora desde el punto de vista de la integridad, más allá de si los hechos que contempla, puedan revestir carácter de delito o, cuando menos, de infracción administrativa.

[6] No es infrecuente apreciar la atenuante de dilaciones indebidas, incluso como atenuantes muy cualificada, lo que supone la rebaja de la pena de hasta dos grados. Y en todo caso, para la inmensa mayoría de casos están en juego penas anteriores a la reforma de 2010 muchísimo más benignas lo que, a la postre, puede comportar una mínima efectividad penal. Efectividad que, en parte al menos, no se ve reducida desde el giro iniciado en los último años de no suspender el ingreso en prisión de los condenados a penas privativas de libertad inferiores a dos años. Esta suspensión facultativa, había devenido una práctica consuetudinaria y se daba por descontada. Ahora, incluso para penas inferiores al año, los tribunales han ordenado el ingreso en prisión; así, Caso Pallerols [SAP Barcelona (2ª sección) 21-1-2013] o caso Matas I (STS 15-7-2013)

En segundo lugar, observado el ente en el que se inserta, debe ***diseñar e implementar***, con carácter público para todos los afectados por el ente, es decir, sus miembros y todos aquellos con los que relacione (usuarios, contratantes, …) un ***código de cumplimiento*** en el que se establezca que se puede y que no se debe hacer en materia de integridad. Está claro que es algo que puede ir y debe ir más allá de la mera legalidad.

En tercer lugar, tiene la función de ***denuncia*** cuando una conducta o situación previamente evaluada por él o no, reviste caracteres de contrariedad a la legalidad o a la deontología. Ello comprende también la facultad pública de ***recibir denuncias*** de miembros del ente o de afectados por este, de forma incluso anónima.

En cuarto lugar, el compliancer debe ser el ***velador de la integridad*** del entre ***dotado de independencia real y efectiva***. Por ello, su nombramiento ha de ser público, tras un procedimiento público y meritocrático de selección por un tiempo limitado, sin posibilidad de renovación. ***Responde*** mediante informes públicos, como mínimo anuales, de su quehacer ante el pleno del órgano que le nombró, si se trata de una corporación, y en todo caso, mediante la web de la institución en porción separada y destaca del portal web de la misma.

Sus actuaciones son públicas en cuanto a los hechos que las motivan. Mientras los hechos estén bajo verificación ni el denunciante si lo hubiere, se hará público, ni el sujeto o sujetos verificados. Únicamente en el caso de que haya de adoptarse una medida sancionadora se hará público el nombre del sancionado. La identidad del denunciante sólo se hará pública en caso de procedimiento sancionatorio que trascienda a la institución. El compliancer no intervendrá en ninguna fase del procedimiento sancionador si la hubiera, remitiendo el expediente confeccionado a la autoridad sancionadora pertinente, cuando proceda.

Finalmente, el public compliance officer tiene una función esencial que constituye el núcleo de su función de ser: la ***sensibilización*** y, en su caso, formación, en materia de integridad del personal y afectados del entre en el que se inserte. Es una tarea inmensa que aquí solo puede ser esbozada, pero en términos de dedicación cabe conjeturar que, como mínimo, le llevaría la mitad de su dedicación.

Dejo para el final de este apartado la eventual superposición son otras funciones ya preexistentes en los órganos, fundamentalmente órganos de control interno como son las asesorías jurídicas, recibían el nombre que reciban, y las intervenciones, como garantes de la legalidad del gasto.

Aunque puedan serlo profesionalmente, los compliancer no son ni juristas ni economistas ni hacendistas. Ni informan, ni dictaminar ni ejecutan. Velan por la integridad de su ente de forma independiente, en el sentido ya apuntado. Y es más, en caso de sanción disciplinaria gubernativa o penal, se abstienen de toda actuación, más allá del deber genérico de colaborar y/o de testificar en el procedimiento, dado que ninguna sanción pueden imponer. Sin embargo, su diseño del programa de cumplimiento, que es obligatorio, sí conforma la conducta de los agentes y afectaos que interactúan en su ámbito funcional.

Por último, valga la pena señalar, que aunque se haya hablado siempre en singular, de public compliance officer, en realidad estamos hablando de un grupo de personas, una oficina si se quiere, dimensionada en función de las actividades y tamaño del organismo en el que velan por su integridad.

4. Algunas propuestas de mejora inmediata

Como se ha expuesto, no solo es corrupción añeja, sino que surge una nueva. Lo demuestra la Operación Púnica que operaba con igual sensación de impunidad que antaño. No es de extrañar si

tenía –no es el primer caso– topos policiales que le ponían sobre aviso. El único consuelo es que se trata de corrupción política y no administrativa. Esta es la gran diferencia con otros países asolados por la corrupción, como son Grecia e Italia.

De mala gana, vistos los resultados, los partidos anuncian planes anticorrupción. Si fueran sinceros pasarían por consensos nunca alcanzados. Al contrario, por lo general, se estrellan en indolentes reformas legislativas, pues en la mayoría de los casos que no pasan de la fase de enunciado; o, en caso de llegar al BOE, como la llamada Ley de Transparencia, junto a sus evidentes carencias, presenta unos pretendidos órganos supervisores independientes, que no lo son ni de lejos y/o que han de esperar un desarrollo legal o reglamentariamente que duerme más de un año después de su entrada en vigor, el suelo de los justos.

Se habla de cambiar leyes, en especial las penales; aunque en la reforma en curso del Código penal, nada vaya a modificarse seriamente. De todos modos, entiendo que reformar más las leyes penales, como viene señalado en GRECO en todos sus informes sobre España, no es primordial: las vigentes ya están, en general, bien ajustadas. Otras son las reformas, y no necesariamente legales, que hay que acometer.

En dos palabras: ***fallan los medios y algunos métodos administrativos de trabajar***. Mientras esperamos la gran purga legal que no llega –y sinceramente, veo difícil que en el actual contexto político, surja–, propongo a continuación un decálogo de medidas de choque con su calendario de implantación, siendo deseable implantarlo por amplia mayoría, cuando sea necesaria la intervención parlamentaria.

Ya desde ahora son necesarios cambios radicales y de calado en el entramado político-administrativo que, por un lado prevenga la corrupción y, por otro, haga más efectiva la lucha contra tal lacra. Entre estas medidas, parecen altamente necesarias, entre otras,

- **Independencia real de los controladores**
- **Dación de cuentas de los controladores**
- **Celeridad en los procedimientos de control**
- **Aplicación de medidas cautelares ante informes negativos**
- **Separación gestión técnica/dirección política**
- **Asegurar adecuada financiación a todos los entes administrativos**
- **Cambio radical de la ley electoral: relación directa entre elegido y elector**
- **Cambio radical de la financiación de los partidos políticos**

Sin embargo, la mayoría de ellas, no parece que puedan ser factibles, no ya a corto plazo, sino al medio de un legislatura más o menos íntegramente cumplimentada.

Por ello, a continuación, formulo, tal como vengo proponiendo[7] desde hace un tiempo, una decálogo amplio (son más de diez) de medidas inmediatas, en una plazo de implementación de entre uno y seis meses, recurriendo, en su caso, al Decreto-Ley, la urgente necesidad es palmaria, o a disposiciones meramente administrativas. Todo ello dependiendo únicamente de la voluntad del Gobierno. Es decir, dependiendo, únicamente es necesaria voluntad política.

Así:

[7] Transparencia Internacional ha propuesto a los partidos concurrentes a las elecciones del 20D cuarenta medidas: http://transparencia.org.es/ti-espana-presenta-40-medidas-para-prevenir-y-combatir-la-corrupcion-politica-e-institucional/ (visitado por última vez 1-12-2015), documento en el que me honra junto con algunos de los colaboradores de esta obra, haber podido contribuir.

1º Adscripción permanente y en exclusiva, bajo dependencia orgánica de Jueces, de equipos de inspectores de Hacienda, interventores públicos y agentes policiales especializados. Es insoportable que un análisis contable tarde 10 veces más que el cumplimento en el extranjero de una comisión rogatoria. Se trataría, mientras se convocan las correspondientes ofertas públicas para ampliación de plantillas, de efectuar los concursos internos entre el personal ya existente, para dotar de medios personales (y material) estas unidades orgánicas.

2º Investigación en paralelo a las diligencias penales, tal como establece la ley del patrimonio de los presuntos infractores y beneficiarios, para establecer su responsabilidad civil. La separabilidad de la investigación penal y patrimonial dentro del proceso penal permite tal autonomía en paralelo y no, como sucede en la mayor parte de casos, en postergar la pieza de responsabilidad civil a sede de ejecución. Dada la inevitable duración de los procesos, pese a la previsión del alzamiento de bienes cuando se está incurso en un proceso criminal, la búsqueda de bienes resulta en buena medida infructuosa a la par que costosa. A tal fin cabe comisionar a funcionarios no judiciales con plena autonomía. Las garantías inquebrantables del proceso penal no son las mismas que rigen en los procesos de naturaleza civil; el juego de las presunciones, por ejemplo, es amplísimo. No menor importancia tendría el intercambio de información entre juzgados no penales, especialmente civiles, en donde se han ventilado pleitos de separación y divorcio. Algunos encausados por corrupción se han visto inmersos en rupturas matrimoniales, normalmente por despecho, y ello propicia un conocimiento bastante exacto de los patrimonios; o cuando menos, más exacto que en muchos casos.

3º Tribunal de Cuentas. Cumplir con su propia ley y dar de baja a todo el personal que no sea de carrera, salvo el personal de las secretarías (dos por cargo) del presidente, de su jefe de gabinete, de los 12 consejeros, fiscal y secretario general. Recuérdese que, como tiene dicho el Tribunal Supremo, el Tribunal de Cuentas incumple su ley orgánica contratando personal (llegando a duplicar los así incorporados en la plantilla). Plazo de ejecución, un mes.

4º Ante imputaciones judiciales confirmadas, cese. Topamos aquí con uno de los obstáculos más serios en orden a apartar cautelarmente a los encausados por corrupción de sus cargos, a fin y efecto de que no aseguren su impunidad de mil imaginables maneras. Aquí, este apartamento, nada tiene que ver con la presunción de inocencia (como no tiene que ver con una medida mucho más radical, cuál es la prisión provisional); tal presunción queda intacta. Tiene que ver con algo tan relevante como es la gestión de lo público con plena dedicación. Quien está sometido a proceso se encuentra ínsito en un conflicto de intereses que le resta capacidad para atender el despacho de los asuntos que tiene encomendados. Parece reinar cierto consenso en que abierto el juicio oral el político debe renunciar al cargo. Sin embargo, se considera que con la imputación confirmada por la Audiencia o no recurrida debería producirse el apartamiento dentro del ámbito político, como, en su caso, del funcionarial. Así, se propone que si el imputado es funcionario, de carrera o eventual, se acuerde administrativamente la suspensión cautelar. Por contra, si se es cargo electo, procede la dimisión. Finalmente, si se es particular implicado en la causa, procede la interdicción de relaciones de cualquier tipo con cualquier administración. Para los agentes públicos, acuerdo entre partidos o, en su defecto, decreto-ley; decreto-ley para los funcionarios modificando el Estatuto de la Función pública. En fin, para los privados, reforma de las leyes de contratación pública por decreto-ley.

5º Revocación inmediata de la Consulta de 28-4-2014 de la Dirección General de Tributos, que permite a los partidos políticos, en una más que peculiar interpretación de su ley de financiación, que tengan condición de legales las donaciones ilegales de los particulares. Se dictó en una consulta vinculante formulada por un partido político, y los informes de la AEAT en el caso Gürtel han hecho uso profuso de la misma, evitando así, en su opinión, la generación de delito fiscal por donaciones ilegales a los partidos políticos. En consecuencia, derogando esa peculiarísima interpretación (desde

luego, no vinculante para ningún juez) de la propia Hacienda Pública, habrá que levantar de actas de comprobación de los últimos 4 ejercicios a todos los partidos políticos y sindicatos; así, sus bases tributarias estarán conformadas exclusivamente con medios legales y no con interpretaciones privilegiadas. Entrada en vigor: inmediata, pues podría procederse, en primer término, a la suspensión de dicha norma, si se estima que ha de someterse su revisión a un proceso administrativo más complejo.

6º Asesores: cargos de confianza que trufan la administración; unos seguramente necesarios, la mayoría, no; son personal partidario que pagan las administraciones en lugar de sus propios partidos. Sus contratos y nombramientos han de ser cancelados. Implementación, al ser personal de confianza, inmediata. Salvo el personal de estricta confianza personal por su contacto permanente con el alto cargo, los asesores pueden ser funcionarios profesionales. En ningún caso es necesario ni oportuno contratar personal ajeno a la administración que aporta tareas de dudosa utilidad pública. Es más, en la inmensa mayoría de casos son militantes de los partidos gubernamentales que ven retribuida su función partidaria (ajena materialmente a la administración) con un salario público. Es un caso flagrante de corrupción destinar recursos del erario público a pagar a estos asesores (sea cual sea su nombre) ya sea para retribuir funciones pasadas o futuras o el control partidario sobre la propia administración. No cabría el subterfugio de efectuar contratos de servicios permanentes o externalizaciones a servicios formalmente de consultoría para eludir esta prohibición, por lo que estos contratos deberían resultar estrechamente fiscalizados. Pueden surgir aspectos puntuales (la elaboración de un proyecto de ley, por ejemplo) pero tales contrataciones deberían ser ampliamente publicitadas. Si se recurre a personal ajeno de los servicios públicos para realizar una tarea concreta ha de efectuarse una contracción oficial y no otorgamiento directo del encargo al amigo o al conmilitón.

7º Ante la existencia de informe no favorable o negativo de interventores (en general) o de secretarios y depositarios municipales, el expediente administrativo en cuestión ha de ser paralizado o rectificado hasta que resulte conforme; su aprobación ha de realizarla el pleno de la corporación, mencionado en un aviso previo que ha sido objeto de esa revisión. Implementación por decreto-ley, un mes. Esta es una cuestión de la más alta significación. Si analizamos las sentencias que recaen en matrería relativa a la corrupción, especialmente, lo que tiene que ver con la contratación de obras o servicios como de personal, se observan dos grandes grupos. Por un lado, se presentan aquellos casos en que los expedientes administrativos aportados a la causa, de existir, son de una pobreza absoluta, apenas una resolución de incoación y algún soporte que funja como instrumento que pueda servir como orden de pago. La actuación administrativa se ha regido al margen de todo procedimiento. En otros, el procedimiento aparentemente se cumple en mayor o menor medida (incluso, físicamente, el expediente gubernativo puede ser abultado); sin embargo, faltan los dictámenes de control o los que existen son negativos. Ciertamente la voluntad de un funcionario de control, no respaldado por el voto popular, no puede oponer, en principio, a la voluntad de los electos, pero la de estos no puede oponerse a la ley. En tales casos de conflicto deberá arbitrarse una fórmula legal que de publicidad al conflicto, paralizando momentáneamente el procedimiento, hasta que una instancia administrativa ad hoc, con publicidad, lo resuelva, bajo su propia responsabilidad. De esta suerte o se volvería al primer grupo de casos, en los que los delitos son flagrantes y fáciles de probar o se impediría mediante la publicidad que los informes de los órganos profesionales de control fueran orillados sin más.

8º Publicación en las webs de todos los organismos públicos de las declaraciones de renta de sus directivos de los últimos 4 años, así como la intervención en la actividad que hayan tenido previamente al ingreso en la función pública el cónyuge, pareja y familiares hasta el 4º grado. Implementación por decreto-ley, dos meses. Parece una medida elemental: el pasado y la actualidad

económica y profesional de todos aquellos que dirigen las administraciones públicas y los organismos autónomos y empresas también públicas es obligado. Así se evitan las puertas giratorias primarias; nos ocupamos mucho de las de salida –con magros éxitos- pero poco de las entradas. Una serie de organismos técnicos se nutren de empleados provenientes del sector público con lo cual el sometimiento de lo público a lo privado es ya inicial: no se trata de una posible retribución por eventuales servicios prestados, sino una injerencia en el diseño de lo público favorable a lo privado. Debería extender esta información de obligado cumplimiento durante los dos años siguientes a la salida del sector público. O lo que es lo mismo, se debería mantener en la web no solo a los directivos actuales, sino a los ya cesados, sea cual sea su destino, durante esos dos años con actualización a tiempo real. Además, todo esto de nada serviría si no se incluyera en las webs la posición del cónyuge, pareja, actuales o anteriores, al menos durante dos años, así como familiares hasta 4º grado. Es una forma de advertir ante la endogamia y la exclusión del nepotismo.

9º Publicación en la web corporativa de cada empresa concesionaria de las Administraciones públicas de todos los contratos celebrados en los últimos 4 años con cualquier administración, sea cual sea su finalidad y coste, con mención tanto de las de las empresas subsidiarias y vinculadas como de las uniones temporales de empresas (UTE) y joint ventures. Las leyes de contratación pública entre las administraciones y las empresas privadas son formalmente estrictas, pero en la práctica, como demuestra la previsión de una declaración jurada que ha de emitir el contratista de no estar incurso en incompatibilidad o en alguna prohibición de contratación. Ello sin hablar de las donaciones prohibidas por parte de los contratistas a los partidos políticas y a sus entidades vinculadas, que, como demuestra la práctica, distan de haber dejado de existir. De nuevo, la publicación actualizada en las webs corporativas de los contratistas de los contratos y todo tipo de colaboración con el sector público debe ser norma ineludible. Exactamente igual que deben comunicarse a los mercados determinados hechos, la contratación con los poderes oficiales, su inicio, incidencias, finalización e importe (y estado del abono del mismo) requiere plena información a la ciudadanía.

10 Habilitaciones y trasferencias de créditos necesarias para estas reformas: tramitación de las leyes pertinentes por procedimiento de urgencia. Plazo máximo, un mes. No es un plan especialmente costoso, y puede ser acometido en los breves y estrictos plazos propuestos. Es, ante todo, una cuestión de voluntad política de auténtica regeneración democrática. Los pocos miles de euros que puedan importar estas medidas, cabe extraerlas de alguna que otra partida ineficiente social y económicamente. En todo caso, los frutos (desde la directa recuperación de lo sustraído a las arcas públicas) como la evitación del expolio de la corrupción que se cifra entre el 4 y el 8% de PIB bien merecen este esfuerzo.

11º. Derogación de la actual regulación de la malversación y recuperación de las figuras previas a la LO 1/2015. La realidad jurídico penal ha sido lacerada por la LO 1/2015, de reforma del Código penal. Aquí la medida que se propone es bien sencilla: recuperar la regulación derogada de la malversación. Ello supondrá que el periodo en que la normativa vigente ha estado en vigor, con su correspondiente impunidad, se mantendrá permanentemente, pues las leyes, la nueva recuperación del delito de malversación en sus propios términos, no cabe ser aplicado retroactivamente. Permitiría, sin embargo, reducir al mínimo el inmenso roto que la, de facto, derogada malversación ha supuesto en la lucha anticorrupción.

Es altamente improbable lo que propongo. No por falta de base jurídica, sino porque en este final de régimen, no es esperable de nuestros dirigentes un comportamiento tan valiente y decidido. En fin, si se indemniza a la plataforma Cástor por decreto-ley (sin verificar si se habían producido los hechos habilitantes fe acuerdo al decreto de concesión), nada de más urgente necesidad que reaccionar a la emergencia de la plaga de la corrupción.

La bona governança, el bon govern i la bona administració. L'ètica pública als governs locals[1]

Dr. Juli Ponce Solé

Acreditat per a Catedràtic. Director de l´Institut de Recerca de la Universitat de Barcelona, TransJus. Professor Titular de Dret Administratiu a la Universitat de Barcelona[2].

1. CANVIS EN LA GESTIÓ PÚBLICA, DRET A UNA BONA ADMINISTRACIÓ I INTEGRITAT: EL SEU IMPACTE EN ELS CODIS DE CONDUCTA

a) Un entorn canviant: com ajudar als alts càrrecs i als empleats públics a afrontar les tensions creixents

Els codis ètics i de conducta han adquirit des de fa anys rellevància en l´àmbit de la gestió pública, també local. Les raons que poden explicar aquesta importància tenen a veure, en el nostre parer, amb la complexitat de la gestió pública en el Segle XXI i en la seva utilitat com a eina per ajudar als servidors públics a desplegar una gestió *integra* (Cerrillo, 2014, p. 58)[3] i de *qualitat*, pel benestar i la felicitat (recuperant el terme, propi de la Il·lustració recollit a la declaració d´independència dels EUA o a la Constitució de Cadis) de les persones[4]

Els canvis produïts en les darreres dècades en la gestió pública i el Dret que la limita i guia (Ponce, Moltó, Capdeferro, 2012, pp. 195 i ss) estan augmentant els espais discrecionals en les decisions i portant creixentment als decisors públics a contactar i interactuar amb persones del tercer sector i del sector privat, en el marc del paradigma de la governança i de la col·laboració públic-privat, pel que la possibilitat de conflictes

[1] Aquest anàlisi es basa en l´article "Codis ètics i de conducta. un factor clau en la cultura d´integritat dels ens locals" inclòs en el llibre col·lectiu *Bon govern, transparència i integritat institucional al govern local*, publicat per la Diputació de Barcelona al 2015, amb primeres pàgines consultables a: https://www1.diba.cat/llibreria/pdf/fullejar/55282_fullejar.pdf

[2] jponce@ub.edu ; http://www.ub.edu/instituttransjus/

[3] Aquest autor defineix la integritat com "la coherencia de la actuación de los cargos y empleados públicos con los valores principios y normas que la guían, que evitan los conflictos de intereses y el abuso de la posición que ocupan para la obtención de beneficios propios. (...). La integridad y la corrupción son las dos caras de la misma moneda".

[4] Encara avui en dia, els textos legals més moderns, hereus d´aquesta tradició il·lustrada, continuen insistint en aquest punt, amb terminologia que ha evolucionat, però, dos segles després. En el nostre àmbit, la Constitució espanyola parla en el seu article 10.1 de "La dignitat de la persona, els drets inviolables que li són inherents, el lliure desenvolupament de la personalitat, el respecte a la llei i als drets dels demés como a fonament de l´ordre polític i la pau social". I el Preàmbul del vigent Estatut català assenyala com "El poble català continua proclamant avui com a valors superiors de la seva vida col·lectiva la llibertat, la justícia i la igualtat, i manifesta la seva voluntat d'avançar per una via de progrés que asseguri una qualitat de vida digna per a tots els que viuen i treballen a Catalunya".

d'interessos, element de risc de corrupció, també s´incrementa (OCDE, 1998, p. 23 i ss)[5].

L'exercici dels creixents espais discrecionals de forma adequada en el desenvolupament de polítiques públiques – és a dir, respectant les obligacions de bona administració i seguint els valors i principis jurídics que formen el mínim ètic irrenunciable plasmat a l´ordenament jurídic vigent - esdevé complicat pels decisors públics, també locals

Com es pot ajudar a aquests decisors públics a fer front a un entorn canviat i complex? La literatura internacional, com veurem, respon que mitjançant una sèrie de mesures que els orientin la seva presa de decisions de manera ètica i conforme a les obligacions jurídiques de bona administració.

2. CRISI, RETALLADES EN L'ÀMBIT LOCAL I ÈTICA.

No sembla necessari aportar dades empíriques sobre la profunditat i l'abast de la crisi econòmica a casa nostra. Aquestes dates existeixen i són fàcilment localitzables (per exemple, Ponce, 2014, pp. 22 i 23). La crisi econòmica, l'atur associat i les retallades socials en marxa provoquen alts nivells de patiment en les persones, com els especialistes en psicologia assenyalen i els suïcidis motivats pels desnonaments han posat cruament en relleu[6]. Alhora, determinats col·lectius pateixen especialment, com és el cas, per exemple, dels infants (UNICEF, 2013).

Aquest sofriment, s'assenyala, estaria causat, d´un cantó, per la defectuosa gestió pública, és a dir, per un mal govern en els anys *gloriosos* de creixement econòmic[7]. D´altra banda, també pel funcionament destructiu de les forces del mercat, que en l'àmbit bancari ens han costat ja el 12% del PIB en rescats, al voltant de 126.000 milions d'euros (sense incloure, els més de 39.000 milions d'euros sol·licitats per Espanya a la Comissió Europea en el mateix concepte). El rescat bancari, doncs, estaria costant als ciutadans, en el moment de fer tal avaluació, 25 vegades més que les inversions reals de l'Estat o unes 42 vegades més que el pressupost del Ministeri de Sanitat per 2013 (d'acord amb dades manejades pel professor Bellod Redondo, 2013). I finalment, també s´explica la profunda crisi existent per la manera com les retallades s´han desenvolupat durant els darrers anys (Ponce, 2014).

---

[5] Entre aquests canvis als que fem al·lusió es troben, per exemple, les exigències creixents de qualitat en la prestació dels serveis públics i les politiques públiques, increment de la col·laboració públic-privada, les tendències privatitzadores i lliberalitzadores, el moviment cap a la desregulació i la autoregulació en alguns àmbits - acompanyat en altres, però, d´una regulació abundosa - o l´ existència de menys recursos públics a disposició dels decisors públics per a desenvolupar les funcions públiques.

[6] En relació al augment i aprofundiment de les malalties mentals com a conseqüència de la crisi, per tots, vegeu aquest document de l´ *Asociación Española de Neuropsiquiatria* (www.aen.es/) i la *Federación de Asociaciones para la Defensa de la Sanidad Pública* (www.fadsp.org) de novembre de 2011: http://www.smhstar.org/archivos/111116_Crisis_economica_y_salud.pdf

[7] Tot i que cal recordar que el dèficit públic abans d´esclatar la crisi era inexistent. Com assenyala, per exemple, el professor Vicenç Navarro "Cuando la crisis empezó en España, el Estado español no tenía déficit. Antes al contrario, tenía un superávit, mayor, por cierto, que el que tenía el Estado alemán. En 2007, el superávit del Estado español era equivalente a 1,9% del PIB, más de seis veces superior al alemán, 0,3% del PIB. Y un tanto parecido ocurría con la deuda pública, que representaba en España un 27% del PIB, casi la mitad de la deuda pública alemana, 50% del PIB". Vegeu http://www.vnavarro.org/?p=7178

Tot aquest patiment social trobaria una de les seves causes en una mena de deliri col·lectiu en els anys de creixement anteriors, deliris tant privats, amb l'especulació immobiliària, per exemple, i públics, com els que ha descrit magistralment l´escriptor Muñoz Molina en la seva novel·la *Todo lo que era sólido*. Deliris privats i públics basats, en darrer terme en la cobdícia i l´avaricia i en l'afany de poder, vinculats a l´ego, que arriben a traspassar la frontera amb la malaltia mental i la psicopatia, que impregna a tota la societat quan el model o metàfora del *homo economicus* han deixat de ser considerats, a la pràctica social, com a pecats o verins, com ho eren en les societats de tradició cristiana, per exemple (Zamagni, 2013)[8], per passar a ser una descripció "científica" (molt discutible i discutida) de la naturalesa humana des de l'economia[9] i, finalment, i *de facto*, a ser un prescriptor de com hauríem de ser les persones (vegis les opinions mèdiques que s´utilitzen per a descriure la connexió entre la cobdícia i l´ego desmesurat i l´existència de malaltia mental a Pigem, 2013) i les societats mercantils (de psicòpates es qualifica a les empreses societàries modernes a BAKAL, 2009).

En tot cas, la crisi ha posat en relleu fallades institucionals rellevants, que en res ens ajudaria amagar o obviar, i ha fet baixar, encara més, la confiança ciutadana en les institucions públiques (Jiménez, 2011), històricament ja baixa en comparació amb altres països amb diferents tradicions polítiques i socials i, fins i tot, religioses (Arruñada, 2010).

Ara bé, convé aclarir que la mala gestió pública, és a dir, la *mala administració* (sobre aquest concepte típic en dret britànic d´on ha passat a la Unió Europea, Grenwood i Wilson, 1989, p. 313) i la corrupció no són el mateix. Sempre que hi ha la segona, existeix la primera, però no és certa l´afirmació inversa. La corrupció pública implica una mala administració o un mal govern *dolosos* en l´exercici de poders públics, que no cerquen l´interès general, sinó el benefici d´una persona física o jurídica (Ponce, 2012).

Front dels que diuen que la corrupció a casa nostra és puntual i exagerada pels mitjans, trobem d´altres que afirmen que està estesa de forma sistèmica. Aquest debat és impossible de superar en base a pures opinions subjectives, pel que ens hem de congratular que des de postulats científics i empírics comenci a quantificar-se empíricament aquest fenomen. Això ens ha permès saber, gràcies a un estudi publicat que la corrupció pública entre càrrecs electes o de confiança política és molt més elevada que entre empleats públics funcionaris de carrera o interins (VIlloria i Jiménez, 2012)[10].

[8] Qui assenyala com en l´actualitat, "es evidente que la avidez y la codicia hoy se han convertido en los bienes patrimoniales más tóxicos de la finanza mundial".

[9] La *behavioural economics* com a branca dins l´Economia està descobrint, finalment, que les persones ni decidim amb racionalitat perfecte ni som maximitzadors d´interessos egoistes sempre i en tot cas. D´aqui es deriven interessants conseqüències, sobre les que no podem extendre´ns, en relació amb la intervenció pública a la societat.
Vegeu, per exemple, Andrés (2012)

[10] Aquest estudi, mitjançant l'ús de dades objectives basades en les memòries de la Fiscalia General de l'Estat entre 2004 i 2009.. D'acord amb els seus càlculs, resulta que "la taxa de criminalitat del funcionariat espanyol en aquests últims sis anys, segons aquestes dades, sobre la base d'un empleat públic per condemna, seria gairebé inexistent, un 0,014 per cent de corruptes condemnats, amb prou feines un entre 10 000 si consideréssim que totes les causes són imputables a empleats públics, la qual cosa és impossible coneixent les dades sobre polítics imputats"

D´igual manera, un altre estudi recentment publicat ens ha permès començar a quantificar el cost econòmic de la corrupció, xifrat en molts milions d´euros anuals (Leon, Araña i De Leon, 2013), tot tenint present que aquest no és l´únic efecte de la mateixa, que degrada el desenvolupament social i ambiental i posa en risc l´Estat de Dret social i democràtic (Lapuente, 2011). Seria interessant intentar quantificar la mala administració negligent i la corrupció i posar-la en connexió amb les retallades de drets socials efectuades a casa nostra[11].

El que hem exposat ens porta a plantejar al menys dues qüestions. La primera és si es pot parlar de que entre les causes de la crisis actual es troba la manca d'ètica (privada i pública) i si l´ètica podria haver influït en la manera com s'ha desenvolupat la crisi i pot ajudar a prevenir-ne de futures. La resposta sembla ser positiva: estem davant d´una crisi amb components de manca d´integritat i recuperar aquesta incentivant l´ètica podria haver-la feta diferent i ajudar a prevenir d´altres futures, "pero no la ética en abstracto, sino la ética incorporada en los objetivos, estructuras y culturas de las organizaciones" (Argandoña, 2010, p. 9, referint-se al sector privat financer, però amb igual aplicació, en la nostra opinió, al públic).

La segona qüestió seria si és *rentable* pel sector públic invertir esforços en l´ètica. La resposta és igualment positiva: ho és en termes purament econòmics (ja ho hem dit abans) i ho és també en termes *intangibles* però no menys importants (Diego, 2009, p. 14), donat que la tan desitjada confiança ciutadana en les institucions "no se logra sólo multiplicando los controles, sino reforzando los hábitos y las convicciones. Esta tarea es la que compete a una ética de la administración pública" (Cortina, 1998, 160). Ètica que ha d´incloure, en contexts de crisi, també la gestió de les retallades socials, evitant disimular l´impacte de les mateixes, el que fa perdre la legitimitat pels canvis necessaris (Pollit, 2010, p.24).

3. BONA GOVERNANÇA, BON GOVERN I DRET A UNA BONA ADMINISTRACIÓ: UN CANVI DE PARADIGMA RESPECTE A LA DISCRECIONALITAT ADMINISTRATIVA

Com és sabut, la discrecionalitat consisteix en una ponderació dels fets, interessos i normes rellevants en cada cas i en l'elecció que es deriva de la mateixa, elecció que és realitzada sobre la base d'un criteri, el qual no està prefixat la major part de les vegades en l'ordenament, de naturalesa extrajurídica. L'aplicació d'aquest criteri metajurídic en la ponderació d'interessos és el que condueix a un judici valoratiu que porta a l'elecció final, en la qual predominarà l'interès primari, els secundaris o bé es produirà una

[11] L´impacte de la corrupció (i de la mala administració negligent) en l´estat social ve donat pel cost que suposa i que impacte en les disponibilitats pressupostàries existents per a fer efectius els drets socials i econòmics, com l'ensenyament, la sanitat o l'allotjament assequible. En aquest sentit és molt clara, per exemple, la sentència del Tribunal Constitucional del Perú exp. 2016-2004-AA/TC.En la mateixa es va conèixer de la demanda d'un pacient relativa a la provisió de medicaments necessaris per al tractament de la SIDA. El Tribunal Constitucional peruà estima la demanda, obligant a l'Administració a proveir el tractament necessari, establint interessants afirmacions sobre la relació entre pressupostos públics i drets, en el sentit d´estar els primers al servei dels segons, i no a la inversa. Com assenyala la sentència:

"La realidad política de los últimos años *ha revelado cómo la corrupción en el uso de los recursos públicos afectó la atención de derechos como la educación, salud y vivienda*. Por ello, el principio de progresividad en el gasto a que hace alusión la Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución, no puede ser entendido con carácter indeterminado y, de este modo, servir de alegato frecuente ante la inacción del Estado..."

composició entre els diversos interessos (en aquest sentit, per exemple, Giannini, 1993, 182, Craig, 1994, 384, Bell, 1992)

Avui en dia ja hi ha un estes consens científic i jurisprudencial en afirmar *que ni les alternatives existents ni la tria que s'efectuï (i com s'efectuï) són indiferents jurídicament ni l'únic límit administratiu és l'arbitrarietat (art. 9.3 CE). El dret a una bona administració, al l'imposar obligacions jurídiques en el nucli de l'exercici de la discrecionalitat actua com límit més enllà de la mera arbitrarietat i, a més, és guia per als gestors públics en la presa de decisions,* com veurem de seguida (per tots, Schdmit-Assmann, 2003, p. 221[12]).

L´exercici de la discrecionalitat pot suscitar dilemes ètics al decisor. En aquest context, comptar amb una guia de navegació en la forma de valors i principis, *un sistema GPS de valors, principis, obligacions i ajuda per a complir-le*s (Pigem, 2011), pot ajudar al decisor públic a no perdre el nord de la seva funció de servei als interessos generals.

Però per avançar amb aquest *GPS* cal entendre la cabdal importància del dret dels ciutadans a una bona administració i de les correlatives *obligacions jurídiques* administratives. S´ha dit que el segle XXI ha de ser el de la bona administració (Cassese, 2009). El segle en que, finalment, qui exerceix el poder interioritzarà que l´existència de discrecionalitat político-administrativa no és una carta blanca pels càrrecs electes i els gestors públics per fer no importa què de qualsevol manera, sinó que ha de ser una oportunitat per desenvolupar una gestió de qualitat amb l´ajuda, també, del Dret[13].

El dret de tots a la bona administració és incorporada a l´art. 41 de la Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea de 2000, com és sabut, i ve recollida a Catalunya en l´art. 30 de l´EAC i en l´art. 22 de la llei 26/2010 i a la llei 19/2014, de transparència, accés a la informació i bon govern. D´altra banda, tant la jurisprudència de la Unió Europea, del TEDH, la de diversos països de la UE, així com la del Tribunal Suprem espanyol i dels TSJ de les CCAA han aplicat ja moltes vegades al Dret a una bona administració en conflictes concrets, qualificant-lo de dret consubstancial a les tradicions constitucionals comunes dels Estats de l' UE (Ponce, 2012).

El bon govern i la bona administració necessiten, com es dirà de seguida, de concreció i desenvolupament tècnic i de poder-los mesurar, si no volem que restin en abstraccions poètiques gens operatives. Com ha estat assenyalat (Lapuente, 2010), la qualitat de

---

[12] Qui assenyala:
"Discrecionalidad no significa "libertad de elección". La Administración no elige libremente una opción determinada, ya que como poder en todo momento dirigido por el Derecho, debe orientarse según los parámetros establecidos en la ley y en su mandato de actuación, ponderándolos autónomamente en el marco de la habilitación actuada (…). Por consiguiente, la discrecionalidad encierra un mandato de actuación a la administración enderezado a la consecución de racionalidad y estructurado a través e una serie de variados parámetros. Para que este mandato sea ejercido "correctamente" no se requiere sólo que la Administración no incurra en vicios jurídicos, pues la "corrección" de la actividad administrativa exige, además, que se cuiden los recursos disponibles y se propicie su aceptación por parte de sus destinatarios". Paràmetres jurídics d´orientació en positiu de la discrecionalitat (com les oferides pels principis de proporcionalitat i altres) que són: *"orientaciones normativas de la acción administrativa" que van más allá de la mera legalidad y aspiran a la justicia"*

[13] Com assenyala, per exemple la sentència del Tribunal Suprem de 26 de febrer de 1990, destacant com el dret modern pretén no únicament a la defensa del ciutadà front ingerències públiques indegudes, sinó "aconseguir una Administració pública prestadora eficaç de serveis públics".

govern és un concepte sòlid des del punt de vista empíric, donat que els índex existents de mesura de la corrupció, qualitat burocràtica i eficàcia governamental ho permeten fer i a més mostren notables correlacions entre aquestes tres variables (Lapuente, 2010).

En qualsevol cas, el repte de la moderna gestió pública consisteix a trobar instruments que coadjuvin a l'assoliment d'aquesta gestió de qualitat complint aquesta obligació jurídica de bona administració (Ponce, 2013). Entre ells, *el disseny d´un marc d´integritat local en el que els codis ètics o de conducta representin el seu limitat però important paper*, com veurem tot seguit. El dret a una bona administració té una gran transcendència pel tema que ens ocupa, donat que tal i com ha destacat l´informe de la Comissió d´Experts sobre l´Estatut Bàsic de l´Empleat Públic de 2005, els codis d´etica i de conducta poden:

"...garantizar un mejor servicio a los ciudadanos y representar un factor adicional de competitividad, clave en toda sociedad moderna. Dichos códigos subyacen también a la idea de "buena administración" entendida como un derecho más de los ciudadanos en garantía e sus intereses legítimos en sus relaciones con las Administraciones Públicas"

En aquest sentit, *cal tenir en compte que pot sorprendre constatar que una part no menyspreable de les irregularitats que cometen els empleats públics és resultat de la ignorància i no de la mala fe*, com posa en relleu l´informe britànic Nolan a partir d´enquestes efectuades en el servei públic de salut britànic (Villoria, 2002, p. 177). Els codis, com veurem tot seguit, poden ajudar en aquest sentit.

4. COMPLEXITAT I CANVI : ORIENTACIÓ I GUIA DELS DECISORS PÚBLICS

a) Les quatre E: eficàcia eficiència, economia i ètica

En aquest context, les tres "E" (eficàcia, eficiència i economia, previstes, per cert, en la Constitució espanyola, com a principis generals del Dret, arts. 31.2 i 103 CE) han de completar-se amb una quarta "E" (també implícita al nostre ordenament, en el seus valors i principis), la de la ètica, *que és un prerequisit de la bona administració*, encara que no l´esgota, donat que aquesta comporta també concretes obligacions jurídiques, com hem ja dit. La existència de creixent discrecionalitat i les evolucions descrites en el comportament administratiu fan que molts països concedeixin una importància creixent a la quarta "E" (OCDE, 1998).

b) Infraestructura ètica, marcs d´integritat i orientació dels alts càrrec i empleats públics

En aquesta direcció d´ajudar i guiar als decisors públics a escollir les millors alternatives possibles de manera ètica, es parla de l´existència d´una *infraestructura ètica* (així, OCDE, 1998 i Villoria, 2002, p. 153 i ss). Aquesta infraestructura ètica, que ha de facilitar la bona administració, estaria composada per un conjunt d´elements, entre els que s´acostuma a esmentar diversos *elements de control* (com ara un adient marc legal, que permeti prevenir i castigar la mala administració contrària a la integritat, mecanismes eficaços de responsabilitat i control – tant interns com externs, tant judicials com no judicials-, i el compromís i la vigilància ciutadana), diversos *elements d´orientació* (com ara un sòlid lideratge polític, *uns codis de comportament* que expressin valors, principis i estàndards de conducta i unes activitats de millora professional, com són l´educació i la formació) i uns *elements de gestió* (concretats en unes polítiques de recursos humans adients i unes condicions dels empleats públics que els permetin la bona administració ètica i uns dissenys específics organitzatius que permeti la coordinació eficaç de la totalitat de la infraestructura ètica).

A més, aquesta infraestructura ètica de l´Administració pública es desenvolupa en un *marc d´integritat nacional*, és a dir, un conjunt d´institucions de qualitat que permeten l´assoliment del bon govern i la bona administració i la integritat. Així, es parla de Sistema Nacional d´Integritat per a fer referència al conjunt d´institucions, lleis i pràctiques públiques i privades que, si funcionen bé, faciliten la bona administració ètica i redueixen els nivell de mala administració negligent i de corrupció (Transparency Internatonal España, 2012)

c) Marcs d´integritat local i codis d´ètica i de conducta

De la mateixa manera que es parla d´un marc d´integritat nacional, es pot parlar d´un *marc d´abast més limitat* d´integritat *local*. I, com ja ens consta, formant part de la infraestructura ètica dins el marc d´integritat (sigui nacional o local), es troben els codis d´ètica, o de conducta, o de bona administració, terminologia que varia i no sempre és prou aclaridora del contingut concret dels mateixos. Com s´ha posat en relleu, els codis d´ètica han estat tradicionalment vistos com a declaracions generals de valors i principis essencials que defineixen el paper professionals dels empleats públics, però parant poca atenció a com aquests valors i principis s´apliquen en circumstàncies específiques. Per

contra, els codis de conducta normalment estableixen específics estàndards de conducta que són d´esperar en un ventall de diverses circumstàncies de la realitat, representant el que una organització pública prefereix o requereix en relació a interpretació d´aquests principis i valors (Whitton, 2001: amb el temps, els exemples internacionals ensenyen com en els Codis d´ètica s´han acabat per barreixar les dues perspectives referides. En l´opinió de l´autor citat, la seva experiència pràctica li porta a afirmar que els codis d´ètica "purs" tenen poca operativitat).

5. ELS CODIS D'ÈTICA I DE CONDUCTA AVUI

a) La situació internacional

Tenim ja nombrosos exemples de codis ètics i de conducta a l´àmbit internacional, també a l´esfera local (sobre el cas anglès, per exemple, Curtó, 2011, pp. 53 i ss). Ara bé, si bé els codis existents poden ser útils per observar com s'afronten problemes similars i conèixer, si existeixen, les avaluacions sobre la seva efectivitat, cal evitar *transplantaments* automàtics de codis pensats per cultures polític-administratives distintes de les nostres. Si bé poden ser llavors que, correctament adaptades a les nostres terres (en un procés conegut com a *cross-fertilization*), poden donar fruits autòctons d´interès, per a continuar amb la metàfora agrícola (Foster, 2008).

Així, entre d´altres, cal considerar el codi del Consell d´Europa, contingut en la Recomanació CM/REC (2007) 7 del Comitè de Ministres als Estats Membres sobre bona administració[14], així com el codi de bona conducta de la UE aprovat pel Parlament de la UE al 2001 com a desenvolupament de l´art. 41 de la CDFUE esmentada (Ponce, 2005). El mateix Consell d´Europa és autor d´un model de codi de conducta per a empleats públics, inclòs com annexa en la seva recomanació R(2000) 10, adoptada pel Comitè de Ministres, al maig de 2000[15].

Pel que fa al nostre entorn, cal tenir en compte diversos codis de diferents països, com ara els EEUU[16], Anglaterra[17] o Itàlia[18]. D´altra banda, l´OCDE ha estudiat diversos codis ètics dels seus membres[19]. Pel que fa a l´àmbit local, en relació als electes, el Congrés d´Autoritats Locals i Regionals del Consell d´Europa ha aprovat el Codi

---

[14] Efectivament, l'apèndix de la mateixa conté un Codi de Bona Administració amb 23 articles, dividits en tres parts: principis de bona administració, aspectes procedimentales i recursos. Vegeu el text a : http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/steering_committees/cdcj/Documents/2007/CM%20Recommendation%20SPANISH%20on%20good%20administration.pdf

[15] El text en anglès a: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/Rec(2000)10_EN.pdf. En francès a: https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=531997&SecMode=1&DocId=343448&Usage=2

[16] *Standards of Ethical Conduct for Employees of the Executive Branch*, text disponible a: http://www.oecd.org/mena/governance/35527111.pdf

[17] *Civil Service Code*, disponible a: http://resources.civilservice.gov.uk/wp-content/uploads/2011/09/civil-service-code-2010.pdf

[18] *DECRETO DEL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA 16 aprile 2013, n. 62 , Regolamento recante codice di comportamento dei dipendenti pubblici*, disponible a: http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2013/06/04/13G00104/sg

[19] Aquesta és la pàgina web de referència de l´OCDE sobre codis ètics i de conducta: http://www.oecd.org/fr/gov/ethique/ethicscodesandcodesofconductinoecdcountries.htm

Europeu de Conducta per a la integritat política dels representants locals i regiaonals electes[20].

[20] http://www.mpt.es/areas/politica_local/union_europea_y_organismos_internacionales/parrafo/06/document_es/codigoeuropeo.pdf

b) La situació a Espanya

Pel que fa a la situació a l´Estat, cal tenir en compte, com no podria ser d´altra manera, donada la seva condició bàsica, tant els arts. 52 i ss. de l´EBEP, i també la tipificació d´infraccions molt greus efectuades per l´article 95, com els arts. 25 i ss de la llei estatal 19/2013, de 9 de desembre de transparència, accés a la informació púbica i bon govern (un estudi de la regulació del bon govern aplicable a alts càrrecs locals, qüestió sobre la que tornarem més endavant, Ponce 2013). D´altra banda, la disposició addicional 9.ª de la Llei 8/2007, de 28 de maig, de sol, modificà l´art. 75 LBRL, afectant de diversa manera a representants electes[21], membres de la junta de govern local no electes[22], directius[23] i funcionaris amb habilitació de caràcter estatal nomenats per lliure designació[24]. Sense voluntat ara d'efectuar una anàlisi exhaustiva d'aquesta regulació, la veritat és que la mateixa planteja diverses qüestions problemàtiques, com, per exemple, qui custodiaria els registres establerts[25] o la insuficiència del règim d'incompatibilitats i conflictes d'interessos establert per la regulació estatal, ja exposada. Alguns d'aquests problemes poden i han de ser solucionats de la mà dels reglaments orgànics de les entitats locals, on s'haurà d'establir com s'articulen els controls previstos.

Igualment, s´ha de tenir en compte la legislació autonòmica relativa a la bona administració, més enllà de la llei catalana 26/2010[26], i diversos codis autonòmics existents[27], destacant el Codi ètic i de conducta del Govern Basc de 2013[28], al dissenyar

---

[21] Establint la necessitat de formular declaracions sobre causes de possible incompatibilitat, les seves activitats econòmiques, els seus béns patrimonials, les seves participacions en societats i liquidacions d'impostos, les quals s'inscriuen en el Registres d'Interessos, d'Activitats i de Béns Patrimonials de cada entitat, que són públics (75.7). Així mateix, se'ls aplica la Llei 5/2006 estatal sobre conflictes d'interessos (article 75.8).

[22] Vegeu nota anterior, excepte l'aplicació de la regulació de conflictes d'interessos.

[23] Aplicant-se'ls la Llei 53/1984, d'incompatibilitats, així com l'article 8 de la Llei 5/2006, com als representants electes. Així mateix, el règim de declaracions i registres aplicables a representants electes també els és aplicable.
Es considera personal directiu, a aquests efectes, els titulars d'òrgans que exerceixin funcions de gestió o execució de caràcter superior, ajustant-se a les directrius generals fixades per l'òrgan de govern de la corporació, adoptant a l'efecte les decisions oportunes i disposant per a això d'un marge d'autonomia, dins d'aquestes directrius generals.

[24] En aquest cas els serà aplicable el règim de declaracions i registres previst per a responsables electes i directius.

[25] L'article 30 del Reial Decret 2568/1986 assenyala que seria el secretari, mentre que l'article 163.3 del text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya, per exemple, indica que seria el president de la corporació o en qui delegui. Sembla que s'imposa la consideració del ROF com a bàsic, ja que no seria lògic que qui ha de ser controlat controli el Registre de control ... però llavors el mateix secretari si ha estat designat per lliure designació seria un controlat controlador ...

[26] Llei gallega 4/2006, de 30 de juny, de transparència i bones pràctiques a l´Administració pública gallega; de la llei andalusa 9/2007, de 22 d´octubre (art. 5, referit principis de bona administració); de la llei de Castella i Lleó 2/2010,d´11 de març,de Drets dels ciutadans en les seves relacions amb l´Administració Pública i de Gestió Pública; i de la llei balear 4/2011, de 31 de març, de la bona administració i del bon govern

[27] Pel que fa a la legislació, tinguis en compte
En quant als codis, s´ha considerat l´ *orden foral 46/2010, de 25 de enero, del consejero de presidencia, justicia e interior, por la que se aprueba el código orientativo de buenas prácticas administrativas de la administración de la comunidad foral de navarra y de sus organismos autónomos, en sus relaciones con los ciudadanos* , disponible a: http://www.lexnavarra.navarra.es/detalle.asp?r=29943 , així com l´*ORDEN ADM/62/2010, de 19 de febrero, por la que se aprueba el Código Ético de los Empleados Públicos de la Administración de la Comunidad de Castilla y León,* disponible a: http://www.empleopublico.jcyl.es/web/jcyl/binarios/985/683/ORDEN%20CODIGO%20ETICO.pdf?blobheader=application%2Fpdf%3Bcharset%3DUTF-8&blobheadername1=Cache-

una incipient infraestructura ètica, i també diversos codis locals[29]. La *Federación Española de Municipios y Provincias*, una associació de ens locals, ha impulsat el *Código de Buen Gobierno Local* l´any 2010[30], mentre que EUDEL, una associació de municipis bascos, ha fet el mateix[31].

c) La situació a Catalunya abans de la llei 19/2014.

A Catalunya s´han realitzat diversos tipus d´actuacions en el marc de la infraestructura ètica des de fa anys, especialment des dels inicis d´aquest segle. En tot cas, no es pot oblidar que el Decret Legislatiu 1/1997, de 31 d´octubre, pel qual s´aprova la refosa en un text únic dels preceptes de determinats textos legals vigents a Catalunya en matèria de funció pública, ja preveu un seguit de deures de conducta pels empleats públics al servei de la Generalitat de Catalunya, en el seu art. 108.

El Pla de Govern 2004-2007 incloïa reforçar la qualitat democràtica del nostre sistema polític i administratiu i fer més transparent la gestió del seus organismes i institucions. Així, es crea per Acord de Govern un grup de treball que emet l'Informe sobre bon govern i transparència administrativa que recull, entre d'altres recomanacions, l'aprovació d'un codi de conducta dels alts càrrecs i dels empleats públics[32].

Al seu torn, el *Llibre blanc de la funció pública* (2005)[33] dedicava un capítol a l'ètica i els valors públics i indicava en la seva síntesi de recomanacions la creació d'un comitè de valors públics de Catalunya i l'elaboració d'un codi ètic que contingués els principis comuns i valors fonamentals de conducta que haurien de compartir tots els serveis públics.

Per Ordre GRI/29/2013, de 18 de febrer, es va constituir una Comissió d´Experts per a la reforma de l´Administració Pública i el seu sector públic, que va lliurar un informe en el qual s´insisteix en la importància dels codis ètics i de conducta, assenyalant, per

---

Control&blobheadername2=Expires&blobheadername3=Site&blobheadervalue1=no-store%2Cno-cache%2Cmust-revalidate&blobheadervalue2=0&blobheadervalue3=JCYL_FuncionPublica&blobnocache=true

[28] Resolució 13/2013, de 28 de maig del Director de la Secretaria del Govern i de Relacions amb el Parlament, per la que es disposa la publicació de l´Acord de Govern que crea aquest codi: http://www.lehendakaritza.ejgv.euskadi.net/r48-bopv2/es/bopv2/datos/2013/06/1302551a.shtml

[29] Com ara el codi de bones pràctiques de l´Ajuntament de Madrid, per exemple, disponible a: http://www.madrid.es/portales/munimadrid/es/Inicio/Ayuntamiento/Codigo-de-Buenas-Practicas-Administrativas?vgnextfmt=default&vgnextoid=886313192cdd8210VgnVCM1000000b205a0aRCRD&vgnextchannel=ce069e242ab26010VgnVCM100000dc0ca8c0RCRD&WT.ac=Codigo_de_Buenas_Practicas_Administrativas; o el *Manual de buenas practicas politicas para los/as miembros del gobierno de la ciudad de Donostia-San Sebastian*, consultable a: http://jabuedo.typepad.com/aula_electoral/files/manual_etico_buenas_practicas_politicas_municipio_donostia.pdf

[30] http://www.femp.es/CartaLocal/Front/Noticias/CL_ContenidoDetalle/_sYcniRvuy5ly-yy6MEsAr2xIyOH4RgvsLsMsOhPI4uc

[31] http://www.eudel.net/es/documentos/codigo_de_conducta_y_buen_gobierno

[32] Consultable a: http://www20.gencat.cat/docs/governacio/Funcio%20Publica/Documents/Estudis/Arxius/doc_83851192_1.pdf

[33] Pàgines 89 i ss. Consultable a: http://www20.gencat.cat/docs/governacio/Funcio%20Publica/Documents/Publicacions/Arxius/llibre_blanc_funcio_publica.pdf

exemple que “és important emfasitzar la importància de soldar valors compartits, codis ètics i la seva regulació, a fi i efectes de minorar la corrupció real i/o percebuda per la ciutadania, que afecten directament al cor de l’eficiència i l’equitat”[34]

Al maig de 2013 el President de la Generalitat presentà el document “Propostes i reflexions en matèria de transparència i regeneració democràtica”[35] en el que es recullen 51 mesures contra la corrupció. Entre les mesures s’incorpora en l’eix “Transparència i accés a la informació i bon govern”, el punt 6 que estableix el següent:

“Elaboració d’un codi ètic de conducta per a tots els càrrecs públics electes i designats, així com un codi de conducta i un codi de bones pràctiques administratives per al personal al servei de l’administració pública i regular un codi d’infraccions per als casos d’incompliment dels principis d’actuació dels alts càrrecs. Entre d´altres definirà les atencions i obsequis que pot rebre un treballador públic per ser considerat atenció protocol·lària i no un regal”.

En desenvolupament d´aquest document, al novembre del mateix any s´aprovà el Codi de bones pràctiques per als alts càrrecs de la Generalitat de Catalunya, per Acord de Govern el 19 de novembre de 2013, que malauradament no s´inscrigué, pel moment, en cap infraestructura ètica específica[36].

El document esmentat del President de la Generalitat es generà en el marc de una Cimera per la Regeneració democràtica, amb diverses sessions amb participació de la presidenta del Parlament de Catalunya, el president del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, el fiscal superior de Catalunya, el síndic de Greuges, el síndic major de Comptes i el director de l'Oficina Antifrau. Aquest darrer va lliurar al president un document amb més de 50 propostes per combatre la corrupció. Entre aquestes es trobaven les següents referides a codis:

“Propostes en matèria de conflicte d’interessos i incompatibilitats

24. *Cal aprovar un “Codi d’integritat del servidor públic” que positivitzi el conjunt de deures que tot subjecte que tingui encomanades funcions o serveis públics hagi de complir amb la finalitat d’evitar qualsevol conflicte d’interès i molt particularment els referits als deures d’abstenció i de declaracions de béns i activitats.*
25. *Cal que aquest Codi prevegi un règim unificat de prohibicions (incompatibilitats), així com d’activitats compatibles, subjectes aquestes a autorització prèvia, aplicable a tot servidor de qualsevol ens públic.*
26. *Cal que la nova codificació integri de manera completa la tipificació d’infraccions i sancions en la matèria i que reguli, així mateix, el procediment sancionador, inclosa la possibilitat de fer públiques les sancions imposades.*
27. *Cal que una autoritat pública de tutela, independent i especialitzada, centralitzi les funcions de control i vigilància de compliment del codi i, alhora, assumeixi funcions*

[34] Pàg. 9. Es pot consultar l´informe a: http://www20.gencat.cat/docs/governacio/Informacio_Departamental/Documents/Actualitat/Arxius/InfoComRefAAPPdef.pdf
[35] Consultable a: http://www.antifrau.cat/images/Document-propostes-cimera-regeneracio-democratica_govern.pdf
[36] El text es pot trobar a: http://transparencia.gencat.cat/codi_bones_practiques.html

d'autorització, de registre, de recusació, sancionadores, indicatives i d'estudi. A aquests efectes cal tenir present el paper de l'Oficina Antifrau de Catalunya." [37]

A banda de l´esmentat codi pels alts càrrecs, han existit diverses actuacions sectorials prèvies que han conduit bé a l´aprovació d´un codi de conducta pels empleats públics, bé (en ocasions, alhora) a l´aprovació d´alguna infraestructura organitzativa ètica.

Entre els primers, trobem el Codi ètic dels professionals de l'execució penal a Catalunya, aprovat per Circular 2/2011 del Director General de Serveis Penitenciaris[38]; el Codi ètic de la Policia de Catalunya, aprovat per resolució del Conseller d´interior l´any 2010[39] (per una Resolució posterior, també de la Conselleria d´Interior, de 2011, es va deixar sense efecte el mateix[40]); o el Codi ètic del Departament d´Interior i Relacions Institucionals pel personal d´administració i serveis, del 2010[41].

Pel que fa a l´infraestructura organitzativa ètica, cal considerar el Comitè de Bioètica de Catalunya, adscrit al Departament de Salut, en el àmbit de salut i les ciències biomèdiques, regulat pel Decret 226/2008, de 18 de novembre, de modificació del Decret 166/2005, de 26 de juliol, pel qual es regula el Comitè Consultiu de Bioètica de Catalunya; del Comitè d´Ètica dels Serveis Socials de Catalunya, regulat per l´ ordre ASC/349/2010, de 16 de juny del i adscrit al Departament competent en matèria de Serveis Socials; o del Comitè d´Ètica de la Policia de Catalunya, creat per Decret 230/2007[42] i regulat ara per Decret 222/2013, de 3 de desembre, adscrit al Departament competent en matèria de seguretat pública.

Cal tenir en compte també el Codi de bones pràctiques administratives del Síndic de Greuges de Catalunya de 2009, en el que es recopilen bones pràctiques suggerides pel Síndic a les Administracions[43].

Per Acord de Govern de 21 de juny de 2016, s´aprovà el Codi de conducta dels alts càrrecs i personal directiu de l´Administració de la Generalitat i de les entitats del seu sector públic, que substituí al ja esmentat Codi de novembre de 2013. Aquest nou codi anà acompanyat d´altres mesures, com ara la generació, per primera vegada

---

[37] Totes les propostes de l´OAC són consultables a: http://www.antifrau.cat/images/Propostes-OAC-cimera.pdf

[38] Es pot consultar a: http://www.cpt.coe.int/documents/esp/2013-07-inf-esp-anexoII.pdf . Va anar precedit d´un document de bases, elaborat per un grup d´experts juristes i professionals de l'execució penal , dirigit pel senyor Álvaro Gil- Robles. És consultable aquí: http://www20.gencat.cat/docs/Justicia/Documents/ARXIUS/bases_codi_etic.pdf

[39] Consultable a: http://www20.gencat.cat/portal/site/portaldogc/menuitem.c973d2fc58aa0083e4492d92b0c0e1a0/?vgnextoid=485946a6e5dfe210VgnVCM1000000b0c1e0aRCRD&appInstanceName=default&action=fitxa&documentId=564595&language=ca_ES&newLang=ca_ES

[40] Consultable a: http://www20.gencat.cat/portal/site/portaldogc/menuitem.c973d2fc58aa0083e4492d92b0c0e1a0/?vgnextoid=485946a6e5dfe210VgnVCM1000000b0c1e0aRCRD&appInstanceName=default&documentId=571414&action=fitxa&mode=single

[41] El text és disponible a: http://www20.gencat.cat/docs/interior/Home/010%20El%20Departament/Responsabilitat%20social%20corporativa/documents/CodieticDIRIP_WEB.pdf

[42] El projecte del mateix va ser objecte del Dictamen de la Comissió Jurídica Assessora 194/07

[43] Consultable a: http://www.sindic.cat/site/unitFiles/2527/codi%20bones%20practiques%20administratives.pdf

d´infraestructura ètica dins de l´Administració de la Generalitat, amb el Comitè Assessor d´Ètica Pública, al que després farem referència.

Pel que fa específicament a l´àmbit local, entre d´altres, cal destacar, per exemple, per la seva modernitat i procés cuidat d´elaboració, tant el Codi d´ètica com el Comitè d´ètica generat arran d´aquell de l'Ajuntament de Sant Boi de Llobregat, el reglament del qual ha estat aprovat pel Ple en 2013[44]. També es pot esmentar el el Codi de Transparència i Bon Govern de l´Ajuntament de Calella, aprovat pel Ple a l´octubre de 2014 (BOPB, 17 d´octubre de 2014), entre d´altres.

No podem acabar aquest apartat sense fer referència a la llei 19/2014, de transparència, accés a la informació i bon govern i les seves previsions en aquest àmbit.

d) Ètica i conducta dels alts càrrecs a la llei 19/2014 de transparència, accés a la informació i bon govern.

En relació a aquest aspecte, la llei 19/2014 (en endavant LTBGG) estableix un àmbit d´aplicació específic (1), una principis i regles de conducta (2), i dues obligacions jurídiques concretes (3).

1. ÀMBIT D´APLICACIÓ DELS PRINCIPIS D´ÈTICA I CONDUCTA REGULATS PER LA LLEI

D´acord amb l´art. 54, les disposicions referides a ètica i conducta de la llei són només aplicables als alts càrrecs de l´Administració de la Generalitat (d´acord amb el que estableix l´art. 2 de la Llei 13/2005, de 27 de desembre, del règim d´incompatibilitats dels alts càrrecs al servei de la Generalitat), de l´Administració local i dels altres organismes i institucions públiques a que fa referència l´art. 3.1, d´acord amb el que assenyala l´art. 4.2.

Aquesta regulació motiva, al menys, tres reflexions.

Primera, que les previsions de la LTBGCat en aquest àmbit no s´apliquen als empleats públics, que queden orfes de regulació en aquest punt, més enllà de l´estatal existent i ja esmentada (EBEP).

Segona, que cal destacar que, d´acord amb l´art 54, semblaria que els principis i regles ètiques de conducta no serien d´aplicació als privats que exerceixin funcions públiques, potestats administratives, rebin fons públics o duguin a terme serveis d´interès general o universal. Creiem, però, que el lògic és que, existint exercici de tasques administratives, els subjectes privats també hagin de subjectar-se a regles d´ètica i conducta pública, amb totes les modulacions que s´haguessin cregut oportunes (en tal sentit, Ponce, 2012, propugnant l´aplicació de les obligacions de bona administració també en aquests casos

[44] Vegeu:
http://www.santboi.cat/PaginesW.nsf/Web%5CPlanes/99ECA93AA4BFB8A3C1257A84003F1D9E?OpenDocument&Clau=codietic&Idioma=ca&Seu=N
Codi ètic i de bones pràctiques del personal al servei de la Universitat Politècnica de Catalunya i del seu estudiantat
En el sector públic català també es poden esmentar el Codi ètic i de bones pràctiques del personal al servei de la Universitat Politècnica de Catalunya i del seu estudiantat, el Codi ètic de l´Agència per a la Qualitat del Sistema Universitari de Catalunya (http://www.aqu.cat/doc/doc_51102632_1.pdf) o el Codi ètic de l´Institut Català de la Salut (http://www.gencat.cat/ics/infocorp/flpb/codietic/#/6/zoomed)

als privats). No ha estat aquesta la decisió del legislador català, si bé hi ha una excepció en la llei, en la figura dels contractistes i dels receptors de subvencions o ajuts, com veurem més tard.

Tercera, que la determinació de qui sigui alt càrrec presenta problemes en l´esfera de l´àmbit local, on l´art. 4.2 fa una remissió a la normativa local que presenta algunes dificultats45.

2. PRINCIPIS ÈTICS I REGLES DE CONDUCTA

Tenint en compte l´àmbit d´aplicació esmentat, l´art. 55 estableix una llarga llista de "principis ètics" i "regles de conducta" que els alts càrrecs han de seguir i respectar. Malgrat la llargària, la llista no presenta gaires novetats significatives en relació al panorama normatiu preexistent ja explicat i ha desaprofitat una bona ocasió per regular millor els efectes de la vulneració del deure d´abstenció (art. 55, n, en relació amb l´art. 28 de la llei 30/1992) sobre la decisió que es prengui (Ponce, 2012 a, en el sentit de generar una presumpció d'il·legalitat i revertir al càrrega de la prova a l´Administració i permetre la seva impugnació sense haver d´esperar a la fi del procediment), així com d´adaptar-los en el precís a l´àmbit local en relació a càrrecs electes. Destaquem, però dos aspectes:

-A l´apartat c de l´art. 55 es recull com a principi d´actuació la "transparència de les activitats oficials, dels actes i decisions relacionats amb la gestió dels assumptes públics que tenen encomanats i de llur agenda oficial, als efectes de publicitat del Registre de grups d´interès establert pel títol IV". Aquest precepte cal connectar-lo amb l´art. 49.2 i la publicitat pel registre de reunions i audiències amb alts càrrecs.

-A l´apartat m de l´art. 55 s´ estableix "l'exclusió de qualsevol obsequi de valor, favor o servei que se'ls pugui oferir per raó del càrrec o que pugui comprometre l'execució de llurs funcions". L´aparent contundència, allunyada de la criticable remissió estatal als "usos habituals, socials o de cortesia", tant en la llei 19/2013 com en l´EBEP46, queda però enfosquida per la remissió al càrrec o al compromís de funcions, quelcom que, al tractar-se de conceptes jurídics indeterminats, haurà de concretar-se cas per cas.

En aquest sentit, dos puntualitzacions es poden fer. En el cas dels regals, el risc dels mateixos a la imparcialitat i l´objectivitat pot tenir arguments basats en els avenços de la neurociència en relació als conflictes d´interessos. Cal tenir en compte la influència subconscient que un regal pot tenir en les decisions dels receptors, tenint en compte els estudis científics que sostenen que prenem la majoria de les decisions en el nostre subconscient, es parla fins i tot del 95%, abans fins i tot de ser-ne conscients, es xifra en torn als 300 milisegons (Dispenza, 2012, 90, Pigem, 2012, 41).

Per això, existeixen diverses solucions a nivell internacional, basades essencialment en la seva prohibició total o parcial, en aquest cas en funció d´un límit econòmic que es fixa normativament. Finalment, però, la LTBG ha decidir seguir un camí diferent, però sense oferir, tampoc, un protocol d´actuació en cas de que l´alt càrrec dubti sobre el que

[45] Vegeu en aquesta mateixa obra, per un major detall, la contribució dedicada al àmbit local.

[46] Nacions Unides ha desaconsellat aquest tipus de clàusules vagues: "Codes should include clear and unambiguous provisions on acceptance or rejection of gifts", (UNODC, 2009, p. 21).

ha de fer en un cas concret (el que també connecta amb la falta d´infraestructura organitzativa ètica a la que després s'al·ludirà).

3. DUES OBLIGACIONS JURÍDIQUES CONCRETES REFERIDES A L´ÈTICA

Finalment, l´art. 55 en els seus apartats 2 i 3 estableix dues obligacions jurídiques específiques respecte als principis i regles de conducta establerts. En primer lloc, Les administracions i els organismes compresos en l'àmbit d'aplicació d'aquesta llei han d'incloure, en els plecs de clàusules contractuals i en les bases de convocatòria de subvencions o ajuts, els principis ètics i les regles de conducta als quals han d'adequar l'activitat els contractistes i les persones beneficiàries, i han de determinar els efectes d'un eventual incompliment d'aquests principis. Aquesta regulació, però, deixa sense cobertura la situació ètica d´altres privats que desenvolupin funcions públiques sense que hi hagi un contracte o una subvenció (ex. prestadors de serveis d´interès general) que queden al marge d´aquestes previsions de la llei, el que és qüestionable (Ponce, 2014 d).

En segon lloc, el Govern, els ens locals (en el cas dels Ajuntaments, entenem que el Ple, d´acord amb l´art. 52.2, d, del Decret legislatiu 2/2003, de 28 d'abril, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya) i els altres organismes i institucions públiques inclosos en l'article 3.1 han d'elaborar un codi de conducta de llurs alts càrrecs que concreti i desenvolupi els principis d'actuació a què fa referència l'apartat 1, n'estableixi altres d'addicionals, si escau, i determini les conseqüències d'incomplir-los, sens perjudici del règim sancionador establert per aquesta llei.

A més, els grups d´interès (definits a l´art. 47 de la llei) han de complir un codi de conducta que tindrà el contingut mínim fixat a l´art. 51.

La regulació es completa amb la previsió de diverses infraccions referides a la vulneració de l´obligació d´aprovar els codis (art. 78.3 f, al vulnerar el dret estatutari a una bona administració de l´art. 30 EAC, infracció greu) i a la violació d´aquests un cop aprovats (77.3 e, molt greu, i 78 3 g, greu), castigades amb les sancions previstes a l ´art. 81 en el cas dels alts càrrecs (suspensió en l´exercici del càrrec, multa, etc.) i 84 en el cas dels contractistes i receptors de subvencions i ajuts i grups de pressió (multes, impossibilitat de contractar amb l´Administració o de rebre ajuts, afectació de la inscripció en el Registre de grups d´interès, etc.).

Òbviament, en aquells casos en que ja existeixin codis aprovats (pensem en el Codi de la Generalitat ja esmentat de 2013) caldrà comprovar la seva adequació a la llei.

En cas de no existir, quan caldrà tenir elaborat el codi de conducta?

Una primera alternativa seria entendre que donat que la llei no diu res específic (cosa que podria haver fet en una Disposició Transitòria) caldria entendre que de conformitat amb la Disposició Final Quarta les obligacions jurídiques d´aprovar els codis entren en vigor als sis mesos de la publicació de la llei i, per tant, passat aquest període, si no estiguessin tots els codis de conducta aprovats, totes les exigències a contractistes i receptors de subvencions i ajuts introduides llavors s´estaria cometent una infracció de les previstes als arts. 77 i ss de la Llei (denunciable pels ciutadans, per cert, art. 85 de la pròpia llei).

Una segona alternativa seria considerar que, donat que la llei no imposa termini d´aprovació, aquest no existeix i, per tant, es podran aprovar quan es vulgui, quedant a l´arbitrarietat dels responsables el seu desenvolupament.

Considerem, pero que cap d´aquestes interpretacions és raonable ni ajuda al desenvolupament del bon govern i la bona administració ni a la protecció dels drets dels ciutadans. Per tant, de conformitat amb l´art. 3.1 del Codi Civil i d´acord amb una interpretació sistemàtica I teleològica, considerem que hi ha una tercera opció moderada, realista però alhora efectiva.

En aquesta opció que subscribim, les obligacions derivades del dret a una bona administració impliquen la elaboració dels codis i la introducció de les exigències pels privats amb la deguda diligència i cura, i, d´acord amb l´art. 41 de la CDFUE que ja coneixem i que ha d´inspirar la interpretació del dret a una bona administració de l´art. 22 de la llei catalana 26/2010, "en un termini raonable". Pel que si es vulnerés aquest estàndard, a concretar en seu judicial, si s´escau, s´hauria d´incoar procediment sancionador (si s´escau, com a conseqüència de prèvia denúncia) i es podria sol·licitar l´aprovació mitjançant el possible exercici d´accions davant la jurisdicció contenciosa administrativa.

Resta doncs, com no pot ser d´altre manera, en mans del codis ètics i de conducta la precisió del règim esmentat (amb aspectes tant rellevants com el tractament de la protecció dels denunciants interns del sector públics de casos de mala administració i corrupció, o *whistleblowers* en la terminologia internacionalment emprada (literalment, xiuladors), donat que la referència al denunciant de l´art. 85.3 no soluciona ni de bon tros el conjunt de problemes que presenta aquesta figura, com direm més tard) i, sobre tot, el desenvolupament de l´anomenada infraestructura ètica, ni esmentada en la llei, sense la que els codis són condemnats a quedar-se en lletra estèril (així, OCDE, 1998).

No hi ha tipificació de cap infracció associada a la no aprovació de Codis de Conducta i Cartes de Serveis (la qual no és sotmesa a cap termini determinat, com ja sabem). Però la vulneració de les obligacions de deguda cura i diligència en la tramitació i aprovació de codis i cartes suposa, com a mínim, una infracció greu de l´art. 78.3, lletra f, al constituir una omissió que vulnera el dret estatutari a una bona administració reconegut a l´art. 30 EAC (quedant el dubte de si, fins i tot no podria ser una infracció molt greu de l´art. 77.3, lletra b, al vulnerar el contingut essencial –donat que el dret a una bona administració sense l´articulació d´aquests mecanismes esdevé no reconeixible, d´acord amb la coneguda STC de 11/1981, d´11 d´abril – d´un dret subjectiu públic contingut a l´art. 30 EAC.

Pel que fa a la no aprovació de Codis de conducta i Cartes de servei (o el no compliment de les aprovades), l´art. 71.2 recorda la possibilitat de reaccionar contra "omissions que comporten l´incompliment de les obligacions establertes per aquesta llei", essent l´omissió imputable a l´òrgan responsable de l´obligació (en el primer cas, el Govern de la Generalitat o els plens dels ajuntaments, per exemple, en el segon cas, el Govern de la Generalitat i el Conseller competent o els plens dels ajuntaments, en cas de no aprovació i a l´òrgan competent de la gestió del servei o el privat prestador del servei públic o servei d´interès general, per exemple).

És interessant, en tot cas la previsió de l´art. 87 de la llei, que atorga la possibilitat als Síndic de Greuges, la Sindicatura de Comptes i el director de l´Oficina Antifrau d´instar als òrgans competents la incoació d´un procediment sancionador (també per la no

aprovació de codis de conducta i cartes, entenem, de conformitat amb l´exposat), el que haurà de rebre una resolució expressa i motivada en cas de negativa.

Podem concloure aquest apartat fent referència a la primera avaluació *ex post* de la llei, realitzada pel Síndic de Greuges al 2016, d´acord amb el mandat contingut a la pròpia norma (art. 92.1). Pel que fa als codis, l´informe del Síndic assenyala que en el moment de tancar l´anàlisi de dades (primer trimestre 2016):

"L'explotació de les dades aportades per les administracions posen de manifest que l'aprovació de codis ètics adaptats a la Llei 19/2014 era molt baixa en el moment en què es van respondre els qüestionaris, malgrat que diverses entitats van manifestar que l'estaven elaborant quan es va sol·licitar aquesta informació. Possiblement, la manca d'experiència prèvia en l'elaboració d'aquests codis n'ha endarrerit, en molts casos, l'aprovació. Tampoc no s'ha pogut constatar que s'hagin incorporat de forma generalitzada principis ètics i regles de conducta en els plecs de clàusules contractuals i en les bases de convocatòries de subvencions, tal com determina l'article 55.2 de la Llei, tot i que s'assenyalen experiències significatives en algunes administracions, especialment en el cas de l'Administració de la Generalitat de Catalunya".

En quant a recomanacions, el Síndic assenyala que:

"Cal adoptar models tipus de codi de conducta. El baix índex de compliment de l'obligació d'aprovar codis de conducta d'alts càrrecs mena a suggerir la conveniència de demanar que la Generalitat i les institucions de suport a l'Administració local impulsin l'elaboració de codis tipus que puguin facilitar el compliment d'aquesta obligació, i també la relativa a l'establiment de principis ètics i regles de conducta per als contractistes i les persones que reben subvencions.

Els codis de conducta haurien de desplegar específicament l'obligació dels alts càrrecs de donar publicitat a la seva agenda oficial i d'activitats. L'article 55, lletra c, de la Llei ho determina així i, molt singularment, especifica que cal donar publicitat a les reunions amb grups d'interès i el seu contingut, des de la perspectiva del control de la participació d'aquests organismes en els processos de presa de decisió i d'elaboració de normes, i complementàriament al contingut informatiu del Registre de grups d'interès regulat en el títol IV de la Llei"[47]

6. ELS CODIS EN EL CONTEXT DE LA INFRAESTRUCTURA ÈTICA I DEL MARC D´INTEGRITAT LOCAL[48]

a) Possibilitats i límits dels codis

Cal aclarir, immediatament, que els codis son només una peça (rellevant) de la infraestructura i del marc d´integritat local. Ni més ni menys. Això vol dir que no es pot esperar tot dels codis però tampoc cal menystenir el seu paper.

Efectivament, es pot percebre un cert neguit sobre el paper dels codis, fins i tot en ambients acadèmics. Es pot arribar a llegir que els codis compliquen més les coses49,

[47] Es pot llegir l´informe sencer i altres documents vinculats a: http://www.sindic.cat/ca/page.asp?id=356

[48] Una reflexió molt interessant sobre el paper i context dels codis de conducta local, en línia amb el que aquí s´afirma, es pot trobar a la Consulta no vinculant resolta per l´Oficina Antifrau de Catalunya 1/2015: http://www.antifrau.cat/images/web/docs/consultes_no_vinculants/cnv1_2015.pdf

que són pur maquillatge inútil, que són massa generals, o massa específics, o inaplicables, o que no es coneixen, o que no es usen, o que són, fins i tot, insultants pels empleats o que no hi ha prou amb un codi per donar resposta a complexos dilemes ètics amb que es troben els empleats públics.

De totes aquestes crítiques i d´altres que ens podem imaginar, algunes raonables, cal distingir entre les que es basen en confusions sobre els propòsits dels codis (a) i les que es basen en una posada en pràctica deficient (b)

(a) Els codis tenen una funció orientadora dels decisors públics dins de la infraestructura ètica del marc d´integritat nacional o local i, alhora, estableixen límits al comportament administratiu i estàndards de conducta que permeten el seu control i fer efectiva la bona administració. No poden ni han de modificar normes jurídiques ni han d´inventar-se arbitràriament valors i principis, ja existents a l´ordenament jurídic.

(b) D´altra banda, si són inadequat per a les seves funcions, si no es coneixen o usen o si donen lloc a un menysteniment dels empleats públics, això tindrà a veure amb el seu contingut concret i amb el procés de creació i posada en aplicació dels mateixos, no amb la utilitat o no de l´instrument en sí.

Per a garantir que un codi concret complirà les (limitades però importants) funcions dins de la infraestructura ètica d´un sistema nacional d´integritat, el seu procés d´elaboració, el seu contingut, la seva aplicació i el seu coneixement hauran de reunir una sèrie de característiques, com veurem.

En definitiva, com assenyala Matarella, l´experiència dels països on ja hi ha codis de conducta ens mostra que són instruments útils per aquells que volen actuar correctament en situacions dubtoses, en zones grises, però, naturalment, no poden impedir que qui vulgui violar la llei ho faci (Matarella, 2007, p. 142).

Per finalitzar, cal emfatitzar un altre aspecte que, de vegades, pot ser oblidat: el codi s´insereix en un ordenament jurídic en el que regeix el principi de legalitat, com ja ens consta (art. 9.3 CE), i en el que existeixen matèries reservades a llei, com ara, la tipificació d´infraccions i sancions (art. 25 CE), també en l´àmbit disciplinari. Aquestes infraccions i sancions, que poden tenir connexions amb la vulneració d´un codi de conducte, venen ja detallades en el nostre Dret en normes amb rang de llei, com no podria ser d´una altra manera (art. 95 EBEP).

Per tant, una cosa és el que es cregui oportú millorar en l´ordenament jurídic vigent (i sens dubte hi ha possibilitats de millora, en àmbit d´incompatibilitats, de conflictes d´interessos, d´abstenció i recusació, etc, Ponce, 2013) i una altra cosa, ben diferent, és el que se li vulgui demanar (pot ser erròniament) a un codi ètic o de conducta que no s´aprovi per llei i que hagi de respectar el marc competencial existent. Cal tenir en compte, doncs, el que poden fer els codis locals (i el que no), en el marc de l´Estat de

[49] El professor Alejandro Nieto, per exemple, en entrevista recollida a *Escola Innovació. Butlletí de la Funció Directiva*, editat per l´EAPC, abril 2013, es mostra radicalment en contra dels codis. Consultable aquí:
http://www20.gencat.cat/docs/eapc/Home/Publicacions/Butlletins%20i%20revistes/Escola%20Innovacio_Butlleti%20de%20la%20Funcio%20Directiva/2013/abril/EI_28.pdf

Dret descentralitzat i d´acord amb el principi de legalitat. Convé no oblidar aquesta distinció.

b) Característiques que han de reunir els codis locals per a complir la seva funció de guia de la bona administració ètica i de límit per a la mala administració i la corrupció

0) Distinció entre electes, alts càrrecs locals i empleats públics locals

Ho col·loquem com a qüestió prèvia, donat que en la nostra opinió, els riscos de manca d´integritat no són equiparables, com els estudis empírics esmentats demostren, i les funcions a desenvolupar tampoc. Encara que en el nostre sistema els càrrec electes local exerceixin quotidianament potestats administratives, el que ens hauria de fer reflexionar sobre si valdria la pena de *lege ferenda* explorar la possibilitat de restringir aquest exercici només a empleats públics, extraient-lo legalment de la mà de càrrecs electes[50]. De *lege lata*, en tot cas, caldrà aplicar-lis el codi de ètic i de conducta pensat per a empleats públics en tot allò que incideixi en el desenvolupament de funcions administratives, donat que també són sotmesos a les obligacions de bona administració.

Ara bé, fora d´aquesta intersecció, creiem que la legitimitat i responsabilitat dels càrrecs electes i alts càrrecs locals són distintes dels empleats públics, pel que convindria dissenyar codis d´ètica i conducta també diferents (o al menys, identificar clarament, si es fa comú, les parts d´aplicació respectives). En tot cas, existeixi o no específic codi local, els alts càrrecs locals, un concepte aliè a la tradicional denominació dels texts legals en l´àmbit local, es troben ja sotmesos a la llei estatal 19/2013, pel que fa als seus principis de conducta i les possibles infraccions que puguin cometre i sancions que els puguin ser imposades (Ponce, 2013)[51].

1) El procés d´aprovació del codi

Hi ha consens entre els especialistes derivat de les experiències internacionals en que un codi ha de ser objecte d´un procés d´elaboració abans de la seva aprovació que uneixi l´*expertise* tècnica amb la consideració de tots els agents implicats i les seves

[50] A Itàlia des de una *legge delega* de 1992 hi ha una distinció entre l´exercici de l´ *indirizzo politico* i de les funcions administratives, aquestes vetades a personal electe o de confiança política (sota pena de nul·litat de la decisió). Vegeu Merloni, 2012, pp. 115 i ss.

[51] En opinió de Jimenez Asensio, 2012, pag. 68, aquestes disposicions només s'aplicarien als coordinadors generals i directors generals dels municipis de gran població, a les estructures directives (directors generals i directors insulars) dels cabildos, consells insulars i diputacions forals, així com al personal eventual que ocupi funcions directives en municipis o diputacions provincials, no havent estendre, en la seva opinió, als alts funcionaris, fins i tot en el cas de lliure designació o aplicació de l'article 13 EBEP, el que exclouria de la Llei a funcionaris amb habilitació estatal i també a personal directiu o municipal.
Creiem, però, que aquest concepte podria incloure, d´acord amb la LBRL, els representants locals (regidors), inclosos els membres no electes de les Juntes de Govern Local, el personal directiu, que preveu l'article 13 de l'EBEP, però sense desenvolupament en l'Administració Local, excepte en el cas dels municipis de gran població del Títol X de la LBRL. En aquest règim, l'article 130 de la LBRL estableix que és aquest personal, entre el qual es troba el titular de l'assessoria jurídica, el secretari general del Ple i l'Interventor General Municipal. En el cas dels petits i mitjans ajuntaments sembla clar que el secretari i l'interventor o secretari-interventor podrien considerar alt càrrec o assimilat. Es pot sostenir aquesta apreciació en què precisament amb motiu del càrrec que ocupen poden arribar a ser culpables d'algunes infraccions tipificades al Títol II de la llei 19/2013.

necessitats, ja que "que es doni una autèntica participació dels empleats durant la formulació del codi intern d´un organisme pot esdevenir la clau de volta de tot un programa d´ètica del sector públic. El resultat serà que els codis representaran més encertadament les preocupacions ètiques de la gent que els farà servir" (OCDE, 1998, p. 50).

En l´esfera local, els codis existents bé han estat fruit d´una elaboració pròpia o bé han estat el resultat de l´adhesió de l´Ajuntament a codis ja existents, com el de la FEMP (Prieto, 2012).

No cal oblidar aquí el paper que podrien tenir les diputacions provincials en l´elaboració de codis model, a disposició dels ajuntaments, com en l´àmbit britànic s´ha fet[52].

2) Educació, proves d'accés a la funció pública i formació en bona administració i integritat

També hi ha consens en que la formació en matèria d´ètica i bona administració és crucial per l'èxit d´un codi. Com assenyala l´Oficina Antifrau de Catalunya entre les propostes fetes arribar a la Cimera per la regeneració democràtica celebrada al 2013[53]:

"Propostes per enfortir la integritat

6. *Cal promoure i implantar la formació en integritat i ètica pública dels servidors públics de Catalunya per sensibilitzar-los de la importància de gestionar els riscos de corrupció inherents a l'exercici de determinades funcions públiques.*
7. *Cal introduir continguts d'ètica i integritat en el currículum de secundària, utilitzant els centres educatius com a difusors de la cultura de la integritat.*
La finalitat d'aquesta mesura és contribuir en l'educació dels joves en tot allò que fa referència a la integritat personal i a la coherència en les conductes individuals amb l'objectiu últim d'establir una cultura de l'honestedat i de la transparència.
8. *Cal introduir continguts d'ètica, integritat i lluita contra la corrupció en diferents disciplines i formats de la formació universitària (graus, postgraus i formació continuada). La introducció d'aquests continguts es faria de manera transversal i multidisciplinària"*

Aquesta formació ha de començar ja, a ser possible, en els nivells preuniversitaris[54] i universitaris[55], especialment aquí en aquelles carreres que nodreixen els quadres de les administracions (Gestió i Administració Pública, Dret, Economia, Ciència Política, etc) a ser possible en cooperació amb les escoles de formació de servidors públics.

---

[52] Vegeu el model de codi local de conducta proposat pel govern del Regne Unit als ens locals a: https://www.gov.uk/government/publications/illustrative-text-for-local-code-of-conduct--2

[53] http://www.antifrau.cat/images/Propostes-OAC-cimera.pdf

[54] Tinguis en compte el document de Transparència internacional titulat "Enseñar ética a los Jóvenes. Ejemplos de 11 países", consultable a: http://www.transparencia.org.es/ENSE%C3%91AR%20ETICA%20A%20LOS%20J%C3%93VENES.pdf

[55] L´experiència desenvolupada a la Universitat de Barcelona amb el curs de postgrau LegalMENT durant l´any acadèmic 2013-2014 mostra, amb base amb les recerques neurocientífiques sobre neuroplasticitat, com és possible ensenyar ètica sobre la base d´una metodologia basada en els dilemes ètics.

La bona administració i l´ètica haurien també de formar part dels programes existents en els sistemes de selecció d´empleats públics i haurien de ser valorats, al igual que es fa amb altres coneixements i competències.

Un cop l´empleat públic inicia les seves funcions, caldria una formació específica en aquest moment, quan s´integra a l´organització. Finalment, aquesta formació interna sobre bona administració i integritat hauria de continuar al llarg de tota la seva carrera professional, si bé amb uns perfils diferents a la desenvolupada abans d'ingressar a la funció pública o en el moment de començar les seves funcions: més basada en dilemes ètics i en estudis de casos, més aplicada.

3) Promoció i carrera professional i codi

Tanmateix tant la promoció i la carrera professional, tant la vertical com l´horitzontal, haurien de tenir en compte la formació i coneixements i competències dels empleats públics en aquestes àrees. L´avaluació de la manera de desenvolupar les funcions administratives, al avaluar la conducta professional també hauria de tenir en compte el comportament i la formació desenvolupada en bona administració i integritat. En aquest sentit, vegis el que es diu en l´apartat següent.

4)Col·laboració en el compliment del codi: denuncies i protecció

Entre les propostes fetes arribar per l´OAC a la Cimera per la Regeneració democràtica de 2013 s'incloïa aquesta:

*"**23.** Cal incloure en tota la normativa de funció pública i reglaments de personal de tots els treballadors públics l'obligació de denunciar les conductes oposades a la probitat o contràries als principis d'objectivitat, eficàcia i submissió plena a la llei i al dret, establint les mesures adequades de protecció i de reparació davant eventuals represàlies."*

Els estudis empírics internacionals sobre denúncies internes relatives a la vulneració de la bona administració i l´integritat mostren els possibles problemes de les denúncies per part dels propis empleats públics (com ara conductes oportunistes o la manca d´efectes sistèmics de canvi de les mateixes, de vegades) però també revelen com incrementen les possibilitats de control i poden ser mecanismes de detecció de mala administració i corrupció (Perry, 1993).

Cal notar que la LECr estableix com obligació jurídica la de denunciar la comissió de delictes (art. 259 i 264).

La Convenció de Nacions Unides contra la Corrupció (2003) estableix la possibilitat que els Estats membres disposin mesures per a facilitar la denúncia de fets delictius per part de funcionaris públics que tinguin coneixement d´ells en exercici de les seves funcions (art. 8.4).

Caldria oposar a aquestes exigències i facilitats la possible deslleialtat que un empleat públic cometria en cas de denunciar una mala administració i una falta d´integritat en el si de l´organització pública a la que serveix. Es plantejaria llavors un suposat conflicte

de deures per l´empleat públic: d´un cantó treballar lleialment per a la persona jurídica pública; de l´altre, denunciar delictes i il·legalitats en general que es produeixin i de les que l´empleat en tingui coneixement. Creiem, però, amb altres estudiosos del tema, que aquest conflicte és aparent, no real: el deure de lleialtat de l´empleat públic ver l´Administració en la que treballa no cobreix, no pot cobrir, actuacions delictives i il·legals comeses en el si de la mateixa, donat que si no es donaria l´absurd que l´ordenament jurídic protegís un *dret a la il·legalitat silenciosa*, conduent cap a la impunitat de qui ha vulnerat l´ordenament (Ragués, 2006).

En aquest sentit, cal destacar la Sentència del Tribunal Constitucional 57/1999, de 12 d´abril, en relació amb un inspector de la Direcció General d´Aviació que efectuà declaracions a un diari després d´un sinistre aeri sobre una suposada passivitat davant el mal estat dels avions i que va ser acomiadat per això. La sentència va sostenir que l´acomiadament era il.legal, donat que no hi havia hagut trencament de la bona fe contractual i sí exercici d´un dret fonamental a la llibertat d´expressió en relació a fets d´interès general noticiables.

En el cas de l´Administració pública, a més, cal recordar que el sentit últim d´aquesta, i dels seus empleats, és servir a l´interès general. Si un empleat té constància de bona fe de fets que li indueixen raonablement a pensar que s´ha comés una mala administració, una violació de l´integritat, amb comissió d´una il·legalitat, fins i tot, pot ser, d´un delicte, té el deure de denunciar-ho i la seva denúncia cal entendre-la com una mostra d´integritat i d´ètica.

Entenent així la denúncia de bona fe com un servei als interessos generals de l´empleat públic, és raonable desenvolupar un sistema de protecció del denunciant de bona fe, com aconsella la Convenció de Nacions Unides de Lluita contra la Corrupció de 2003 (art. 33).

Ara bé, cal també que el denunciant de bona fe compleixi alguns deures associats. Així ha de seguir les exigències del principi de proporcionalitat quan exerceixi la denúncia. Per això, ha de triar el medi que menys costos generi pels interessos generals per dur a terme la denúncia, utilitzant sempre i en tot cas els mitjans interns existents. Només com a darrera mesura, quan aquests no existeixin o fallin, cabria la divulgació dels fets fora de l´organització, i de la manera menys lesiva possible per a la persona jurídica pública en la que treballa.

En el desenvolupament del sistema de protecció del denunciant es plantegen diverses qüestions, que haurien de ser afrontades en el futur per una regulació específica (com l´existent als EEUU, amb la *Whistleblower Protection Act* de 1989 i l´existència de l´*Office of Special Counsel*, establint vies específiques de denúncia i protecció del denunciant o *whistleblower*, literalment, qui toca el xiulet).

A manca de la referida legislació en el nostre ordenament jurídic, una interpretació sistemàtica de la legislació ja vigent, especialment de la de protecció de dades, ens dona, malgrat tot, elements suficients com per a poder extreure algunes conclusions.

A Espanya, l´Agència de Protecció de dades, fent referència a al document WP 117 de 2006 del Grup de Treball creat per la Directiva 95/46/CE, s´ha referit a aquest aspecte en el seu informe jurídic 128-2007, si bé en referència en el cas concret a una persona

jurídic privada. Com a regla general, es nega la possibilitat de denúncies anònimes, però afirma la necessitat de garantir la confidencialitat de les denúncies (en línea amb la jurisprudència del TJUE, (STJCE, de 24 de novembre de 2011, C-468/10 i 469/10), que haurien de ser considerades dades personals als efectes de l´art. 3 a de la LOPD ("Cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables"). En conseqüència la persona denunciada no pot accedir a les dades identificatives del denunciant mitjançant un suposat exercici del seu dret d´accés, donat que no accediria a "datos de caràcter personal" com exigeix l´art. 15.1 LOPD i el que pretendria seria una cessió o comunicació al denunciat, una persona diferent del denunciant-afectat, que no trobaria aixopluc en l´art. 11 LOPJ.

D´altra banda, l´Agència també assenyala que "sería imprescindible que se establezca un plazo máximo para la conservación de los datos relacionados con las denuncias " a fi d´evitar mantenir els mateixos per un període superior al necessari, el que podria perjudicar al denunciat i la confidencialitat del denunciant. Aques període hauria de "limitarse a la tramitación de las medidas de auditoría interna que resultasen necesarias y, como máximo a la tramitación de los procedimientos judiciales que derivasen de la investigación realizada". Tanmateix, caldria informar el més aviat possible al denunciat de la denúncia, llevat que de fer-ho es posés en perill la possibilitat d´investigar i obtenir proves. En tot cas, es recomana que aquest període no superi mai els 3 mesos de l´art. 5.4, donat que s´està davant de tractament de dades no obtingudes de l´afectat. Dades que haurien de ser protegides mitjançant mesures de seguretat de nivell alt, donades les possibles implicacions de dades com ara l´afiliació sindical.

Finalment, cal lligar l´avaluació (positiva) vinculada a la carrera professional amb l´actitud d´aquells que de bona fe varen presentar denuncies que van donar lloc a la constatació efectiva, en via administrativa o judicial de il·legalitats. L´empleat públic denunciant de bona fe de supòsits de mala administració o de falta d´integritat no actua deslleialment amb la seva organització sinó que, ben al contrari, servei amb objectivitat als interessos generals d´acabar amb comportaments il·legals i corruptes i per això mereix tot el recolzament possible.

Es veritat que en la nostra tradició social i administrativa, el denunciant no està, en principi, ben vist. Expressions com "Roma no paga traïdors" (*Roma traditoribus non praemiat*) o l´expressions delator o bocamoll (en castellà "chivato" o "soplón") són mostra d´això. Però també és cert que, sense oblidar possibles externalitats negatives de les denúncies, cal protegir els efectes positius (Domènech, 2013), incentivant les de bona fe i desincentivant les falses, que, per cert, són constitutives de delicte (arts. 456 i 457 del Codi Penal).

5) Estructura organitzativa de vetlla dels codis

Una infraestructura ètica, i la part de la mateixa que són els codis, necessiten d´unitats de coordinació del sistema, que siguin capaces de resoldre consultes, establir directrius i fixar criteris pel bon funcionament global del sistema. En el cas dels codis, s´ha dit que "un comitè de ètica con la màxima independencia posible del gobierno correspondiente, con capacidad investigadora y de elaboración de consultas y recomendaciones es fundamental para el éxito del código" i no podem estar-hi més d´acord (Villoria, 2002, p. 184).

En aquest àmbit, els exemples internacionals de bones pràctiques existeixen i poden servir d´inspiració, com és el cas destacat dels EEUU, amb l´ *Office of Government Ethics*, una agència creada al 1989 que depèn directament del President, el Director de la qual és anomenat per cinc anys per a garantir-li la major independència d´interferències polítiques partidistes (Ley, 2010)[56].

També cal tenir en compte les experiències espanyoles, i les catalanes en àmbits sectorials específics, ja exposades mitjançant els Comitès esmentats. En l´àmbit local, cal destacar el Comitè d´ètica de l'ajuntament de Sant Boi de Llobregat, el reglament del qual ha estat aprovat pel Ple en 2013. En l´àmbit de la Generalitat de Catalunya, destaca la creació del Comitè Assessor d´Ètica Pública, creat per Acord del Govern de 21 de juny de 2016, que ha de garantir el compliment del Codi de conducta d'alts càrrecs i directius i contribuir a millorar i enfortir la relació de confiança de la ciutadania envers la gestió dels afers públics. Constituït el 18 de juliol de 2016, les seves funcions són les de:

-Respondre les consultes, observacions i suggeriments dels alts càrrecs i del personal directiu relatius a la conducta ètica en l'exercici de les seves tasques.
- Rebre les queixes sobre la conducta ètica en l'exercici de les seves tasques dels alts càrrecs i del personal directiu i efectuar recomanacions de conducta o donar-hi el tràmit que correspongui.
- A petició dels òrgans competents per incoar o arxivar un procediment sancionador per incompliment del Codi de conducta, orientar i donar directrius amb la major precisió possible sobre els fets susceptibles de motivar la incoació d'un procediment sancionador i de les circumstàncies rellevants en el cas.
- Emetre un informe anual sobre l'activitat del Comitè Assessor d'Ètica Pública, les conclusions del qual seran públiques.

El Comitè Assessor d'Ètica Pública està integrat per les persones titulars de la Secretaria de Transparència i Govern Obert i de la Secretaria d'Administració i Funció Pública i per tres persones funcionàries, llicenciades en dret, amb rang orgànic mínim de cap de servei o assimilat orgànicament, designades per les persones titulars dels Departaments d'Afers i Relacions Institucionals i Exteriors i Transparència, de Governació, Administracions Públiques i Habitatge, i de Justícia, a proposta de la Secretaria de Transparència i Govern Obert, de la Secretaria d'Administració Pública i Funció Pública, i de la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques, respectivament[57].

Pel que fa al possible disseny organitzatiu d´una estructura que vetlli pel codi, entenem que els ens locals, en el marc de les seves competències, tenen una àmplia llibertat configurativa i poden optar per diferents models amb distintes funcions.

6) Empleats públics responsables de bona administració i integritat

D´igual manera que la legislació de procediment exigeix un "responsable del procediment administratiu" (art. 41 Llei 30/1992) , la legislació de protecció de dades

[56] http://www.oge.gov/

[57] Es pot consultar la seva activitat a: http://governacio.gencat.cat/ca/pgov_ambits_d_actuacio/pgov_funcio_publica/pgov_empleats_publics/pgov_carrecs_publics/codi-de-conducta-alts-carrecs-personal-directiu/comite-assessor-etica-publica/activitat-del-comite-reunions-i-consultes-formulades/index.html

un responsable del fitxer públic (LOPD 15/1999) o la normativa de prevenció de riscos laborals exigeix un "servei de prevenció de riscos laborals per a cada departament" (per exemple, Decret 312/1998, d'1 de desembre, pel qual es creen els Serveis de Prevenció de Riscos Laborals per al personal al servei de l'Administració de la Generalitat), caldria tenir en les unitats administratives personal específicament format en matèria de bona administració i integritat i lluita contra la mala administració i la corrupció, capaç de respondre en un primer moment les consultes, dubtes o inquietuds que puguin transmetre els empleats públics.

En la cultura romana va existir la figura del *Retor*, ja desapareguda, qui tenia entre les seves funcions ensenyar Retòrica (com ho va fer Marco Fabio Quintiliano, 35 a 95 d.c.), però acompanyada d´un conjunt de qualitats referides a la conducta moral i al caràcter (Diego Bautista, 2009, p. 10).

Dues experiències internacionals poden ser tingudes en compte en aquest àmbit. D´un cantó la ja consolidada experiència nord-americana, que compta amb dècades de desenvolupament i que s´agafa aquí com a referència (Ley, 2010, p. 5). D´altre cantó, la molt més recent experiència italiana, en la que la Llei 190/2012, de 6 de novembre, "in materia di prevenzione e repressione della corruzione nella pubblica ammintrazione", ha establert la figura del "responsabile della prevenzione della corruzione" (article 1, apartats 7, 12 i 14), fent-lo responsable, a més, en cas de violacions de la normativa.

7) Forma, estructura i contingut del Codi de bona administració i integritat

La forma, estructura i contingut del codi ha de ser conforme amb les directrius de tècnica legislativa existents a cada país. En el cas català, aquestes es troben al *Manual d'elaboració de les normes de la Generalitat de Catalunya* de 1992. Tanmateix, caldrà abans d´aprovar-lo, efectuar una avaluació del seu impacte, de conformitat amb els principis i tècniques de bona regulació continguts a la llei d´economia sostenible i internacionalment acceptats i aplicats, però, malauradament, pràcticament verges en el nostre àmbit local[58].

D´altra banda, al voltant dels codis sempre sorgeixen diferents pols de tensió: així, *concreció i detall vs. principis abstractes* i *control i regulació punitiva vs. concienciació i formació* (Aldeguer, 2013, p. 24). Mantenint sempre que es pugui un raonable equilibri, en el cas dels codis ètics locals *apostem per cercar la concreció i fomentar la conscienciació i l´orientació en positiu dels decisors públics*. I això per dos motius. En primer lloc, perquè per aprovar codis que repeteixen generalitats i vaguetats ja contingudes en altres textos legals, no val la pena fer res, llevat que, com assenyalen alguns crítics, simplement es cerqui un efecte maquillatge, que no és el que considerem demanda l´interès general.

Per exemple, no val la pena recollir en un codi una referència als regals, si és per repetir la (defectuosa) regulació que en fa la llei de transparència estatal de 2013, copiant per cert l´anterior Acord del Consell de Ministres de 2005, amb la seva crida als "*usos*

[58] Sobre la técnica legislativa i la qualitat normativa, es pot veure: http://www20.gencat.cat/portal/site/portaljuridic/menuitem.3ff8f3c9ae049a6dc366ec10b0c0e1a0/?vgnextoid=3df3cfcd35d0d210VgnVCM2000009b0c1e0aRCRD&vgnextchannel=3df3cfcd35d0d210VgnVCM2000009b0c1e0aRCRD&vgnextfmt=default

habituals, socials o de cortesia" [59]. Per exemple, no val la pena tornar a dir que els decisors han de ser imparcials i objectius i s´hauran d´abstenir (cosa que ja sabem per la Constitució i la legislació) si no s´avança i es detecta que el Codi pot ajudar a determinar amb precisió quan un membre de la corporació local hagi d´evitar ser present en la presa i execució de decisions i quan la seva actuació serà determinant de la il·legalitat del que es faci, d´acord amb l´art. 76 LBRL i la jurisprudència recaiguda (Gieure, 2009).

I segon lloc perquè el codi, integrat en l´infraestructura ètica local, ha de donar una guia útil i precisa i *un acompanyament en positiu al decisor, que ha de fer més que no fer malament les coses* per aconseguir una bona administració (Carlee, 2004 OCDE 1996), cosa que ara no existeix, mitjançant assessorament i suport. En canvi, instàncies de control ja en tenim, només cal fer-les funcionar adequadament

Pel que fa a la seva aprovació, es possible pensar en dues alternatives. O bé aprovar-lo com a *soft law*, amb vinculació jurídica limitada (per exemple mitjançant un acord del ple en l´àmbit local, en el nostre cas[60]) o bé fer-ho com a regla jurídica totalment vinculant (mitjançant Ordenança, en el que ara ens interessa).

Ambdues possibilitats tenen pros i contres. Mentre el *soft law* permet la facilitat en la primera aprovació i el canvi ràpid en el futur, té una vinculació diferent, el que pot ser important en la relació amb codis sectorials, com ara veurem. Aprovar-lo com a Ordenança allargaria el procediment d´elaboració, sens dubte, però també permetria enriquir el contingut amb les aportacions de tota mena fetes duran el procediment legalment establert i el faria més resistent a canvis futurs poc meditats o a codis sectorials posteriors.

D´altra banda, un codi que completi estàndards de bona administració i d´integritat i que desenvolupi estructures organitzatives noves, d´acord amb previsions de la legislació de procediment administratiu (on existeix reserva de llei, art. 105), de funció pública i d´organització (d´igual manera, art. 103 CE) estaria actuant, doncs, com un complement de diverses legislacions. Cal tenir en compte que ja existeix una regulació a l´EBEP i a la llei de transparència, com és sabut, pel que sembla que la forma raonable d´articular-ho seria com a Ordenança que desenvoluparia aquestes previsions legals (el que és acceptat per la jurisprudència constitucional en matèria de funció pública, STC 99/1987). Tinguis en compte, per exemple, que els comitès d´ètica sectorials catalans preexistents en aquests moments i abans al·ludits han estat tots ells desenvolupats per normes de caràcter reglamentari

---

[59] Nacions Unides ha desaconsellat aquest tipus de clàusules vagues: "Codes should include clear and unambiguous provisions on acceptance or rejection of gifts", UNODC, 2009, p. 21.
En el cas dels regals, existeixen diverses solucions a nivell internacional. El risc dels mateixos a la imparcialitat i l´objectivitat pot tenir arguments basats en els avenços de la neurociència en relació als conflictes d´interessos. en compte la influència *subconscient* que un regal pot tenir en les decisions dels receptors, tenint en compte els estudis científics que sostenen que prenem la majoria de les decisions en el nostre subconscient, es parla fins i tot del 95%, abans fins i tot de ser-ne conscients, es xifra en torn als 300 milisegons. Amb aquests coneixements, sigui quina sigui la decisió del codi, cal en tot cas oferir en positiu a l´empleat públic un protocol de reacció quan li siguin oferts.
Vegeu Vázquez-Protomeñae, 2011, pp. 151 i ss, i Mlodinow, 2013, pàg. 254, i Cerrillo , 2014, pp. 230 i ss.

[60] Com ha destacat Sarmiento, 2008, no és veritat que el dret contingut en instruments que no siguin lleis ni reglaments (a banda dels principis i valors, és clar) no tingui cap vinculació jurídica. La té, encara que diferent del Dret contingut en regles jurídiques clàssiques.

Ara bé, cal tenir en compte que en relació amb el Codi d´ètica de la Policia de Catalunya - finalment aprovat per resolució del Conseller d´interior l´any 2010[61] (encara que per una Resolució posterior, també de la Conselleria d´Interior, de 2011, es va deixar sense efecte el mateix[62]) – va existir un projecte de Decret objecte de Dictamen de la Comissió Jurídica Assessora 275/10, en el que es va indicar que només era exercici de potestat reglamentària allò que en un codi ètic o de conducta tenia d´innovació de l´ordenament jurídic, com ara novetats organitzatives concretes, quedant el que podria ser considerat un "*protocol explicatiu amb finalitats informatives, pedagògiques i sobretot organitzatives*" d´aspectes ja preexistents per la forma "*d'acord del govern o, si escau, resolució del conceller"*.

Pel que fa a la relació entre el codi general i codis sectorials possibles (policia, urbanisme, etc), el debat sobre si cal o no un codi general s´ha tancat internacionalment en el sentit majoritari d´entendre que sí, perquè aquest codi permet generalitat i cohesió de totes les funcions administratives i tots els serveis públics, en front de la concreció i fragmentació típica de codis sectorials. Ambdós tipus de codi són perfectament complementaris i així s´ha entès en multitud de països, com ara el Regne Unit.

Dit això, la qüestió es la *resistència* del codi general front els sectorials. En altres termes, qualsevol codi sectorial pot desconèixer o directament contradir el codi general? La resposta de sentit comú seria que no. Ara bé, els codis sectorials posteriors que s'aprovin amb Acord del Ple (no diguem ja amb forma d´Ordenança) serien posteriors en el temps i més especialitzats, pel que s'imposarien al codi general.

Aquest efecte es pot evitar aprovant el codi general per regla jurídica (Ordenança) i advertint que és comú a totes les unitats administratives de l´Administració local, sens perjudici que pugui ser completat i desenvolupat per codis sectorials posteriors, que no podran, però, desconèixer-lo o vulnerar-lo vàlidament.

Tot això ens inclina a recomanar l'aprovació del codi general amb forma d´Ordenança, al menys pel que fa a l´estructura organitzativa que del mateix se´n deriva (comissió d´integritat i bona administració i responsables d´integritat i bona administració).

8) Efectes del codi un cop aprovat:

Finalment, un cop aprovat el codi caldrà donar-li difusió entre els empleats públics i iniciar la formació abans esmentada.

Pel cas dels contractats, es pot indicar que el codi forma part del clausulat del contracte (com fa el codi britànic). En el cas dels funcionaris, cal entendre que el codi, sigui quina sigui la seva formar jurídica d´aprovació, s´incorpora a l´ordenament jurídic i, per tant,

[61] Consultable a: http://www20.gencat.cat/portal/site/portaldogc/menuitem.c973d2fc58aa0083e4492d92b0c0e1a0/?vgnextoid=485946a6e5dfe210VgnVCM1000000b0c1e0aRCRD&appInstanceName=default&action=fitxa&documentId=564595&language=ca_ES&newLang=ca_ES

[62] Consultable a: http://www20.gencat.cat/portal/site/portaldogc/menuitem.c973d2fc58aa0083e4492d92b0c0e1a0/?vgnextoid=485946a6e5dfe210VgnVCM1000000b0c1e0aRCRD&appInstanceName=default&documentId=571414&action=fitxa&mode=single

forma part de la relació estautària. En el cas dels alts càrrecs, convindria en raó de l'exemplaritat que els correspon, procedir a la signatura formal d'una declaració assumint explícitament el codi, com fa, per exemple, el codi basc esmentat, que dona un període de 15 dies des de la publicació per a adherir-se o per ser cessat en el càrrec.

Per últim, és imprescindible procedir a la millora continua dels codis en funció de l´experiència derivada de la seva aplicació (és a dir, en terminologia de la qualitat regulatòria, la seva avaluació *ex post*) En aquest punt, la tasca dels responsables de bona administració i integritat i de l´estructura organitzativa encarregada de vetllar per la seva aplicació pot ser crucial i de gran utilitat.

BIBLIOGRAFIA

ALDEGUER, B. (2013), "Ética pública y gobierno local en un contexto de crisis económica", *BARATARIA; Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, núm. 15, pp. 15 i ss

ANDRÉS JOVANI, J.M. (2012), "Ética, corrupción y el paradigma del "Homo Economicus"," *Encuentros multidisciplinares*, Vol. 14, Nº 40, págs. 8-18

ARGANDOÑA, A. (2010), "La dimensión ética de la crisis financiera", Documento de Investigación DI-872, julio, IESE

ARRUÑADA, B. (2010), "Protestants and Catholics: Similar Work Ethic, Different Social Ethic," *The Economic Journal*, 120(547), 890-918.

BAKAL, J. (2009), *Capitalismo caníbal. La corporación*, Robinbook, Barcelona. A partir d´aquest llibre i amb participació de l´autor del mateix, professor]de Dret, es pot consultar el documental *The Corporation*, en espanyol, a: https://www.youtube.com/watch?v=Q0dCR1xRSZA

BELLOD REDONDO, José Francisco, (2013)"¿Cuánto cuesta el rescate bancario? Una estimación provisional" [en línea], *Contribuciones a la Economía*, enero, <http://www.eumed.net/ce/2013/cuanto-cuesta-rescate-bancario.html>)

CARLEE, R, (2004) "Ethics in local government: it´s more tan not doing bad things", *Public Management*, vol. 86, 6,

CASSESE, S. (2009), " Il diritto a la buona admministrazione", *European Review of Public Law*, vol. 21, núm. 3, otoño,, pp. 1037 y ss.

CERRILLO, Agustí. (2014), *El principio de integridad en la contratación pública*, Aranzadi

CERRILLO, A. i PONCE, J., (Coords), *Transparència, accés a la informació pública i bon govern a Catalunya: Comentaris sobre la Llei 19/2014, de 9 de desembre*, UOC-EAPC, 2015

CORTINA, Adela (1998)., *Hasta un pueblo de demonios. Ética pública y sociedad*, Taurus, Madrid

CRAIG, P.P (1994)., *Administrative Law*, London, Sweet&Maxwell, 3ªed

CURTÓ, F. (2011), *Govern Local i governança ètica*, Diputació de Barcelona

DAVIS, K.C. (1969), *Discretionary Justice. A preliminary Inquiry*, Lousiana Satate University Press, Baton Rouge

DIEGO BAUTISTA, O. (2009), *Institucionalización de la ética en el ámbito de Gobierno*, UAEM

DOMÈNECH PASCUAL, G.,(2013) *Roma delatoribus Praemiat. La denuncia en el Derecho Público*, a DÍAZ SÁNCHEZ, J.J., (Coord), *La función Inspectora*, INAP, Madrid, pp. 171 i ss.

FIELDMAN, M.S., (1992) "Social Limits to discretion: an organizational perspective", a HAWKINS, Keith (Ed.), *The uses of discretion*, Oxford, Clarendon Press

Foster, N. (2008) "The Journal of Comparative Law A New Scholarly Resource", The Journal of Comparative Law, first issue. (JCL - The Journal of Comparative Law)

GIANNINI, M.S. (1993), *Diritto Amministrativo,* Vol. II, Giuffrè, Milán, 3ª ed.

GIEURE LE CARESSANT, J.A. (2009), "La recusación en el ámbito de la administración local-urbanística", Revista Electrónica CEMCI, núm. 3

GREENWOD, J, y WILSON, D. (1989), *Public Adminsistration in Britain today*, London, 2º ed.

INAP, *Estatuto Básico del Empleado Público, Informe de la Comisión, Abril 2005*, INAP

JIMÉNEZ ASENSIO, R., (2012) "El Proyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno: su posible impacto sobre los Gobiernos locales", a *La Transparencia en los Gobiernos locales: una apuesta de futuro*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Publicación digital 2/2012

JIMÉNEZ, F. (2011), "¿Se puede prevenir la corrupción?", *Claves de Razón Práctica*, núm. 213

LAPUENTE GINÉ, V. (2010) "El sistema de mérito como garantía de estabilidad y eficacia en las sociedades modernas avanzadas", D.A. *Revista Documentación Administrativa*, n. 286-287, gener-agost

Lapuente Giné, V.,(2011) "Por qué la corrupción no se castiga", *Política Comparada*, núm. 2011/02, Laboratorio de Alternativas, p. 5

LEON, C.J.; ARAÑA, J.E., AND DE LEON, J. (2013): "Valuing the Social Cost of Corruption using Subjective Well Being Data (SWB) and the technique of Vignettes", *Applied Economics*, vol. 45, n. 27, 2013, pp. 3863-3870

LEY, J.S. (2010), "Ethics Management in Government: Experience in American Government", *Performance Matters*, vol. 2, issue 1, october 21

MATARELLA, B.G. (2007), *Le regole d´onestà. Etica, politica, amministrazione*, Il Mulino, Bologna

MERLONI, F (2012)., *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Giappichelli editore

MLODINOW, L. (2013) *Subliminal: cómo el inconscientee gobierna tu comportamiento*, Barcelona, Crítica

OCDE, (1996), "Ethics in the Public Service: Current Issues and Practice.", *Public Management Occasional Papers*, núm. 14

OCDE, (1998) L´*Ètica en el servei públic. Pràctica i temes actuals*, EAPC-Diputació Barcelona, 1998

PERRY, J.L. (1993), "Whistleblowing, Organizational Performance and Organizational Control", en G. Ferderickson (Ed.), *Ethics and Public Administration*, Sharpe, Nova York

PIGEM, J. (2011), *GPS (global personal social). Valores para un mundo en transforma*ción, Kairós

PIGEM, J. (2013) *La nova realitat. De l'economicisme a la consciència quàntica*, Kairós

POLLIT, C (2010)., *Public Management Reform during Financial Austerity*, Stakontoret, 2010,

PONCE SOLÉ, J. (2012), "El Derecho a una buena administración: Derecho administrativo y lucha en pos de una buena gestión pública,a TORNOS MAS, J. (Coord.), *Comentarios a la Ley 26/2010, de 3 de agosto de Régimen Jurídio y de Procedimiento de las Administraciones Públicas en Cataluña*, Iustel, pp. 225 i ss.

PONCE SOLÉ, J. (2005), "Good Administration and Administrative Procedures", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Volumen 12, número 2, estiu, pp. 551 a 589.

PONCE SOLÉ, J. (2013), "La prevención de la corrupción mediante la garantía del derecho a un buen gobierno y a una buena administración en el ámbito local: (con referencias al Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno)" [en linea] a *Anuario del Gobierno Local*, 2012, págs. 93-140. <http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/handle/10873/1432 >

PONCE SOLÉ, J. (2013), "Transparencia, innovación, buen gobierno y buena administración", [en línea], article publicat al bloc de la *Revista Catalana de Dret Públic*, <http://blocs.gencat.cat/blocs/AppPHP/eapc-rcdp/2013/11/25/transparencia-innovacion-buen-gobierno-y-buena-administracion/>

PONCE SOLÉ, J., (2013) *La (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, [en línea] INAP, >http://bibliotecadigital.inap.es/Datos/Monografias/el_derecho_y_la_reversibilidad/El%20derecho_y_%20la_reversibilidad.pdf>

PONCE, J., MOLTÓ, J.M, CAPDEFERRO, O. (2012), *Dret, Juristes i Gestió Pública a Catalunya. Lectures de dret públic català amb motiu del centenari de l´Escola d´Administració Pública de Catalunya* [en línea], EAPC, Barcelona,

>http://www20.gencat.cat/docs/eapc/Home/Publicacions/Varia/35%20dret_juristes_gestio/dret_juristes_gestio.pdf >

PRIETO, C (2012)., "Medidas de transparencia y ética pública: los códigos éticos, de conducta o de buen gobierno", *Anuario del Gobierno Local 2011*, Fundación Democracia y Gobierno Local-IDP, pp. 315 i ss.

RAGUÉS i VALLÈS, R. (2006), "Héroes o traïdores? La protección de los informantes internos (Whistleblowers) como estrategia político criminal", *InDret*, 364, Juliol

SARMIENTO, D. (2008) *El soft law adminisrativo*, Thomson-Civitas

SCHDMIT-ASSMANN, E. (2003) *Teoría general del derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons

TRANSPARENCY INTERNATIONAL ESPAÑA (2012) *Sistema de integridad nacional de España: Resumen Ejecutivo. El marco de integridad institucional en España. Situación actual y recomendaciones*, [en línea] >http://www.transparencia.org.es/PROYECTO_ENIS/Sistema_Nacional_de_Integridad_de_Espa%C3%B1a-RE.pdf >

UNICEF, (2013) *Infància a Catalunya 2012-2013*, [en línea] >http://www.unicef.es/sites/www.unicef.es/files/Infancia_a_Catalunya_2012-2013.pdf >

UNODC, (2009) *Technical Guide to the provisions of the United Nations Convention against Corruption*, UN, [en línea] >http://www.unodc.org/documents/corruption/Technical_Guide_UNCAC.pdf >

VÁZQUEZ-PROTOMEÑAE SEIJAS, F.,(2011) "Admisión de regalos y corrupción pública. Consideraciones sobre el llamado "cohecho de facilitación" (art. 422 CP)", Revista de Derecho Penal y Criminología, 3ª época, núm. 6 , pp. 151 i ss

VILLORIA, M. y JIMÉNEZ, F. (2012), "La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos", *Reis*, 138, abril-junio, pp. 109 y ss.

VILLORIA, D., *Bon govern, transparència i integritat institucional al govern local*, Diputació de Barcelona, 2015

VILLORIA, M. (2002), *Ética pública y corrupción: curso de ética administrativa*, Tecnos

WHITTON, H. (2001), "Implementing Effective Ethics Standards in Government and the Civil Service", *Transparency International*, February 2001

ZAMAGNI, S. (2013), *La Avaricia. Pasión por tener*, Machado

UNIVERSITAT DE BARCELONA

La bona governança, el bon govern i la bona administració. L'ètica pública als governs locals

FMC, 2016

Dr. Juli Ponce Solé
Catedràtic Acr. de Dret Administratiu, Director de l´ institut de investigació TransJus de la Universidad de Barcelona

jponce@ub.edu

UNIVERSITAT DE BARCELONA

1. LA DISCRECIONALITAT, AVUI

2. DRET A UNA BONA ADMINISTRACIÓ

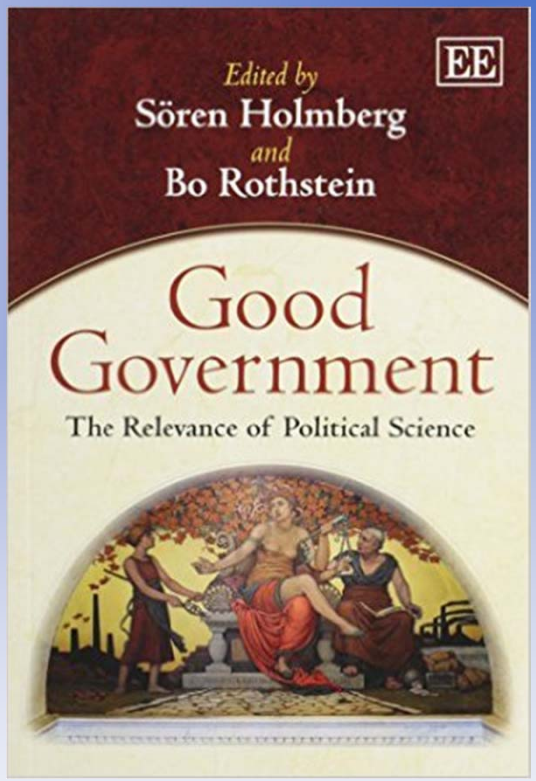
3. DRET A UNA BONA ADMINISTRACIO I CODIS DE CONDUCTA LOCAL

4. COMPLEXITAT I CANVI : ORIENTACIÓ I GUIA DELS DECISORS PÚBLICS

5. ELS CODIS D'ÈTICA I DE CONDUCTA AVUI

6. ELS CODIS EN EL CONTEXT DE LA INFRAESTRUCTURA ÈTICA I DEL MARC D´INTEGRITAT LOCAL

1. La discrecionalidad, hoy



- BRAIBANT: "incluso cuando las autoridades administrativas están autorizadas a hacer lo que quieran, no pueden hacer no importa qué"

- CASSESE: “siglo de la buena administración”

UNIVERSITAT DE BARCELONA

LEGITIMACIÓN ADMINISTRATIVA, NUEVA GESTIÓN PÚBLICA Y GOBERNANZA

- LEGITIMACIÓN ADMINISTRATIVA, NUEVA GESTIÓN PÚBLICA Y GOBERNANZA
  - LEGITIMACIÓN POR RENDIMIENTOS (EFICACIA, EFICIENCIA, ECONOMÍA)
  - CÓMO SE ADMINISTRA: CALIDAD DE COMPORTAMIENTO Y RESULTADOS

UNIVERSITAT DE BARCELONA

CAMBIO DE PARADIGMA EN EL DERECHO PÚBLICO

- La revolución francesa y el principio de legalidad: su inspiración en la física newtoniana y las potestades regladas

- Montesquieu, *El espíritu de las leyes*:
- "Las leyes, en su significación más lata son las relaciones necesarias que se derivan de la naturaleza de las cosas. (…); las tiene el mundo material(…). El hombre, como ser físico, está gobernado, al igual de los otros cuerpos, por leyes inmutables.(…). La ley, en general es la razón humana en tanto gobierna a todos los pueblos de la tierra…"

UNIVERSITAT DE BARCELONA

http://hemeroteca.lavanguardia.com/preview/1962/03/03/pagina-25/32706694/pdf.html?search=facultad

•Conferencia 2 de marzo de 1962 de Eduardo García de Enterría en Universidad de Barcelona

La lucha contra las immunidades del poder

el paradigma en el derecho público iberoamericano

http://hemeroteca.lavanguardia.com/preview/1962/03/03/pagina-25/32706694/pdf.html?se
Edición del sábado, 03 mar...
Fitxer Edició Visualització Preferits Eines Ajuda
Edición del sábado, 03 marzo 1962, página 25 Ver día completo Descargar Enviar a un amigo Volver

CONFERENCIAS SOBRE «PODER Y DERECHO»

El profesor García de Enterría disertó acerca de «LA LUCHA CONTRA LAS INMUNIDADES DEL PODER»

Ciclo organizado por la «Promoción Ballbé»

Dentro del Ciclo «Poder y Derecho» que, organizado por la Promoción Ballbé 1957-1962, se está desarrollando en la Facultad de Derecho, disertó el catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Madrid, doctor Eduardo García de Enterría. Tras unas palabras del decano de la Facultad, doctor Font y Rius, el catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona, doctor Entrena Cuesta presentó al conferenciante, poniendo de relieve su preparación científica y su dedicación a la enseñanza universitaria.

Relación entre la Administración y la Política

El profesor García de Enterría recordó, en breves frases, los lazos de amistad y colaboración que le unieron al desaparecido profesor doctor Ma-

xistencia de actos de naturaleza política, distintos de los de naturaleza administrativa. Son, unos y otros, actos de un mismo sujeto —la Administración—, y, como tales, sometidos al mismo Derecho unívocamente.

De la enumeración de nuestra Ley, sólo dos categorías de los actos políticos sustraídos a la fiscalización contenciosa, lo han sido justificadamente: los actos referentes a las relaciones internacionales, y los que regulan las relaciones del Gobierno con los demás órganos políticos del país: Cortes, Jefatura del Estado, etc. En estos casos, tampoco nos hallamos ante una auténtica inmunidad administrativa, porque dichos actos no son emanados de la Administración, sino sujetos al ordenamiento jurídico internacional, en el primer caso, y al orden constitucional, en el segundo, con el cual serán actos fiscalizables en las respectivas Jurisdicciones internacional y constitucional, allí donde las hubiere.

UNIVERSITAT DE BARCELONA

- La ciencia jurídica normal y sus anomalías: la *indiferencia* del Derecho ante las decisiones discrecionales del gobierno y de la administración (Tribunal Supremo Español). La *libertad* de elección entre alternativas

UNIVERSITAT DE BARCELONA

- El derecho a una buena Administración, como veremos, al imponer obligaciones jurídicas en el núcleo del ejercicio de la discrecionalidad actúa como límite más allá de la mera arbitrariedad, siendo, además, guía para los gestores públicos en la toma de decisiones.

  – En la jurisprudencia española del Tribunal Constiucional (TC), podemos destacar, al respecto, las sentencias 17/1996, de 7 de febrero y 202/1997, de 25 de noviembre, ambas recaídas a propósito de nombramientos de libre designación de empleados públicos, el TC señala que **ni siquiera en estos casos existe una "omnímoda libertad",** aún existiendo discrecionalidad, pues debe existir una motivación de la decisión adoptada que exteriorice las causas objetivas en que ésta se funda, las cuales, obviamente, deben existir y reflejarse en el correspondiente expediente.

UNIVERSITAT DE BARCELONA

- POR ELLO, FRENTE A LA INERCIA JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINAL SE IMPONE YA OTRA MANERA DE ENTENDER EL EJERCICIO DE LA DISCRECIONALIDAD EN LA GESTIÓN PÚBLICA

UNIVERSITAT DE BARCELONA

Relación entre buen gobierno, buena administración y transparencia: por un nuevo paradigma.

La física cuántica, la incertidumbre y la discrecionalidad.

Principio de incertidumbre de Heisenberg

Observador

Ordenamiento. Jurídico (normas, ppos. grales, derecho y obligaciones a una buena administración)

Partícula

Velocidad o movimiento

Decisión administrativa

Aspectos reglados y núcleo discrecional

- En las palabras de la STS español de 7 de octubre de 1999 (Ar. 8840) (en este caso por falta de adecuada motivación)

- "resultará que se incurre en el ámbito de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, garantizada en el art. 9.3 de la Constitución, y se priva al órgano jurisdiccional de la posibilidad de controlar si la actividad de la Administración sirve con objetividad los intereses generales, conforme al art. 103.1 de la Norma Fundamental, y viene inspirada por las exigencias de los principios de buena administración (art. 3 de la Ley de Contratos y 111 del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril que es lo que justamente impone a los Tribunales el art. 106.1 de la Constitución". De ahí que "Dicha motivación es exigible, por tales razones, (…) cuando la Administración ejercita facultades discrecionales que requieren la posibilidad de elegir entre un mayor o menor abanico de opciones, o entre una pluralidad de alternativas justas o «razonables» desde el punto de vista del Derecho, o de **decidir entre diversas alternativas «jurídicamente indiferenciadas», como textualmente expresa la Sentencia recurrida - aunque cabría preguntarse si en un Estado de derecho puede admitirse la existencia «a priori» de algo «indiferente jurídicamente**»".

UNIVERSITAT DE BARCELONA

- En definitiva, la lucha jurídica contra las inmunidades del poder debe evolucionar hasta convertirse en la lucha por la buena administración.

- No nos debe bastar ya con que la actuación pública no sea arbitraria *y no vulnere el principio de probidad*; es posible exigir además que respete el derecho a una buena administración.

UNIVERSITAT DE BARCELONA

- STS de 26 de febrero de 1990, Ar. 1512, según la que “el moderno Derecho administrativo ya no aspira sólo a la defensa del ciudadano frente a las injerencias indebidas de los poderes públicos, sino a conseguir una Administración prestadora eficaz de servicios públicos”

UNIVERSITAT DE BARCELONA

SCHMIDT-ASSMANN:

- “Discrecionalidad no significa “libertad de elección”. La Administración no elige libremente una opción determinada, ya que como poder en todo momento dirigido por el Derecho, debe orientarse según los parámetros establecidos en la ley y en su mandato de actuación, ponderándolos autónomamente en el marco de la habilitación actuada (…).

- Por consiguiente, la discrecionalidad encierra un mandato de actuación a la administración enderezado a la consecución de racionalidad y estructurado a través e una serie de variados parámetros. Para que este mandato sea ejercido “correctamente” no se requiere sólo que la Administración no incurra en vicios jurídicos, pues la “corrección” de la actividad administrativa exige, además, que se cuiden los recursos disponibles y se propicie su aceptación por parte de sus destinatarios”

- Parámetros jurídicos de orientación en positivo de la discrecionalidad que son ““orientaciones normativas de la acción administrativa” que van más allá de la mera legalidad y aspiran a la justicia” (como las ofrecidas por la proporcionalidad, la buena administración, la igualdad, la seguridad jurídica o la protección de la confianza legítima).

UNIVERSITAT DE BARCELONA

¿Una nueva lengua de los derechos para el buen gobierno y la buena administración?

•E. García de Enterría

La lengua de los derechos. La formación del Derecho público europeo tras la revolución francesa, Alianza editorial, 1994, Discurso de ingreso en la Real Academia de la Lengua Española

(Buena gobernanza, buen gobierno, buena administración, *better regulation* o mejora regulatoria, *nudging* o empujón, evaluación *ex ante*, evaluación *ex post*, clàusulas *sunset*, *sharing economy* o economia colaborativa, experimentación, indicadores, códigos éticos o de conducta...)

UNIVERSITAT DE BARCELONA

- PRATS: *De la burocracia al "management", del "management" a la gobernanza*, en *Las transformaciones de las administraciones públicas de nuestro tiempo*, INAP, 2005

- NPM: Christopher Hood and Ruth, A Government that Worked Better and Cost Less? Evaluating Three Decades of Reform and Change in UK Central Government, Oxford University Press, 2015 (http://xgov.politics.ox.ac.uk/)

- OCDE, 2010, *Public Administration after "New Public Management"*, calidad en la gestión

UNIVERSITAT DE BARCELONA

- Javier de Burgos, S. XIX

  -ciencia de la Administración: ciencia de lo útil y lo dañoso

  -Derecho: ciencia de los justo y de la injusto

- Siglo XXI

  DERECHO: la ciencia de lo justo y útil y de lo injusto y dañoso:

  todo lo injusto es dañoso, pero dentro de lo justo, puede haber alternativas más útiles al logro de la justicia que otras (mejores por más justas, esto es proporcionadas, racionales, eficientes, etc.)

García de Enterría, 1962

UNIVERSITAT DE BARCELONA

"…un menester que es habitual en los modos científicos del Derecho Administrativo. Es, desde luego, su servidumbre (por de pronto, esto); nos parece, sin embargo, a sus servidores que también su grandeza. Esta tarea es la de reconducir los grandes temas, los temas que estremecen el corazón del hombre , como es éste, sin duda, del Poder, a su concreta, diaria y artesana aplicación, donde desaparecen su esoterismo y su misterio y se hace patente, posiblemente, su funcionalismo verdadero. Así, todo el suculento tema del Estado de Derecho se convierta para los administrativistas en un conjunto de técnicas concretas y particulares. Esta conversión de la metafísica en técnica es, justamente, nuestro papel en el gran concierto de las ciencias sociales."

2. El derecho a una buena administración

UNIVERSITAT DE BARCELONA

Deber de buen gobierno y derecho a una buena administración. Semejanzas y diferencias con la buena gobernanza.

- Buena gobernanza

- Buen Gobierno
  - Poder legislativo: fin del mito del legislador soberano. Ej. Tribunales constitucionales portugués o alemán.
  - Poder judicial/buena administración de justicia, TEDH
  - Poder ejecutivo

- Buena Administración: ejercicio de potestades y funciones administrativas (por AP, por Gobierno, por privados)

DERECHO PÚBLICO EUROPEO

-CONSEJO DE EUROPA: Recomendación CM/REC (2007) 7 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre buena ADMINISTRACIÓN

-BUENA GOBERNANZA: Utilizada por TEDH para control actividad pública. Principio de buena gobernanza impone una actividad pública:

- Ágil y rápida y en su debido momento ("promptly", "speedily", "in good time"), desarrollada de una manera apropiada y "sobre todo" consistente, especialmente cuando afecta a "derechos humanos fundamentales, incluyendo el derecho de propiedad".
-Llevada a cabo con sumo ("utmost") cuidado, "en particular cuando se trata de materias de vital importancia para los individuos, como beneficios sociales y otros derechos parecidos".
-Mediante el desarrollo de procedimientos internos que permitan la transparencia y la claridad de sus operaciones, minimicen el riesgo de errores y promuevan la seguridad jurídica en las transacciones entre particulares afectando intereses relativos a la propiedad.
-Correctora de errores cometidos, con el pago, en su caso, de una adecuada compensación u otro tipo de reparación apropiada para el ciudadano afectado por los mismos.

UNIVERSITAT DE BARCELONA

- CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, ART. 41: https://www.youtube.com/watch?v=YvQeFI4vTQE

- *Derecho a una buena administración*
- *Toda persona tiene* **derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.**
- *Este derecho incluye* **en particular***:*
  - *el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que la afecte desfavorablemente*
  - *el derecho de toda persona a acceder al expediente que la concierna, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial;*
  - *la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones.*
- *Toda persona tiene derecho a la* **reparación por la Unión de los daños** *causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.*
- *Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las* **lenguas** *de la Constitución y deberá recibir una contestación en esa misma lengua.*

UNIVERSITAT DE BARCELONA

- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Caso C-260/90 *Technische University München* v. *Hauptzollamt München-Mitle* (1991) ECR I-546, anterior a la Carta de Derechos Fundamentales, en el que la existencia de un deber de buena administración (*due care*) es conectado con el derecho a ser oído y con el deber de motivación

- Caso C-505/09P, sentencia de 29de marzo de 2012, posterior a la Carta, Estonia contra Comisión, en relación con comerció de derechos de emisión de gases de efecto invernadero: confirma anulación por Tribunal General de una decisión por vulneración del principio de buena administración de los procedimientos administrativos que significa "la obligación de examinar minuciosa e imparcialmente todas las circunstancias pertinentes del asunto de que se trate"

- Tribunal de Primera Instancia en su sentencia de 30 de enero de 2002 (Caso T-54/99, *Max. mobil Telekommunikation Service GmbH. v. Commission*), ya tras la aprobación de la Carta, el derecho a una buena administración es "uno de los principios generales que son observados en un Estado de Derecho (*governed by the rule of Law)* y son comunes a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros", con referencia al art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

- Sentencia del Tribunal General de la Unió Europea, Sentencia de 29 d'abril de 2015, T-217/11, sala cuarta, Claire Staelen c. Ombudsman de la Unión Europea

DERECHO PÚBLICO ESTADOS MIEMBROS UE

- **Informe oficial** AGENCIA SUECA PARA LA GESTIÓN PÚBLICA (STATSKONTORET), *Principles of Good Administration in the Member States of the European Union, 2005*. Consultable en http://www.statskontoret.se/upload/Publikationer/2005/200504.pdf , establece una interesante comparación de los principios de buena administración existentes en los ordenamientos jurídicos de los distintos países de la Unión Europea:

  "**la idea general tras la legislación sobre buena administración es que si la administración pública sigue procedimientos adecuados, la probabilidad de tomar buenas decisiones se incrementa notablemente. El diseño de procedimientos que aseguren que la autoridad administrativa considera todos los hechos relevantes, pondera todos los intereses relevantes y asegura que todas las partes puedan hacerle rendir cuentas durante el proceso mediante procedimientos transparentes y mediante la exigencia de que declare explícitamente el fundamento de su decisión asegurará un nivel mínimo de reflexión racional" (pág. 78).**

- La doctrina jurídica alemana en torno a la idea de ***Steureng*** (dirección), vinculada a la llamada *Nueva Ciencia del Derecho Administrativo*.

- EL EJEMPLO ITALIANO: EL *BUON ANDAMENTO* Y LA JURISPRUDENCIA DE LA *CORTE COSTITUZIONALE*

  – **SENTENZA N. 172 ANNO 2005** "...atteso che le esigenze di trasparenza e di credibilità della pubblica amministrazione sono direttamente correlate al principio costituzionale di buon andamento degli uffici."

  – **SENTENZA N. 262 ANNO 1997** "...che sono attuazione, sia pure non esaustiva, del principio costituzionale di buon andamento dell'amministrazione (art. 97 della Costituzione) negli obiettivi di trasparenza, pubblicità, partecipazione e tempestività dell'azione amministrativa, quali valori essenziali in un ordinamento democratico."

UNIVERSITAT DE BARCELONA

- ESPAÑA

  - CONSTITUCIÓN: PRINCIPIOS DE BUENA ADMINISTRACIÓN (ARTS. 9.3, 31.2, 103.1)

    - MARTÍN REBOLLO: “un **derecho implícito** en la Constitución: el derecho al buen funcionamiento de una Administración cuya función es servir (art. 103 CE)”

    - “una interpretación sistemática del texto constitucional derivada de los principios que la inspiran, y en particular del art. 9.1..., se deriva que la sujeción a la Constitución, entendida como deber negativo de no actuar contra ella, se aplica a todos y que esta sujeción actúa como deber positivo de obrar con arreglo a la misma, respecto de quienes son titulares de poderes públicos...” en palabras de la STC 122/1983, de 16 de diciembre, idea que se repite en la STC 101/1983, la cual destaca que **los titulares de los poderes públicos tienen un deber general positivo de realizar sus funciones de acuerdo con la Constitución**

Buen gobierno y buena administración en las leyes

- Transparencia, buen gobierno y buena administración
- Ley española 19/2013
- Leyes autonómicas (ej. Ley catalana 19/2014): durante la última década, hay decenas, con títulos distintos, ocupadas en buen gobierno, buena administración, calidad, gobierno abierto…a veces sin título explícito, pero recogiendo derecho a buena administración. Ej. Ley gallega 1/2015, de 1 de abril, de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración.

– EJ. SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL (TS) DE 30 DE ENERO DE 2012:

"En ese sentido, debe recordarse la doctrina de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo formulada sobre el significado y alcance de la exigencia de motivación de los actos administrativos, que se expone en la sentencia de 23 de mayo de 2005, en la que dijimos:

(…) **El deber de motivación de las Administraciones Públicas se engarzar en el derecho de los ciudadanos a una buena Administración, que es consustancial a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados Miembros de la Unión Europea,** que ha logrado su refrendo normativo como derecho fundamental en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Consejo de Niza de 8/10 de diciembre de 2000, al enunciar que este derecho incluye en particular la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones.".

UNIVERSITAT DE BARCELONA

STS, Sala de lo penal, de 18 de diciembre de 2008, recurso de casación 13/2008, que señala lo siguiente:

- "**El deber de motivación es sustancial en todo Estado de Derecho**, y se impone por nuestra legislación administrativa y constitucional, y en el ámbito de la Unión Europea por el art. 41 de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio (RCL 2008, 1437), por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa**, Carta de Derechos, que concede el derecho a todos los ciudadanos a una buena administración,** que incluye, entre otros derechos, la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones. **Es una constante, constatada con frecuencia desafortunadamente, que las autoridades administrativas en asuntos de elevadas solicitudes, utilizan modelos estandarizados, ausentes de cualquier motivación, tanto fáctica como jurídica, al caso sometido a su consideración, resolviendo, pues sin expresar el razonamiento que es debido. Ello puede dar lugar al delito de prevaricación administrativa cuando a la injusticia intrínseca de la resolución, se une la arbitrariedad de la misma, resultante de tan inmotivado proceder**. "

- ABUNDANTE JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA
- CITA DE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UE
- EN NUMEROSOS SECTORES DE ACTUACIÓN, EN RELACIÓN A ACTOS ADMINISTRATIVOS Y CONTRATOS; AUNQUE EMPLEA, DE HECHO, EL CONTROL EN RELACIÓN A REGLAMENTOS, NO MENCIONA LA BUENA ADMINISTRACIÓN.
- CONLLEVA, POR SU VULNERACIÓN, LA DECLARACIÓN DE ILEGALIDAD DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA (PERO NO EL RECONOCIMIENTO DE UNA SITUACIÓN JURÍDICA SUBJETIVA, SENTENCIA TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO DE 30/07/2009)
- VINCULA EL DERECHO CON LA (AUSENCIA DE SUFICIENTE) MOTIVACIÓN, AUNQUE EN OCASIONES CONTROLA NO SÓLO LA MOTIVACIÓN, SINO EL EXPEDIENTE Y LA CONGRUENCIA ENTRE AMBOS (SENTENCIA TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA DE 30/11/2011) O LA FALTA DE RESPUESTA ADMINISTRATIVA A ALEGACIONES DE CIUDADANOS (STS 29/10/2010)

ESPAÑA

UNIVERSITAT DE BARCELONA

- La CE (implícitamente)
- Los Estatutos de Autonomía de última generación
- Las leyes autonómicas de buena administración
- la jurisprudencia del TS y de los TJCA: http://www.gencat.cat/eapc/revistes/recopilatorio_sentencias_jurisdiccion_contenciosa_hasta032015_derecho_buena_administracion.pdf

---

- DISCRECIONALIDAD NO ES ARBITRARIEDAD…Y DEBE SER BUENA ADMINISTRACIÓN

UNIVERSITAT DE BARCELONA

QUE NO ES...(AUNQUE GUARDE RELACIÓN)

- BUEN GOBIERNO Y BUENA GOBERNANZA: las relaciones entre política, administración, sociedad
- CALIDAD: resultado de una buena administración
- ÉTICA O MORALIDAD PÚBLICA
- PROPORCIONALIDAD: cabe una acción proporcionada pero que vulnere la buena administración, y viceversa.
- DESVIACIÓN DE PODER
- TRANSPARENCIA
  : Presupuestos de la buena administración, no se identifican (RAMS)
- PARTICIPACIÓN
- MALA ADMINISTRACIÓN: ej. Art. 43 CDFUE “casos de mala administración”
- CORRUPCIÓN: subtipo específico de mala administración, sea política, electos o nombrados por confianza política, o administrativa.

¿nihil novum sub sole?

UNIVERSITAT DE BARCELONA

- Obligación jurídica de debido cuidado o debida diligencia en ponderación de todos los hechos, derechos e intereses relevantes y descarte de los irrelevantes (proporcionalidad *en positivo*, *reasonableness)*

+ congruencia con expediente + motivación

- Probidad y gestión de conflictos de intereses exige imparcialidad + objetividad = esa toma en consideración cuidadosa

UNIVERSITAT DE BARCELONA

Definición del derecho a una buena administración y de su estándar de debida diligencia y extensión a privados que ejercen funciones públicas.

Cuidado o diligencia...¿debida?

- Concepto jurídico indeterminado
- Utilizado en otros contextos en el ámbito privado...

- **diligencia de un buen padre de familia** del Código Civil, arts. 1.094, 1.104.2, 1.903

- "**el estándar de diligencia de un ordenado empresario**" que "se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y de acuerdo con un procedimiento de decisión adecuado", arts 225 y 226 de la Ley de Sociedades de Capital, modificada por la ley 31/2014, de 3 de diciembre

- Codigo ético de la función pública argentina, decreto 41/1999, art. 9:
- "El funcionario público debe actuar con pleno conocimiento de las materias sometidas a su consideración, **con la misma diligencia que un buen administrador emplearía para con sus propios bienes**"

UNIVERSITAT DE BARCELONA

- Papel judicial crucial en su determinación

- Mayor diligencia cuando afectación de derechos constitucionales: ej. Art. 27 CE, ej. Art. 45 CE.

EJ. STC 27 DE ENERO DE 2014, VOTO PARTICULAR

EJ. STS DE 13 DE JUNIO DE 2011, COMENTADA POR RODRÍGUEZ DE SANTIAGO EN INDRET

MOTIVACIÓN= CONTEXTO DE JUSTIFICACIÓN	**FUNDAMENTACIÓN= EXPEDIENTE= PROCEDIMIENTO (instrucción)= CONTEXTO DE DESCUBRIMIENTO**	**PONDERACIÓN CON DEBIDA DILIGENCIA O DEBIDO CUIDADO -**
NO EXISTE (=INT. ARBITRARIEDAD, ART. 9.3 CE, art. 63.1 LRJPAC)	NO EXISTE (MALA ADMINIST) (Ausencia de procedimiento, nulidad art. 62 LRJPAC)	NO EXISTE (=MALA ADMINIST: **INDICIO AUSENCIA DE MOTIVACIÓN O MOTIVACIÓN INSUFICIENTE**) (impide a la decisión alcanzar su fin, art. 63.2 o vulnera derecho a una buena administración, art. 63.1 LRJPAC)
ES INSUFICIENTE (=INT. ARB) (LO ES SI NO HAY CRITERIO EXTRAJURÍDICO EXPRESADO) (art. 63.1 LRJPAC)	ES INSUFICIENTE (NO INCORPORA HECHOS, INTERESES, DERECHO RELEVANTE) (=MALA ADMINIST) (impide a la decisión alcanzar su fin, art. 63.2 o vulnera derecho a una buena administración, art. 63.2 LRJPAC)	ES INSUFICIENTE (NO TOMA EN CONSIDERACIÓN FACTORES RELEVANTES O NO GENERA ALTERNATIVAS O NO LAS TOMA EN CONSIDERACIÓN) (=MALA ADMINIST; SI NO ESCOGE LA MENOS RESTRICTIVA, DESPROPORCIONADO) **EJ. STC 27 DE ENERO DE 2014** **EJ. STS DE 13 DE JUNIO DE 2011** (impide a la decisión alcanzar su fin, art. 63.2 o vulnera derecho a una buena administración, art. 63.1 LRJPAC)
ES INCONGRUENTE CON LA FUNDAMENTACIÓN (=MALA ADMINISTRACIÓN) (impide a la decisión alcanzar su fin, art. 63.2 o vulnera derecho a una buena administración, art. 63.1 LRJPAC) ES IRRACIONAL (=INT. ARBITR., ART. 9.3 CE, art. 63.1 LRJPAC)	INCORPORA ELEMENTOS IRRELEVANTES (=MALA ADMINIST) (impide a la decisión alcanzar su fin, art. 63.2 o vulnera derecho a una buena administración, art. 63.1 LRJPAC)	ES INCONGRUENTE CON LA FUNDAMENTACIÓN Y /O LA MOTIVACIÓN (=MALA ADMINISTRACIÓN). **EJ. STS 20 de noviembre de 2013,** indulto a conductor Kamikaze (impide a la decisión alcanzar su fin, art. 63.2 o vulnera derecho a una buena administración, art. 63.1 LRJPAC)

UNIVERSITAT DE BARCELONA

FORMULA KLITGAARD

C (corrupción) = M(monopolio) +D (discrecionalidad) –A (accountability)

VACUNA para Menor C=

D (reduciéndola donde sea posible pero aceptando su papel, limitándola y orientándola mediante deberes y obligacions jurídicas de buen gobierno y buena administración)

+T(transparencia)

Gobierno abierto

+P (participación)

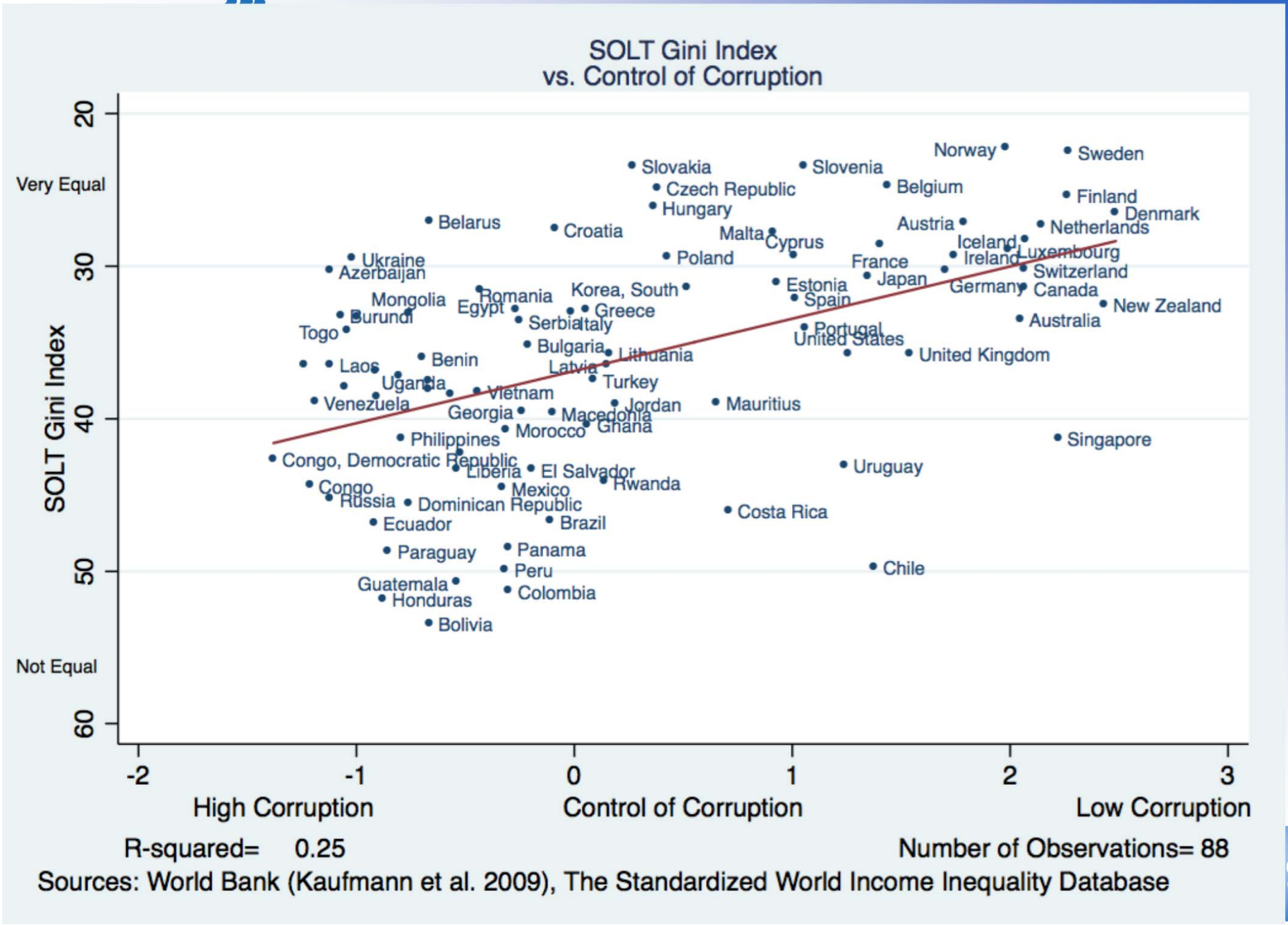
UNIVERSITAT DE BARCELONA

3. Derecho a una buena administración y códigos de conducta locales

- ¿HACIA DONDE TRABAJAR PARA POTENCIAR EL BUEN GOBIERNO Y LA BUENA ADMINISTRACIÓN?

  – A largo plazo: cambios marcos mentales
  – A corto y medio plazo: ajustes técnico-jurídicos
  – Cada vez tenemos más datos empíricos sobre a dónde nos lleva un mal gobierno y una mala administración corrupta

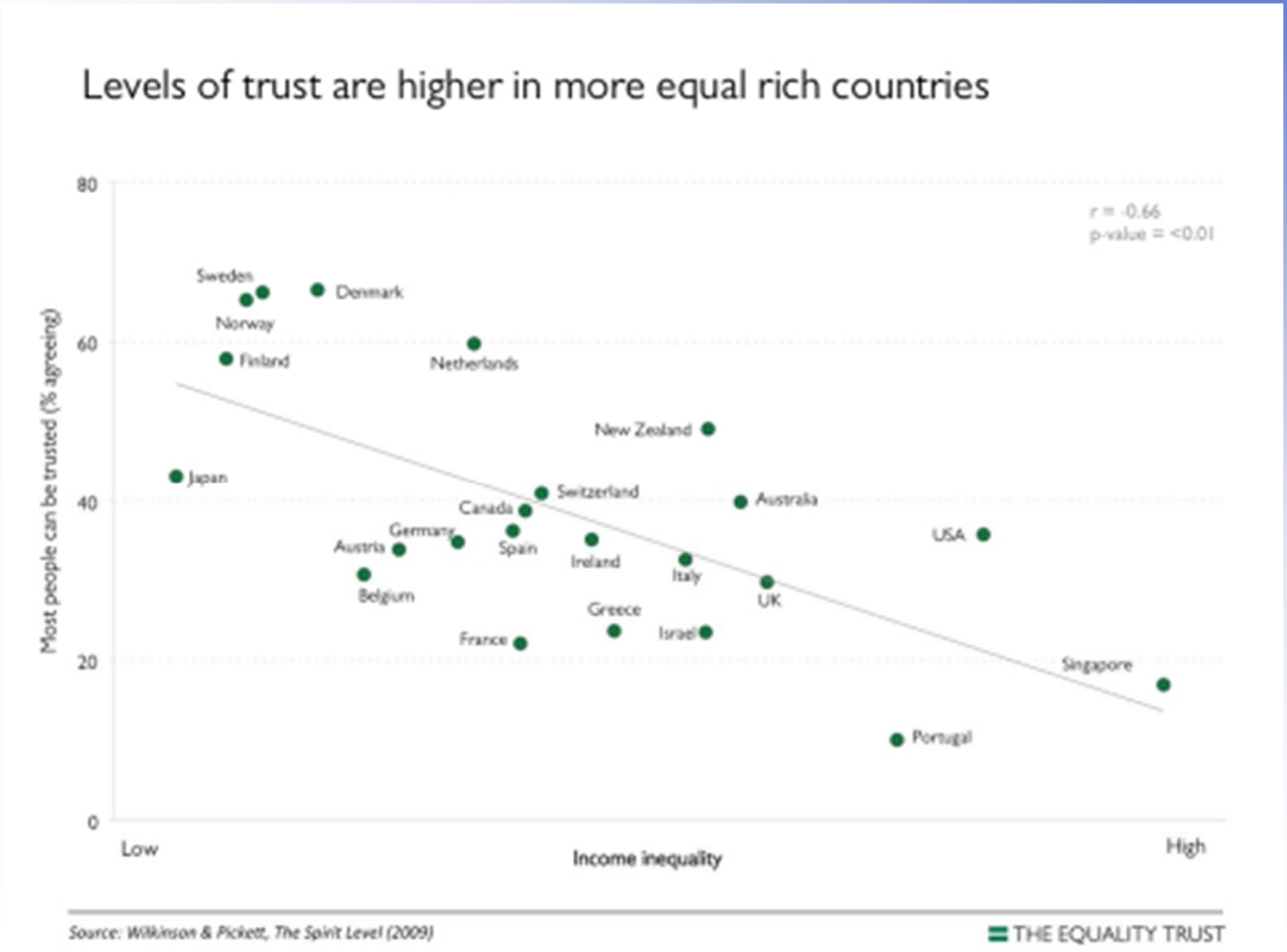
"CORRELATES OF CORRUPTION", BO ROTHSTEIN, SÖREN HOLMBERG, QOG, 2014, http://qog.pol.gu.se/digitalAssets/1510/1510617_correlates-of-corruption.pdf



UNIVERSITAT DE BARCELONA

Desigualdad y corrupción/corrupción y desigualtat: el circulo (no) virutuoso

https://www.equalitytrust.org.uk/spirit-level

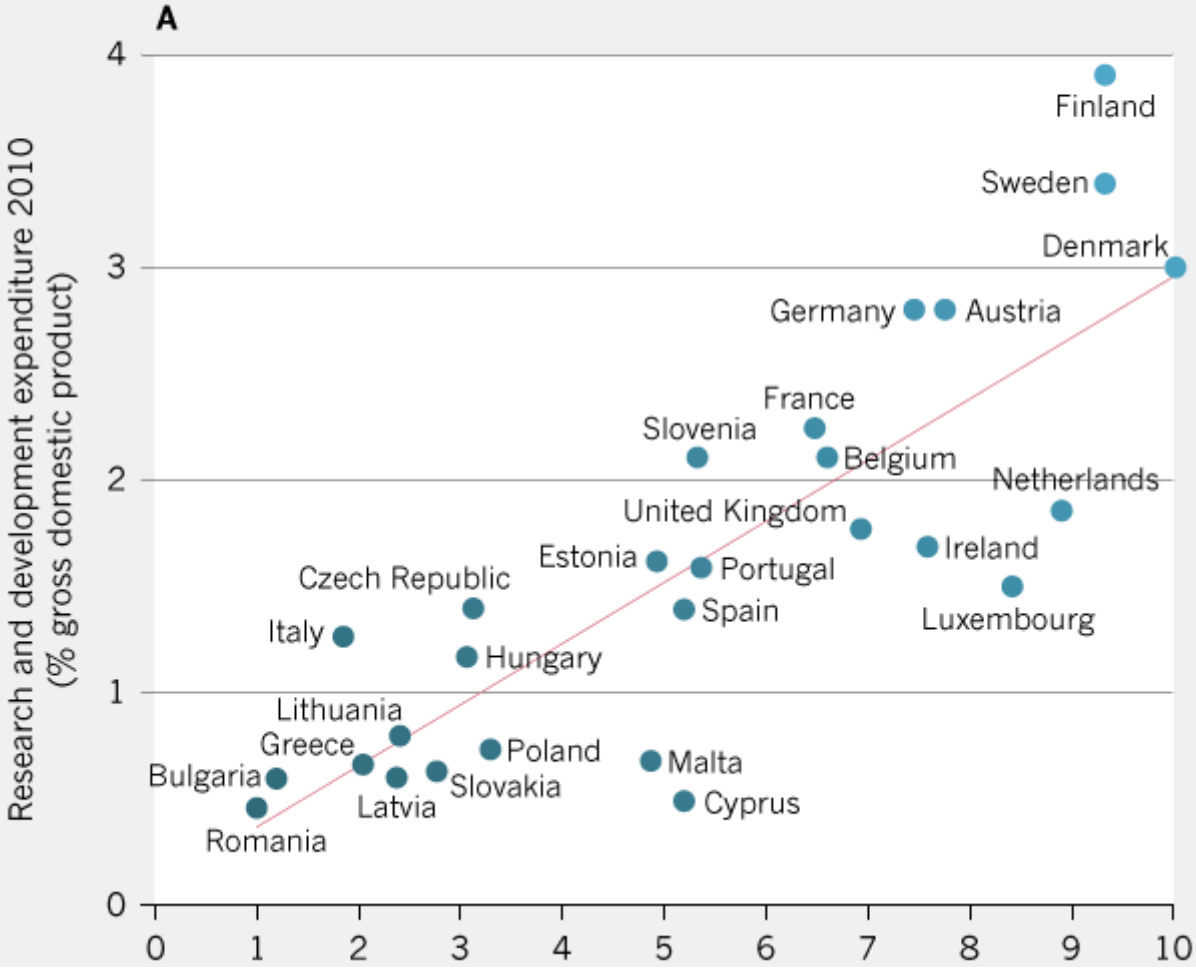


UNIVERSITAT DE BARCELONA

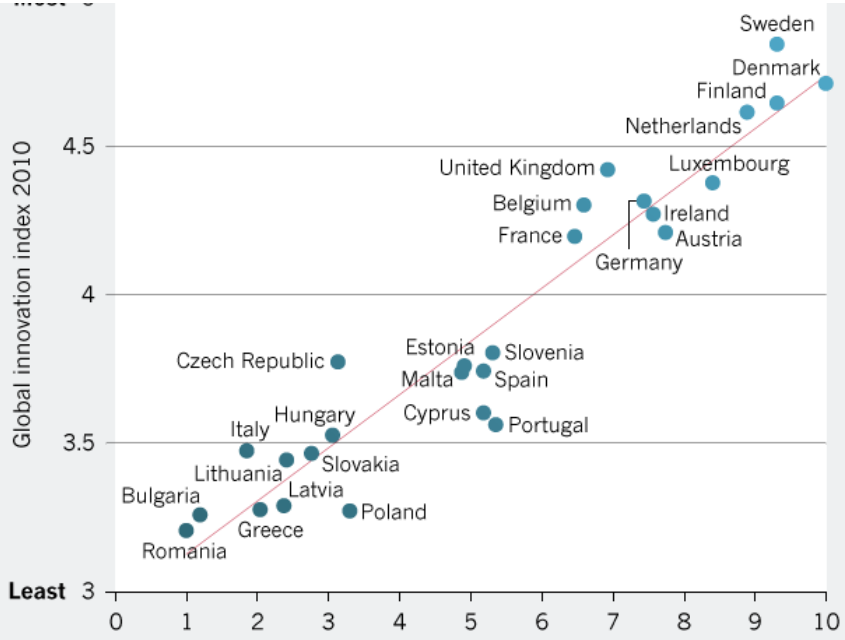
N AT U R E, 19/2/2015, vol. 518 “Good governance powers innovation”, Alina Mungiu-Pippidi.

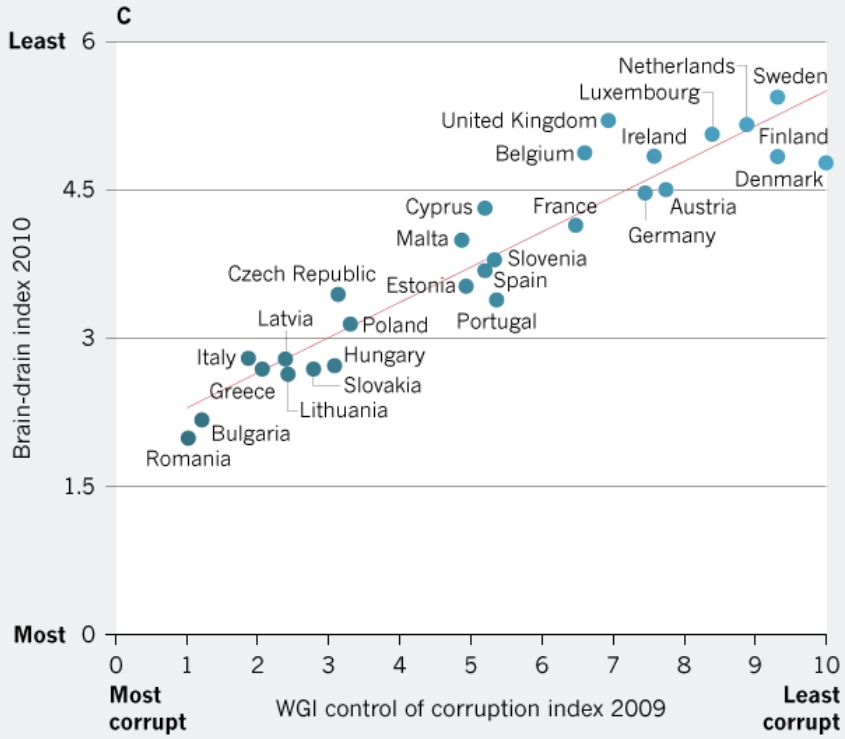
VIRTUOUS CIRCLES

Research spending (**A**) and innovation (**B**) are low in European nations judged to be corrupt by the Worldwide Governance Indicators (WGI), causing talented people to flee (**C**). Meritocratic, democratic countries invest in science and education, which drives economic progress.



UNIVERSITAT DE BARCELONA





UNIVERSITAT DE BARCELONA

Técnicas jurídicas en garantía del buen gobierno y la buena administración (exige actuaciones del poder legislativo, ejecutivo y judicial)

- a) Evaluación de la calidad normativa y establecimiento de una "huella normativa"
- b) Selección y estatuto jurídico de empleados públicos de libre designación, eventuales, directivos y funcionarios locales habilitados estatales.
- c) Definición del derecho a una buena administración y de su estándar de debida diligencia y extensión a privados que ejercen funciones públicas.
- **d) Códigos éticos y de conducta, formación e infraestructura ética. Los *compliance officers***
- e) Derecho a una buena administración y criterios no jurídicos en la motivación
- f) La regulación del indulto y su control judicial
- g) La mejora de la regulación de los conflictos de intereses
- h) La regulación de los *lobbies*
- i) Las Cartas de Servicio, los estándares de buena administración, la inactividad y la responsabilidad patrimonial
- j) La evaluación de las políticas públicas y su institucionalización
- k)La organización administrativa al servicio de la buena administración
- L) Regulación de la transparencia: derecho de acceso y ofrecimiento de información.
- m) El reforzamiento de los controles de la Administración
  - a) Mejoras en organismos constitucionales y estatutarios de control
  - b) Mejoras en relación a las funciones y a la protección de la labor de los controladores en el ámbito local
  - c) Mejora del control de los actos trámite y de las medidas cautelares en el control judicial de la administración
  - d) La responsabilidad patrimonial por mal gobierno y mala administración
  - e) Acción pública en materia de mal gobierno y mala administración
  - f) Regulación de la figura del *Whistelblowing*

UNIVERSITAT DE BARCELONA

- 4. COMPLEXITAT I CANVI : ORIENTACIÓ I GUIA DELS DECISORS PÚBLICS

- 5. ELS CODIS D'ÈTICA I DE CONDUCTA AVUI

- 6. ELS CODIS EN EL CONTEXT DE LA INFRAESTRUCTURA ÈTICA I DEL MARC D´INTEGRITAT LOCAL

UN ESTUDIO DE CASO: EL PROCESO DE ELABORACIÓN DE UN CÓDIGO DE CONDUCTA PARA LOS GOBIERNOS LOCALES EN CATALUÑA POR PARTE DE LA "FEDERACIÓN DE MUNICIPIOS DE CATALUÑA"

I.- JUSTIFICACIÓ DE LA PROPOSTA I PROCÈS D'ELABORACIÓ:

Presentació

Des de l'Àmbit de Bon Govern i Innovació Democràtica de la Federació de Municipis de Catalunya s'ha impulsat la creació d'un "*Seminari de Treball sobre Sistemes d'Integritat Local*" que, integrat principalment per personal tècnic, si bé amb la presència d'alguns polítics, ha dut a terme l'elaboració d'un document/esborrany de codi de conducta i està en procés de configuració, així mateix, d'un Sistema d'Integritat adoptat al món local.

En el present text es realitzaran unes consideracions generals prèvies sobre el marc normatiu i institucional en el qual s'insereix aquest procés, així com s'exposaran les línies mestres o idees força d'aquest document/esborrany de codi de conducta, en principi aplicable exclusivament als representants polítics locals i al personal directiu dels governs locals (també els funcionaris d'habilitació de caràcter nacional i al personal eventual), en línia amb el que estableix la Llei del Parlament de Catalunya 19/2014, de 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern.

En pretén explicar per què és necessària l'elaboració d'un codi de conducta/tipus pels governs locals de Catalunya i, així mateix, per què és oportuna la inserció d'aquest codi/tipus en un Sistema d'Integritat Institucional de la Política i Direcció Pública dels governs locals de Catalunya. Un codi/tipus que es va a elaborar per la Comissió Tècnica de la Federació de Municipis de Catalunya.

Per què aprovar un codi de conducta pels governs locals de Catalunya?

L'aprovació d'un codi de conducta per part dels ens locals és un mandat legal que apareix recollit a l'article 55.3 de la Llei del Parlament de Catalunya 19/2014, de 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern (LTC, en endavant).

El Govern de la Generalitat ja ha aprovat, pel que fa a la seva alta administració, un codi de conducta que es dicta en el marc d'aquesta previsió legal mitjançant l' Acord GOV/82/2016, de 21 de juny, pel qual s'aprova el codi de conducta dels alts càrrecs i personal directiu de l'Administració de la Generalitat i de les entitats del seu sector públic, i altres mesures en matèria de transparència, grups d'interès i ètica pública.

No hi ha, per tant, cap excusa per no complir aquest mandat legal. I, a l'avaluació periòdica de la Llei que dugui a terme el Síndic de Greuges (prevista així mateix en la LTC), aquest serà sens dubte un element important a l'apartat de Bon Govern (el primer informe del Síndic ha sigut genèric, però és previsible que els informes ulteriors seran concrets i es referiran a si els ens locals específic han complert o no aquesta obligació.

Quin àmbit subjectiu d'aplicació ha de tenir el codi de conducta que aproven les entitats locals catalanes?

L'obligació normativa de la LT es limita a l'elaboració d'un codi de conducta de "alts càrrecs". Aquesta noció (alt càrrec) és, en principi, aliena al món local i planteja alguns dubtes que han estat resolts –a través d'una interpretació extensiva- per part de la redacció de la proposta/esborrany de codi de conducte.

S'ha d'incloure al personal al servei de les entitats locals en la regulació del codi de conducta?

La LTC no exigeix aquesta inclusió. Podria fer-se (com de fet ja ho ha dut a terme algun ajuntament), però en relació amb el document elaborat no es va adoptar aquesta línia de treball. Per dues raons principalment. A saber:

- La primera és que els empleats públics tenen ja definits legalment una sèrie de principis ètics i d'actuació (articles 52 a 54 del text refós de l' EBEP), i això significa que el codi ètic d'empleats públics (de l'ocupació pública) ofereix una singularitat marcada que exigeix un tractament particular (un codi específic amb un marc d'integritat propi que s'ordeni raonablement amb el règim sancionador aplicable a la funció pública; això es pot fer o no durant el moment d'elaboració del Sistema d'Integritat com segon pas d'aquest procés; però és una decisió política).
- I la segona és que s'ha creat recentment en el si de la Generalitat de Catalunya una Comissió que pretén precisament (abans de juny de 2017) elaborar un codi de conducta (codi de serveis públics) aplicable a tots els empleats públics del sector públic de Catalunya (administracions locals incloses).

Per ambdós motius, a hores d'ara pot ser prudent no afrontar aquesta qüestió; però això, com ja s'ha dit, és una decisió de la pròpia FMC. No obstant això, segons es dirà, un Sistema d'Integritat Institucional dels governs locals, tal com defensa des de fa gairebé vint anys l' OCDE, exigeix incloure necessàriament en aquest Sistema als empleats públics locals (un codi de conducta propi de l'ocupació pública local), ja que la Integritat Institucional no pot només ser predicada de la política (govern i oposició de l'alta administració), sinó també de tota l'administració pública. I, per tant, de tot el personal al servei de l'Administració Local, en aquest cas.

S'ha d'incloure en aquests codis de conducta als contractistes o concessionaris de

serveis públics locals o als receptors de subvencions per part de l'Administració Local?

La LTC estableix una regla en virtut de la qual s'han d'incloure, en els plecs de clàusules contractuals i de bases de convocatòria de subvencions o ajuts, els principis ètics i regles de conducte que la mateixa Llei estableix en el seu article 55.1 als quals s'han d'adequar l'activitat dels contractistes, preveient, si és el cas, les conseqüències del seu incompliment. Això, no obstant, es tracta dins del document/esborrany de Sistema d'Integritat Institucional Local que es troba actualment en procés d'elaboració.

Per tant, no es determina que tals previsions hagin d'estar dins del codi de conducta, però en la línia amb les idees força fixades per organitzacions no governamentals des de fa anys (com Transparència Internacional: amb els *Pactes d'Integritat a la contractació pública*) o de la mateixa OCDE (especialment en el seu últim esborrany de Recomanació en matèria de Política d'Integritat, editat al març de 2016), la LTC estableix tal l'obligació esmentada anteriorment. En tot cas, com ja s'ha dit, això no forma part d'aquest document.

Quines són les exigències mínimes que preveu la LTC en matèria de continguts dels codis de conducta?

La LTC únicament inclou uns denominats genèricament "principis d'actuació", que es preveuen a l'article 55.1. Aquests principis incorporen realment tant principis ètics i de bon govern com a normes de conducta o d'actuació, així com inclou -cosa que no s'ha de fer en els codis de conducta- principis que estan relacionats amb el compliment del sistema constitucional, dels drets fonamentals o de l'ordenament jurídic.

La resta dels "principis d'actuació" que recull l'article 55.1 LTC es deuen, però, inserir en els Codis de Conducta, però es pot fer de manera explícita o implícita. Explícitament, han estat recollits en algun cas en el Codi de Conducta d'alts càrrecs de la Generalitat de Catalunya abans esmentat. No obstant això, donat el seu vague caràcter i la barreja d'aspectes que allí es desenvolupen, es fa de forma implícita ; això és, mitjançant una reordenació conceptual i una nova sistematització.

Quines conseqüències té la connexió que s'estableix a la LTC entre Codi de Conducta i règim sancionador?

Aquest és un dels aspectes més delicats de la Llei catalana de transparència i que dificulta especialment la construcció de Sistemes d'Integritat Institucional i l'aprovació de codis de conducta com a instruments "d'autoregulació".

En l'àmbit de l'Ètica pública o Ètica Institucional ha de quedar meridianament clar que els codis de conducta no són normes jurídiques, sinó manifestacions d'una potestat d'autoregulació de tals institucions. Aquest és un aspecte que, al nostre parer, la LTC no incorpora de forma correcta.

En efecte, la LTC barreja "autoregulació" ètica amb sancions jurídiques, en preveure de manera explícita dues qüestions:

- D'una banda, l'article 77.3 b) LTC tipifica com a infracció molt greu en matèria de bon govern, "incomplir els principis ètics i les regles de conducta a què fa referència l'article 55.1". Si no es fa una interpretació restrictiva de l'abast d'aquesta previsió normativa, es podrien tipificar com a infraccions molt greus (amb les corresponents sancions d'aquest caràcter) conductes que, en altres contextos, no tindrien aquesta consideració, però a més es podrien activar la incoació d'expedients disciplinaris de manera generalitzada per conductes que genèricament no s'adeqüessin a aquests principis d'actuació, amb la qual cosa la finalitat preventiva i educadora de l'ètica pública es transformaria immediatament en una reacció coactiva i en la incoació de procediments disciplinaris i, si escau, la seva posterior sanció jurídica. Barrejar en aquest punt Dret i Ètica no és molt encertat.

- D'altra banda, l'article 78.3 g) LTC, així mateix determina que és infracció molt greu en matèria de bon govern "incomplir els principis de bona conducta establerts per les lleis i els codis de conducta, sempre que no constitueixin infracció molt greu". Una vegada més es connecta el que és un incompliment ètic amb el dret sancionador. L'aplicació del dret sancionador hauria de ser aliena, en principi, a l' incompliment dels codis de conducta, ja que només hauria d'intervenir en el cas que la conducta estigui tipificada com a infracció administrativa i fos objecte de sanció administrativa. En aquest cas, a més, hi ha un reenviament a la legislació de bon govern (aparentment, al títol II de la Llei 19/2013, de transparència de l'Estat) i al que determinin els propis codis de conducta, el que pot donar a entendre que el propi incompliment dels continguts dels codis de conducta comportaria la tipificació d'aquesta infracció del Codi com una infracció greu i subjecta a la sanció pertinent establerta en la pròpia LT.

La pròpia LTC obre la possibilitat en el seu article 53.3 que els codis de conducta "determinin les conseqüències del seu incompliment", bé és cert que afegeix: "sense perjudici, del règim sancionador establert per aquesta Llei". Si no es vol buidar de significat i sentit l'abast del que és l'elaboració d'un Codi de Conducta en el si d'un Sistema d'Integritat Institucional, la interpretació d'aquesta previsió normativa ha de ser restrictiva i deixar un limitat espai (només per als supòsits d'evident i clara gravetat) per a l'activació del sistema sancionador.

Els codis de conducta, per tant, han de tenir mecanismes preventius i establir sistemes que advoquin pel seu compliment efectiu, al marge del propi règim sancionador que estableix la Llei. El que no impedeix que, quan una conducta es subsumeix, per la seva evident gravetat, en els supòsits d'infracció i sanció que estableix la LTC, s'activin aquests mecanismes. Però això hauria de ser una excepció.

Per què elaborar un codi de conducta/tipus per als governs locals de Catalunya?

Si tenim en compte que l'obligació legal ha de complir-se, sembla raonable que les entitats locals catalanes disposin d'un model de codi de conducta/tipus que reculli un mínim comú de valors, principis, normes de conducta i normes d'actuació, als quals hagin de subjectar el seu exercici tant els càrrecs representatius com executius (directius inclosos) dels governs locals.

Cal plantejar prèviament si el codi de conducta ha de limitar el seu àmbit d'autoregulació als Valors i normes de conducta de caràcter ètic o estendre la seva aplicació també a Principis de Bon Govern i normes d'actuació. L'opció que s'ha fet ha sigut la de reunir tots dos plans.

L'obligació legal és per a tot tipus d'entitats locals. No hi ha dubte que els municipis petits o mitjans poden tenir dificultats òbvies per impulsar aquest tipus de processos; el mateix pot dir-se d'altres entitats locals o d'entitats del sector públic local. Una eina d'aquestes característiques (codi de conducta/tipus) podrà facilitar una comprensió més completa ("*holística*") de l'ètica pública o institucional en els governs locals catalans i, així mateix, una aplicació homogènia i coherent de les previsions legals contingudes en la Llei de Transparència aprovada pel Parlament de Catalunya.

Així mateix, un codi de conducta/tipus, sense perjudici de les peculiaritats que en cada cas es vulguin incorporar, permet de manera adequada una interpretació sistemàtica i sota coordenades d'uniformitat del que és èticament raonable i el que ha de ser censurable en l'àmbit de l'administració local en el seu conjunt, no deixant aquesta qüestió a interpretacions singulars o específiques depenent de cada nivell de govern o de cada equip de govern, singularment considerat. Aquesta és una qüestió que es tracta en l'apartat següent.

Aquest codi de conducta/tipus, un cop assumit i aprovat per part dels òrgans competents de la FMC, s'hauria d'incorporar a la realitat local mitjançant acord plenari a través d'una fórmula d'adhesió o introduint, si escau, les singularitats o complements que siguin procedents.

S'ha d'inserir aquest codi de conducta en un Marc o Sistema d'Integritat Institucional de l'entitat local corresponent?

La LTC no obliga que les entitats locals construeixin Marc o Sistemes d'Integritat Institucional (SII), però algunes de les seves previsions -com s'ha vist- van en aquesta línia (extensió de l'aplicació dels principis d'actuació a contractistes i perceptors de subvencions o ajudes).

Un codi de conducta sense estar inclòs en un SII es transforma fàcilment en una mesura retòrica o cosmètica, sense cap tipus d'efectivitat. Per això l' OCDE, des de 1997, ve aconsellant la construcció en el sector públic d'un "*Integrity Framework*" com a element substancial d'un model de Bona Governança o de Bon Govern, també en l'àmbit local.

Aquesta construcció d'un Marc d'Integritat Institucional és més necessària encara en el cas dels governs locals catalans, per la inicial (i discutible) aposta de la LTC de barrejar integritat (ètica pública) amb règim sancionador.

L'Ètica Pública o institucional ha de tenir un fort component preventiu, educador i de desenvolupar infraestructures ètiques adequades en el govern i en el sector públic local. En aquest context, la construcció d'un SII és un element imprescindible per impulsar una Política d'Integritat Local que tingui uns estàndards mínims de credibilitat.

Quins elements substantius hauria de tenir un Sistema d'Integritat Institucional dels governs locals de Catalunya?

En veritat, un Sistema d'Integritat Institucional és un conjunt de marcs normatius, instruments d'autoregulació (codis de conducta), mesures de foment, impuls i prevenció, procediments, canals i circuits de resolució de problemes ètics i de queixes, així com d'establiment d'òrgans de garantia i d'avaluació de la política d'integritat del conjunt de la institució (govern local, administració local i entitats del seu sector públic, així com contractistes, concessionaris i receptors de subvencions o ajudes).

En el context de les obligacions legals de la LTC exposades en aquest document, la construcció del SII Local només es projectarà, en un primer estadi (que és el de configuració del codi de conducta d'alts càrrecs i la seva inclusió en un Marc d'Integritat propi) sobre l'àmbit subjectiu abans citat (representants i directius locals).

Breument, els elements bàsics d'aquest Marc d'Integritat serien els següents:

1. L'elaboració d'un codi de conducta/tipus com a sistema d'autoregulació. El codi no hauria de ser aprovat mitjançant norma jurídica o disposició normativa local, sinó només per Acord, tal com ha fet, per exemple, la Generalitat de Catalunya. Les entitats locals podrien introduir addicionalment al que preveu aquest "codi tipus", sempre que ho considerin adient, altres valors, principis o normes de conducta, així com mecanismes preventius, procediments o instruments específics de garantia i avaluació.

2. El procés d'elaboració del codi de conducta/tipus ha de ser participatiu canalitzant el mateix a través de la confecció del primer esborrany que ja s'ha fet i s'ha de sotmetre a anàlisi i aportacions de l'Àmbit de Bon Govern i Innovació Democràtica de la FMC i, un cop definit, sotmès a un procés de recepció de propostes de modificació o incorporació de noves idees.

3. El codi de conducta hauria de ser aplicable a representants locals (tant de l'equip de govern com de l'oposició) i al personal directiu de l'entitat i del seu sector públic.

4. L' esmentat codi s'hauria d'inserir dins d'una política d'Integritat Local i, dins d'aquesta, en un Sistema d'Integritat Institucional dels governs locals a Catalunya.

5. Els continguts bàsics del codi de conducta són els següents:

   - Naturalesa del codi de conducta.
   - Àmbit subjectiu d'aplicació.
   - Valors ètics. Aquests valors han de definir precisament en el seu abast.
   - Principis de bon govern o de bones pràctiques. Aquests principis han de definir-se en el seu abast.
   - Normes de conducta lligades a cada un dels valors ètics. És probablement un dels punts més crítics d'aquest procés d'autoregulació, ja que sempre porta dificultats definir de forma precisa normes de conducta com a patró de comportament ètic en les institucions locals.
   - Normes d'actuació vinculades a cada un dels principis de bon govern o de bones pràctiques. En aquest cas, a diferència de les normes de conducta, no són patrons de comportament, sinó més aviat directives d'actuació política o executiva.
   - Un sistema de seguiment i garantia del codi de conducta, que ha de preveure una Comissió d'Ètica o un Comissionat com a òrgan dotat d'autonomia i d'imparcialitat per contrastar cas per cas el compliment efectiu del codi, resoldre dilemes o problemes ètics o queixes, proposar mesures d'adaptació permanent a les noves realitats i contextos (els "codis de conducta com a instruments vius"), així com avaluar periòdicament el seu rendiment institucional.
   - La finalitat d'aquest Marc d'Integritat Institucional del codi de conducta d'alts càrrecs dels governs locals, és la construcció d'una infraestructura ètica idònia en els governs locals.
   - Aquest Marc d'Integritat Institucional incorpora els següents elements:
     - L'elaboració d'un codi de conducta/tipus i la seva assumpció pels governs locals de Catalunya, amb les adaptacions que siguin necessàries.
     - Impuls d'una Política d'Integritat Local centrada inicialmente en el nivell representatiu i directiu per part de la FMC, que pivota fonamentalment sobre la dimensió preventiva, desenvolupant

polítiques formatives, de difusió i desenvolupament d'un clima i infraestructura ètica adequats a les organitzacions públiques locals.

- Articulació d'un sistema de procediments, canals o circuits per a l'assessorament i tramitació de consultes, dilemes o problemes ètics (amb garantia de confidencialitat), queixes, denúncies o qualsevol interpretació del codi de conducta/tipus o sobre el Sistema d'Integritat Institucional en el seu conjunt, a l'efecte que les entitats locals catalanes puguin dirigir-se, en el seu cas, a la FMC i rebre suport o assessorament sobre aquestes qüestions.

- Implantació d'una Comissió d'Ètica Local en el si de la FMC com a òrgan de garantia de la interpretació homogènia dels valors, principis i normes de conducta del "codi/tipus", així com a mitjà per resoldre els dilemes o problemes ètics, consultes, queixes o denúncies que elevin els comissions o comissionats d'Ètica de cadascuna de les entitats locals, creant una sèrie de protocols o guies que serveixin de paràmetre per a la resolució de les qüestions puntuals que es puguin suscitar en cada administració local. La Comissió d'Ètica hauria d'incloure un nombre limitat de membres, unint la representació política amb experts en la matèria, de procedència local o d'altres institucions o entitats.

- Articulació d'un Sistema d'avaluació del model d'integritat impulsat, al marge de l'avaluació que en el seu moment dugui a terme el Síndic de Greuges.

- Aquest Sistema d'Integritat Institucional de la Política i Direcció Local tindria el seu acomodament en la pròpia FMC (o, si escau, en un model conjunt AMC-FMC, si es promogués tal solució) i seria complementari dels Marcs d'Integritat Institucional que, si escau, configurin o constitueixin per si mateixes les entitats locals.

La proposta ha tingut com a fonts d'anàlisi els documents de l' OCDE sobre aquesta matèria, així com -entre altres moltes experiències puntuals en el marc comparat- alguns codis ètics i de conducta que han estat elaborats i impulsats per determinades institucions públiques a l'Estat, com ara el codi de bon govern de la FMC, l'esborrany de codi de conducta, bon govern i de qualitat institucional de la política local basca (EUDEL), el codi ètic i de conducta d'alts càrrecs i personal eventual del Govern Basc, el codi de conducta d'alts càrrecs de la Generalitat de Catalunya (i la resta de mesures aprovades en l'Acord de Govern esmentat), el codi ètic i de conducta de l'ajuntament de Bilbao, el codi ètic i de conducta de l'Ajuntament de Mollet del Vallès i el codi ètic de l' , així

com especialment pel seu caràcter innovador i recent del Sistema d'Integritat Institucional de la Diputació Foral de Guipúscoa (març 2016).

II.- CONTINGUT ESSENCIAL DEL CODI DE CONDUCTA D'ALTS CÀRRECS DELS GOVERNS LOCALES I DEL MARC D'INTEGRITAT QUE ES PREVEU DINS DEL DOCUMET/ESBORRANY DE CARÁCTER TÈCNIC.

IDEES-FORÇA DEL CODI DE CONDUCTA

- La Llei 19/2014, de 29 de desembre, estableix en el capítol I del títol V ("Del bon govern"), una regulació sobre el "codi de conducta dels alts càrrecs".
- En el marc d'aquesta regulació, l'article 55.3, estableix que els ens locals I les entitats del sector públic institucional local "han d'elaborar un codi de conducta de llurs alts càrrecs.
- Per tant, hi ha una obligació ineludible des del punt de vista normatiu per elaborar i aprovar un codi de conducta pels ens locals. L'exigència legal es projecta només sobre els membres dels òrgans de govern i els "càrrecs directius" de les entitats del sector públic institucional local.
- En qualsevol cas, s'ha considerat oportú que aquest codi de conducta, com a instrument d'autoregulació amb l'objectiu primigeni de reforçar la infraestructura ètica de les entitats locals catalanes, sigui així mateix aplicable al personal amb la condició de funcionari amb habilitació de caràcter nacional, així com al personal eventual al servei de les entitats locals.
- Aquest codi de conducta és només una part (substantiva, però una part) del Sistema d'integritat que els governs locals catalans pretenen construir en línia amb el que estableix l'OCDE l'any 1997 (*Integrity Framework*) i al voltant d'una nova Recomanació sobre la Integritat en les institucions públiques (OECD, *Draft Recommendation on the council on public integrity, Deadline for comment, 22 march 2016*).
- Efectivament, aquest Codi de Conducta representa un primer pas en una línia d'actuació que es desplegarà ulteriorment amb la construcció d'un Sistema d'integritat institucional amb vocació d'integrar tot el sector públic local
- Sens dubte, començar la construcció d'aquest Sistema d'integritat per la "zona alta" del nivell local de govern connecta estretament amb la necessària exemplaritat que han d'acreditar els responsables polítics i directius dels ens locals.
- Ha de quedar meridianament clar que no és una disposició normativa de desenvolupament, fet que també es confirma en el recent codi de conducta d'alts càrrecs de l'Administració de la Generalitat de Catalunya (21 de juny de 2016).
- El codi de conducta es configura com un instrument d'autoregulació, a partir dels quals s'articulen un conjunt de normes de conducta (relacionades amb els valors) i de normes d'actuació (les quals enllacen directament amb els principis de bon Govern).

- Pel que fa al seu enfocament i denominació aquest codi incorpora, en conseqüència, els elements més innovadors del panorama comparat, ja que no només estableix valors propis del camp de l'ètica pública, sinó que a més incorpora principis de bon govern (o de bones pràctiques) centrats més en el camp de la gestió pública.
- En el present codi de conducta es parteix, com és obvi, de "els principis ètics i regles de conducta" que estableix l'article 55.1 de la mateixa Llei, però té una sistematització singular que obeeix als següents pressupòsits.
    - En primer lloc, és important subratllar d'entrada que en les estructures de govern locals convergeixen persones amb legitimitat democràtica directa o indirecta (segons el tipus d'ens local que es tracti), els quals són els càrrecs representatius locals, juntament amb altres càrrecs representatius que exerceixen funcions executives, així com altres persones que exerceixen funcions de personal directiu de l'administració local o de les seves entitats instrumentals i que no les desenvolupen en qualitat de funcionaris públics.
    - En segon lloc, sense entrar en aquest grau de detall, en el present codi s'estableix una llista de valors ètics on s'exigeix la interiorització dels mateixos a totes aquelles persones que ocupin un alt càrrec local de tipus representatiu, representatiu/executiu o simplement directiu. Així mateix, s'incorpora una definició de cadascun d'aquests valors.
    - D'altra banda, es determina també un llistat de principis de bon govern (o de bones pràctiques) que han d'inspirar l'actuació d'aquells alts càrrecs locals que exerceixin funcions de naturalesa executiva o directiva en l'estructura de govern local.
    - Als valors ètics prèviament recollits i definits se'ls nuen, després, una sèrie de normes de conducta. Així mateix, els Principis de Bon Govern, també recollits i definits, es projecten després en una sèrie de normes d'actuació o de bones pràctiques.
- Aquest codi tipus preveu finalment un Marc d'integritat bàsic que ha de ser impulsat conjuntament pels ens locals corresponents i per l'FMC, el qual dóna suport principalment en quatre elements, a banda del mateix codi:
    - El primer fa referència a l'impuls d'una sèrie d'accions dirigides especialment a la difusió del codi, així com a una política preventiva d'integritat institucional que posi més l'accent en el desenvolupament d'una cultura ètica en el si de les organitzacions locals.
    - El segon fa referència a l'establiment d'uns circuits, procediments o canals per a la resolució de problemes o dilemes ètics, queixes o denúncies, garantint, quan així calgui, la confidencialitat d'aquells que plantegin les consultes o queixes.
    - El tercer tracta de la configuració d'un sistema de garanties, com a element de tancament del Marc d'integritat, el qual consisteix en l'existència a cada ens local de la figura del comissionat d'ètica (o d'integritat) i la creació en l'àmbit de tota Catalunya d'una Comissió d'Ètica (o d'Integritat) local amb seu a l'FMC. Aquesta Comissió d'Ètica, per tal de salvaguardar el principi d'autonomia local, només exerceix funcions d'informe i consulta, sent el respectiu Comissionat o Comissió

d'Ètica de cada entitat local qui ha de formular les corresponents propostes i donar solució definitiva als problemes, dilemes, queixes o denúncies plantejades en cada cas.

- I en quart lloc es preveu així mateix un sistema d'autoavaluació periòdica i de rendició de comptes.

- Aquest codi tipus, donat el seu caràcter, constitueix un estàndard mínim de valors, principis, normes de conducta i normes d'actuació, al qual els diferents ens locals de Catalunya es poden adherir lliurement i, fins i tot, incorporar, si ho consideren pertinent, alguns valors, principis o normes de nova factura, quan pretenguin donar resposta a necessitats pròpies dels ens o entitats corresponents.
- Així mateix, el codi preveu un sistema d'adhesió individualitzada per a tots els càrrecs representatius locals i personal directiu dels diferents nivells de govern local.

ESTRUCTURA I RESUM DEL CODI DE CONDUCTA

I.- NORMES GENERALS

- **Objecte i finalitat:** S'elabora d'acord amb el que estableix l'article 55.3 de la Llei 19/2014, de 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern. S'insereix en el Sistema d'integritat local impulsat pels ens locals i per l'FMC.
- **Naturalesa del codi de conducta i bon govern:** Marc autoregulador. Mitjançant el compromís d'adhesió s'adquireix el deure i obligació de respectar plenament en l'exercici dels càrrecs públics representatius i de les funcions executives o directives. Els valors, principis i normes continguts en el present codi conformen un estàndard mínim. El codi es configura com un instrument viu.
- **Àmbit d'aplicació:** Els valors i normes de conducta s'aplicaran als càrrecs representatius locals, als càrrecs públics executius i al personal directiu. Els principis de bon govern (o de bones pràctiques) s'han d'aplicar, per regla general, únicament als càrrecs públics representatius que exerceixin funcions executives i al personal directiu, llevat de les excepcions contingudes en aquest codi. L'àmbit subjectiu d'aplicació, s'estendrà sobre els col·lectius següents: a) càrrecs representatius locals; b) personal directiu; c) personal que ocupi llocs de treball reservats a funcionaris amb habilitació de caràcter nacional en qualsevol entitat local; d) membres dels òrgans de govern i personal directiu de màxima responsabilitat de les entitats del sector públic institucional local; e) Personal eventual al servei de les entitats locals.

II.- DECÀLEG DE VALORS ÈTICS I PRINCIPIS DE BON GOVERN.

Valors ètics

- **Representació**
- **Integritat**
- **Exemplaritat**
- **Honestedat i Desinterès subjectiu**
- **Respecte**
- **Objectivitat**
- **Lleialtat i sentit institucional**

Principis de bon govern

- **Transparència**
- **Innovació, eficiència i control de la despesa**
- **Responsabilitat i rendició de comptes**

III.- NORMES DE CONDUCTA ÈTICA I NORMES D'ACTUACIÓ EN MATÈRIA DE BON GOVERN

Normes de conducta

Es detallen les normes de conducta en relació amb els diferents valors ja citats:

- **Responsabilitat**
- **Integritat**
- **Exemplaritat**
- **Honestedat i desinterès subjectiu**
- **Respecte**
- **Objectivitat**
- **Lleialtat i sentit institucional**

Normes d'actuació en matèria de bon govern

Es detallen les normes d'actuació en relació amb els diferents principis de bon governs ja citats:

- **Transparència**
- **Innovació, eficiència i control de la despesa**
- **Responsabilitat i rendició de comptes**

IV.- MARC BÀSIC D'INTEGRITAT INSTITUCIONAL PER A L'APLICACIÓ EFECTIVA DEL CODI DE CONDUCTA I BON GOVERN.

- **Inserció del Marc bàsic en el Sistema d'integritat:** Aquest codi s'insereix dins del Sistema d'integritat institucional dels ens locals.
- **Codi de conducta i bon govern com a pressupòsit del Marc bàsic d'integritat:** La finalitat del Marc bàsic d'integritat és crear en els òrgans de govern i en l'alta administració de les entitats locals una infraestructura ètica que tingui per objecte la fonamental la prevenció per lluitar contra la corrupció i millorar el clima ètic de l¡organització local.
- **Política de difusió i prevenció:** Mesures per aconseguir un coneixement i interiorització del present codi entre totes les persones que es troben sotmeses a llur àmbit subjectiu d'aplicació.
- **Determinació de canals i procediments:** Tramitar les consultes, problemes i dilemes, queixes o denúncies en relació amb l'aplicació dels valors, principis, normes de conducta i d'actuació, establerts pel present codi.
- **Òrgans de garantia del codi de conducta comissionat/ada d'ètica local:** Òrgan de garantia que rebrà les consultes, problemes, dilemes, queixes o denúncies, i procedirà a donar resposta a les mateixes a través de propostes recomanacions o informes. Per raons de complexitat, podrà elevar aquestes consultes, queixes o denúncies a la Comissió Assessora d'Ètica Local de l'FMC
- **Comissió Assessora d'Ètica Local:** Es crea, adscrita a l'FMC, una Comissió Assessora d'Ètica Local. Es configura com un òrgan col·legiat assessor que fixa criteris comuns en matèria d'interpretació i abast dels valors, principis i normes establerts en el present codi. La Comissió Assessora d'Ètica Local es compon de sis membres, escollits pels òrgans de govern de l'FMC (amb presència de representants polítics, directius/tècnics i assessors externs).
- **Funcions dels òrgans de garantia:** a) Promoure la difusió del Codi; b) Prevenir l'aparició de conductes no adequades i preservar el clima ètic; c) Resoldre els dubtes i dilemes ètics d'informes, recomanacions o propostes; d) Rebre queixes o denúncies; e) Tramitar queixes i denúncies; f) Elaborar un informe anual; g) En el cas de la Comissió Assessora d'Ètica, l'aprovació de la Guia aplicativa del present Codi.
- **Mesures que poden adoptar els òrgans de garantia:** Comissió d'Ètica FMC: Elaboració d'informes i propostes en relació amb les consultes, problemes,

dilemes, queixes o denúncies que li siguin elevades; també podrà elaborar informes o estudis de caràcter general; El/la comissionat/ada d'ètica (o la Comissió d'Ètica pertinent) podrà actuar d'ofici o mitjançant sol·licitud de queixa o denúncia, consulta o dilema i exercirà les funcions següents: a) Si no s'observés cap tipus d'incompliment, ha d'elaborar un informe motivat; b) Si observés l'incompliment ha d'elaborar, prèvia audiència de la persona afectada, una proposta o recomanació previ informe: a) si l'incompliment fos de rellevància menor, una recomanació de reprovació; b) si l'incompliment fos rellevant, una proposta d'advertiment i reprovació sobre la responsabilitat; c) si l'incompliment fos qualificat per les seves conseqüències com a molt rellevant i amb impactes institucionals d'especial gravetat, una recomanació o proposta i pot emplaçar la dimissió del càrrec públic representatiu o elevar a l'òrgan competent en matèria de nomenament, la proposta de cessament de l'esmentat directiu. En cas que la conducta observada pogués ser mereixedora d'un altre tipus de sanció administrativa o penal, el/ la comissionat/ada ho ha de traslladar immediatament a l'òrgan administratiu competent o al Ministeri Fiscal.

- **Avaluació i rendició de comptes:** Aquest procés d'avaluació es realitzarà cada dos anys per entitats externes a la mateixa entitat; aquests processos d'avaluació podran ser realitzats de forma global per l'FMC, sense perjudici de l'avaluació que dugui a terme la institució del Síndic de Greuges.
- **Norma Addicional:** El que estableix aquest codi s'entén sense perjudici de l'aplicabilitat directa i preferent dels principis ètics i regles de conducte recollits en l'article 55.3 de la Llei 19/2014, de 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern.

MARCOS DE INTEGRIDAD INSTITUCIONAL Y CÓDIGOS DE CONDUCTA: ENCUADRE CONCEPTUAL Y ALGUNAS BUENAS PRÁCTICAS [1] [2]

Rafael Jiménez Asensio

Consultor Institucional/Catedrático de Universidad (acr.) UPF

PRIMERA PARTE: MARCOS DE INTEGRIDAD INSTITUCIONAL A TRAVÉS DE LA AUTORREGULACIÓN

> *"Pues para aquellos o aquel que detenta el poder del Estado, es tan imposible correr borracho o desnudo con prostitutas por las plazas, hacer el payaso, violar o despreciar abiertamente las leyes por él dictadas y, al mismo tiempo, mantener la majestad estatal, como lo es ser y, a la vez, no ser (…); cosas análogas transforman el miedo en indignación y, por tanto, el estado político en estado de hostilidad" (Spinoza, Tratado Político*, Alianza Editorial, 1986, p. 115).

Introducción

La ética pública es una modalidad de ética aplicada o de ética "profesional", pero que –tal como vengo apuntando- debe ser caracterizada como *Ética Institucional* o, si se prefiere, ética de las instituciones públicas. Hay algo de redundante en la caracterización de la ética como "aplicada", tal como expuso Victoria Camps. Más que ética aplicada, la ética pública (sobre todo si esta es "codificada") se enmarca dentro la institución a la que se adhiere. Este atributo "institucional" –unido al carácter público- es, a nuestro juicio, determinante, puesto que mientras en el ámbito moral la fuente de obligación es siempre interna, en la ética institucional o gubernamental, así como en la ética de los servidores públicos (funcionarios o empleados públicos), hay un fuerte contenido deontológico expresado en ocasiones (como ya se ha visto) por las normas jurídicas, pero también en otro tipo de medios como pueden ser los valores y normas de conducta recogidas en los códigos éticos. Es, en efecto, ética del deber, pero también (al menos en la política) ética de las virtudes, No cabe insistir más en algo bien conocido a estas alturas en el desarrollo del presente estudio.

---

[1] Rafael Jiménez Asensio (Consultor Institucional/catedrático acreditado de Universidad, UPF) rjimenezasensio@gmail.com; www.rafaeljimenezasensio.com;

[2] El presente trabajo se corresponde con los dos últimos capítulos de la primera parte del libro *Integridad y Transparencia*, que será publicado próximamente. Este origen explica las referencias que se hacen en el texto a otros capítulos o apartados, así como los reenvíos a obras o artículos antes citados. He preferido mantener el tono literal de todas estas cuestiones, para no alterar el texto original. Su publicación de forma individualizada se lleva a cabo con el objetivo de difundir una serie de conceptos muy básicos sobre esta materia que no se encuentran debidamente asentados en nuestro sector público.

Por tanto, la especial posición de los cargos y funcionarios, así como su dependencia de una institución pública, conlleva por parte de la persona que accede al ejercicio de funciones públicas la asunción (o el compromiso de tal) de una serie de valores, principios y normas de conducta. Todo ello conlleva necesariamente, tal como ya se ha incidido, una distinción importante entre el papel de la ética en el ámbito privado y en el público.

El ecosistema público, por las razones expuestas, es un medio que tiene sus propios principios y reglas, aunque en una concepción simplista del mismo se concibe habitualmente como espacio destinado a desplegar unos comportamientos y actitudes que, en ocasiones y como muestra de comportamientos patológicos, ni siquiera la persona que los ejerce osaría a desarrollarlos en su espacio privado o en sus relaciones personales (sobre todo en aquellos ámbitos en que la conducta se transforma en corrupción, puesto que prioriza la ventaja competitiva que "lo público" comporta). Esa limitación de la forma de actuar es una manifestación de contacto con el poder o con las funciones públicas enormemente insana desde el plano moral, pero que en no pocos casos se produce, lo que denota una desvinculación radical de la persona que desempeña un cargo o empleo público con la estructura institucional (y con la ciudadanía) a la que sirve.

En el ámbito de lo público o de las entidades públicas lo que hagan las personas que allí desempeñan cargos o funciones públicas tiene, sin duda, una importancia nada desdeñable; transciende con mucho a su esfera personal, con consecuencias muy serias. Los valores que acredite y las conductas que despliegue serán transcendentes para la reputación moral de la persona en sí misma considerada, pero mucho más lo pueden ser, con impronta positiva o negativa, para la institución en la cual desempeñe sus funciones.

En efecto, como se viene reiterando a lo largo de estas páginas, lo determinante de la Ética Institucional es el impacto directo o indirecto que tienen las conductas y comportamientos de las personas con responsabilidades públicas (sean cargos públicos o funcionarios) sobre las instituciones y sobre la imagen que la ciudadanía percibe de esas instituciones a través de las mismas, que no en vano son los responsables públicos (sean políticos, directivos públicos o empleados públicos) y, por tanto, el espejo de la propia organización en la que desarrollan sus funciones. Un buen perfil ético de tales responsables públicos mejora la imagen institucional; un comportamiento moralmente inadecuado, la destruye. En una sociedad de la información masiva y de la digitalización instantánea, tales hechos nunca son neutros y su valor amplificativo puede desmoronar en un minuto reputaciones personales o institucionales construidas a lo largo de los años o, incluso, de décadas.

A estas alturas del discurso nada nuevo añado si reitero que la confianza de la ciudadanía en sus instituciones es un valor público sobre el que se asienta la legitimidad institucional. Como ha recordado Txetxu Ausín en un interesante estudio, "la desconfianza y el descrédito son letales para organizaciones, empresas e instituciones y minan las bases de la organización política de la sociedad"[3]. La ética

[3] Ausín Díez, "Ética Pública para generar confianza"*, Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. 9, IVAP, p. 32.

pública, por tanto, ayuda inestimablemente a reforzar esa confianza. Y, por tanto, cómo se comporten los cargos y servidores públicos no es indiferente a la hora de consolidar o deteriorar la imagen que la ciudadanía tiene de sus instituciones. Simplificando mucho el problema, cabe decir que en un sistema de Administración Pública "continental" o de impronta francesa, como es el nuestro, el papel de la Ley y del ordenamiento jurídico tiene un peso determinante a la hora de definir lo que es correcto o incorrecto éticamente desde el plano normativo-jurídico. Hasta aquí hay un acuerdo compartido. Pero ello, como se ha visto, no lo es todo.

La densidad normativa del poder coactivo del Estado que se expresa a través del Derecho es, en todas las administraciones públicas de factura "continental europea", intensa. La regulación jurídica habitualmente es minuciosa y los espacios de "autorregulación" son muy escasos. Tal como se ha dicho, la descompensación entre regulación-autorregulación, a diferencia de lo que ocurre en los países de la órbita anglosajona, es evidente.

La anomia "autorreguladora" parece conducirnos inexorablemente al campo "regulador". Y nos produce la imagen falsa de que todo lo no prohibido por la Ley es éticamente aceptable. Percepción falsa. En efecto, en el campo de la Ética Institucional de carácter público, la pertenencia de un cargo o servidor público a una determinada institución le obliga no solo a cumplir con las normas jurídicas del propio ordenamiento, sino también a adecuar sus conductas o comportamientos (públicos, pero también privados) a un conjunto de valores y principios que son de necesario cumplimiento atendiendo a la posición que ocupa en la organización correspondiente, las funciones que desarrolla y la imagen institucional que traslada esa persona en la estructura de cada entidad pública y la que proyecta sobre la propia ciudadanía.

Por tanto, el componente de "autorregulación" de la Ética Pública tiene una intensidad y un valor específico en las instituciones, como complemento al papel del Derecho; mayor o menor en función de si el modelo de Administración Pública es anglosajón o continental europeo. Hay casos, incluso, en que hacia la Ética Pública autorregulada por medio de códigos, se adopta una posición de escepticismo o, incluso, de cinismo político, desdén, o ignorancia supina. Algo de esto está pasando en buena parte de nuestros niveles de gobierno. O, al menos, ha pasado durante los últimos años. Tendencia que parece corregirse poco a poco.

En general en el mundo contemporáneo y sobre todo en las democracias avanzadas se observa un crecimiento importante de la Ética Pública o de la Ética de las Instituciones Públicas y, por tanto, de la extensión de unos valores y normas de conducta a quienes tienen la condición de cargos o servidores públicos, que son –al fin y a la postre- quienes deciden, gestionan o administran bienes y servicios públicos. A imagen y semejanza de las políticas empresariales que se impulsaron desde mediados de la década de los noventa del siglo XX sobre "buen gobierno corporativo", también en el sector público la irrupción en escena de la Ética Institucional ha sido intensa desde principios de los años dos mil. En esa irrupción ha jugado un papel importante la OCDE[4]. Sin embargo, aun siendo España un país miembro de la OCDE, ha vivido las

[4] Esa tendencia no solo se ha marcado desde la política de integridad institucional que desarrolla la OCDE a partir de 1997, sino que se ha extendido "sectorialmente", por

últimas décadas absolutamente de espaldas a esas tendencias de expansión de los códigos éticos (y mucho más al fenómeno de construcción de marcos de integridad institucional) en las Administraciones Públicas de los países miembros de esa organización internacional. La apuesta por la ética pública ha sido, por lo común, puramente retórica y, en pocos casos, efectiva[5].

Tal como se dijo al inicio de este estudio, la opción por un sistema de Gobernanza también se tiene que apoyar en la Ética Pública, como pilar sustantivo de aquella. Sin embargo, en España la Buena Gobernanza es un concepto que no ha sido asimilado convenientemente (con excepción, tal vez, de algunas experiencias institucionales localizadas en el País Vasco) y, por lo común, se ha confundido con una visión o perspectiva muy pobre de la idea de Buen Gobierno, a la que ya se ha hecho alusión en las páginas precedentes.

Tampoco las políticas de integridad institucional han entrado realmente en la agenda política. Solo a través del empuje y multiplicación de los escándalos de corrupción se han propuesto reformas legales, generalmente marcadas por la contingencia, poco sistemáticas y sin una mirada estratégica. Ello ha implicado que tampoco se haya sabido construir de modo efectivo Modelos Institucionales y de Gestión de Gobernanza Ética. En el siguiente epígrafe de este estudio se abordarán, no obstante, algunas buenas (o "menos buenas") prácticas que, también en esta materia, han comenzado a cristalizar en el panorama institucional público español. Pero siguen siendo casos aislados y además demasiado recientes para poder hacer una evaluación de su trazabilidad y consecuencias reales o impactos efectivos sobre la calidad institucional.

Así, no resulta extraño afirmar que la Gobernanza Ética se encuentra en España en un estadio que podríamos denominar como inicial, incluso se podría calificar que "está en pañales". Ello es debido a un cúmulo de circunstancias que no pueden ser tratadas en estos momentos, pero entre las cuales se halla esa idea equivocada del papel de la Ética Pública en las instituciones, el predominio casi absoluto de una concepción jurídico-formal ciertamente rancia que impone a este problema unas soluciones marcadas (de forma casi absoluta) por la respuesta legal o sancionadora, la falta de receptividad de la política frente a ese fenómeno (que en no pocas ocasiones adopta una postura también marcadamente cínica), su nula penetración y comprensión en el ámbito de la función pública (donde apenas ha penetrado esa tendencia a codificar valores o normas de conducta), así como la inevitable carga de escepticismo que se anuda a cualquier propuesta de este carácter, que siempre es vista por la ciudadanía

---

ejemplo en el campo de la contratación administrativa. Ver, por ejemplo: *Principles for Integrity in Public Procurement*, OCDE, 2009. Una manifestación de tal tendencia es, sin duda, la representada por los *Pactos de Integridad*, impulsados entre nosotros por "Transparencia Internacional España".

[5] Un análisis de las primeras experiencias, alejadas de esa concepción de Marcos Institucionales de Integridad, puede encontrarse en C. Prieto Romero, "Medidas de transparencia y ética pública: los códigos éticos, de conducta o de buen gobierno", *Anuario de Gobierno Local 2011,* Fundación Democracia y Gobierno Local, pp. 215 y ss.

como un simple remedo para intentar lavar la cara de las instituciones tras reiterados escándalos de corrupción que han conmocionado el edificio público.

Por todo ello es muy importante centrar correctamente el foco del problema y explicar con claridad qué es en realidad un *Marco o Sistema de Integridad Institucional*, como proyecto o elemento de autorregulación, tal como fue configurado en su día (1997) por la OCDE. Han pasado veinte años desde ese diseño inicial que hizo esa organización internacional de tal concepto, actualmente en revisión; pero en España ese modelo ha calado ciertamente de forma escasa y se puede afirmar que, en cualquier caso, las pocas experiencias existentes se enmarcan en los tres o cuatro últimos años.

Por tanto, si se quiere comprender cabalmente el problema enunciado y articular vías de solución al mismo, es necesario detener la atención en los elementos descriptivos de la configuración de un Marco de Integridad Institucional. Sin ese paso, sin interiorizar cuál es el alcance exacto de tal noción, difícilmente se podrá producir un cambio de cultura organizativa y una receptibilidad institucional hacia tales propuestas. El marco conceptual es, por tanto, imprescindible para asentar correctamente una política de integridad en cualquier institución pública, independientemente de cuál sea el nivel de gobierno.

Algunas ideas preliminares sobre los Códigos de Conducta

Los productos normativos (leyes y reglamentos) forman parte, como ya se ha visto, de lo que podemos denominar como un Sistema "integral" o que también puede calificarse de "holístico" en lo que a la Integridad Institucional respecta; pero tales marcos jurídicos tienen tras de sí la fuerza coactiva del Derecho y, por tanto, el sistema institucional ejecutivo y judicial para aplicar sus previsiones. Los códigos éticos o de conducta (también denominados en ocasiones de buen gobierno, aunque convendría diferenciar conceptualmente tales acepciones) son, sin duda, parte integrante también de esos Sistemas de Integridad Institucional, pero en su dimensión autorreguladora. Y es esta la que ahora interesa. En todo caso, se trata de una solución modesta en su planteamiento, si bien –como he reiterado a lo largo de estas páginas- con un enfoque de orientación claramente sesgado a su dimensión preventiva o de identificación de "marcos de riesgo" que anticipen y eviten que aniden en las organizaciones conductas o comportamientos no éticos como antesala de la corrupción.

Los códigos éticos o de conducta de las instituciones públicas no deben, por tanto, formalizarse como normas jurídicas o a través de expresiones jurídico-formales, ya se concreten a través de leyes o por medio de manifestaciones de la potestad reglamentaria. Este es uno de los equívocos más comunes en nuestro contexto institucional. Hay una tendencia natural a trasladar al plano normativo-jurídico este tipo de instrumentos. Ello se vio con claridad en la regulación que llevó a cabo el propio EBEP (artículos 52 a 57), se ha reproducido en la Ley básica de transparencia (Ley 19/2013, de 9 de diciembre; en su título II relativo al Buen Gobierno) y tal forma errónea de actuar ha impactado negativamente sobre otras tantas leyes o decretos de

Comunidades Autónomas (e, incluso, en alguna entidad local) que han seguido equivocadamente esa estela.

Debe quedar meridianamente claro, si no lo está aún, que los códigos de conducta son instrumentos de autorregulación y, por tanto, las leyes o los reglamentos no deben ser su medio de expresión formal; todo lo más en los textos normativos se pueden incorporar algunos valores o principios, sobre los cuales se armen o construyan luego las normas de conducta o de actuación que se recojan en tales códigos. Menos aún deben anudarse al incumplimiento de los valores, principios o normas de conducta, consecuencias sancionadoras, puesto que en ese caso traspasamos el mundo de los códigos éticos y de conducta y nos sumergimos en la esfera del Derecho penal o administrativo sancionador. Errores de este tipo se advierten por doquier en nuestro sistema legal, tanto estatal como autonómico. El propio Consejo de Estado, al dictaminar sobre el anteproyecto de la Ley básica de transparencia, cayó en ellos de forma clara[6]. Problema de conceptos. No es fácil abrir hueco a los espacios de autorregulación en una amplia y densa comunidad de juristas que puebla nuestras administraciones públicas y se muestra poco o nada receptiva hacia este fenómeno. Es oportuno en ocasiones mirar qué se hace allende nuestras fronteras.

Los códigos de conducta incorporan una serie de normas de conducta o de comportamiento que, encuadradas en unos principios o valores, pretenden "orientar" en sentido positivo la acción y la actuación de tales cargos o servidores públicos, aunque en circunstancias extremas puedan tener también, de forma excepcional, algunos efectos de reprobación o de carácter traumático. Tienen, cabe insistir sobre ello, un componente de autorregulación. Su dimensión es principalmente preventiva, frente al carácter represivo (o, en su caso, disuasorio) de los marcos jurídicos.

Ciertamente, los códigos de conducta pueden incorporar otros instrumentos o herramientas, tal como diré a continuación. También puede haber códigos que combinen las normas de conducta con las normas de actuación. Las primeras se anudan a valores o principios de naturaleza ética, las segundas tienen que ver con el funcionamiento de las estructuras organizativas y sus resultados, su finalidad es más bien la eficacia y eficiencia de tales organizaciones. Tales normas de actuación se vinculan con una serie de principios de buen gobierno o también denominados en ocasiones de buenas prácticas en la gestión pública. Esta distinción es importante para evitar la confusión creciente y mezcla desordenada que se produce entre códigos éticos, códigos de conducta, códigos de buen gobierno y, en fin, códigos de buenas prácticas.

Por tanto, como también se ha expuesto, la Ética Institucional, a diferencia del Derecho, pretende construirse en sentido positivo, adoptando un sesgo de marcado carácter preventivo que busca permear las conductas y comportamientos (esto es, busca si se quiere modificar los "hábitos" o el carácter) de los cargos o servidores públicos mediante procesos de "internalización" de tales valores y normas de

[6] Dictamen 702/2012, de 19 de julio, del Consejo de Estado sobre Anteproyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Se puede consultar en: http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2012-707.

conducta. Lo transcendente no es en sí la existencia de la norma, el elenco de valores o la previsión de las conductas, tampoco su reproducción en un papel o en un documento electrónico, ni siquiera que el código de conducta sea leído o conocido, lo realmente importante es que el sujeto (cargo o funcionario público) lo haga suyo.

Esa idea la expresó correctamente Victoria Camps en los siguientes términos: "Una norma social internalizada tiene, así, una dimensión emotiva que hace que el individuo sienta orgullo al cumplirla y vergüenza si deja de hacerlo. Pero 'internalizada' significa 'sentida', no solo sabida. El mero conocimiento de lo que hay que hacer no nos mueve a actuar, como repitió Spinoza"[7]. Y la ética, también la pública, se vincula estrechamente con la acción. La responsabilidad moral, tal y como acertadamente describió Jankélévitch, "es antecedente o prospectiva y atañe al futuro, a los actos por hacer, señala las tareas que nos incumben". En estos rasgos citados se distancia de la responsabilidad jurídica, pues esta es consecuente y concierne únicamente a los actos ya hechos[8]. La ética mira al futuro y no al pasado. Como bien señaló Weber –cuando se refería a la ética en la actividad política- no se pregunta sobre "cuáles han sido las culpas en el pasado"[9]. Para eso está el Derecho.

En suma, los códigos éticos o de conducta no son otra cosa que la exteriorización de los valores y principios, así como de las normas de conducta y de actuación, que deben guiar el desarrollo de las conductas o comportamientos, así como de las actividades profesionales de los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, más allá de las normas jurídicas previamente establecidas.

Los códigos éticos o de conducta deben venir acompañados, para ser efectivos, de una "infraestructura ética", en la cual deben incorporarse como un elemento más (lo que vengo denominando como *Sistemas de Integridad Institucional*). Si se hace una mala apuesta por aprobar un código de conducta sin insertarlo en un Sistema o Marco de Integridad Institucional y, por tanto, no se garantiza la efectividad de sus valores y normas de conducta, tal operación no es una manifestación de una política de integridad ni una apuesta por la Ética Pública, pretende solo efectos propagandísticos (que se diluyen el mismo día en que se difunde o, en el mejor de los casos, al poco tiempo) y formaría parte, así, de un burdo mecanismo de autoengaño institucional, muy propio de una comunicación política ignorante (por mucho que utilice profusamente las redes sociales), que tanto abunda en estos tiempos.

Marcos de Integridad Institucional: elementos.

Tal como reconoció Hamilton, "la verdadera prueba de un buen gobierno es su aptitud y tendencia a producir una buena administración"[10]. Y, parece existir hoy en día una cierta unanimidad, en que tanto el buen gobierno como la buena administración

[7] *El gobierno de las emociones*, Herder, Barcelona, 2011, p. 292.
[8] *Curso de filosofía moral,* cit., p. 135.
[9] *El político y el científico*, cit. p. 159.
[10] *El Federalista,* cit., LXVIII, p. 290.

pública generan confianza pública[11]. Para alcanzar esa meta, en el campo que ahora nos ocupa (la ética pública), no cabe otra medida que impulsar una política de prevención, pero asimismo completar esta con un control exigente de las organizaciones públicas. La transparencia bien entendida y aplicada (algo que tampoco es frecuente, tal como se verá en la segunda parte de este libro), puede coadyuvar, sin duda, a ese control democrático y facilitar del mismo modo la rendición de cuentas. Pero en sociedades tan complejas como la nuestra no cabe duda de que las presiones, los conflictos de interés o simplemente las apariencias de conflicto (que también destruyen o socavan la confianza) están, como ya se ha expuesto, a la orden del día.

Para hacer frente a esos problemas no bastan las leyes, como decía. Pero tampoco bastan, aunque pueda resultar chocante esta afirmación, los códigos de conducta. Tales códigos, por sí mismos, no son herramientas suficientes, pues su mera aprobación y publicación (o difusión y conocimiento) no cambia en nada el *statu quo* existente. El cambio real y efectivo, como promovió en su día la OCDE, solo se puede realizar a través de la configuración de *Sistemas o Marcos de Integridad Institucional* y, por tanto, de la inserción de tales códigos en esos sistemas o marcos de integridad. Esta es una idea que el profesor Manuel Villoria ha tratado con la profundidad debida en varios trabajos suyos[12]. A grandes rasgos, con algunas aportaciones de sello más personal (marcado en este caso por una apuesta hacia la simplicidad, por emplear la expresión de Edward de Bono[13]), lo que aquí sigue es tributario de las aportaciones doctrinales del citado profesor.

Tal como vengo insistiendo, es esta, tal vez, una de las cuestiones peor comprendidas por lo que afecta a la Ética Pública en nuestro panorama público y donde la confusión abunda por doquier. Merece, por tanto, la pena detenerse en su examen.

Los Marcos de Integridad organizacional (*Integrity Framework*) son, en efecto, una construcción conceptual de la OCDE. Su planteamiento inicial es que esos Marcos se proyectan sobre una organización y no sobre el conjunto del sector público. En efecto, la construcción de Marcos de Integridad en todo el sector público es una tarea de notable calado (se puede calificar incluso de hercúlea) y cuyos resultados finales serán, por lo común, bastante insuficientes. Es mejor comenzar por lo sencillo. Lo importante es saber para qué se quiere construir un Sistema de Integridad Institucional.

La finalidad de esos Sistemas o Marcos de Integridad no es otra que la de evitar riesgos de malas prácticas y de corrupción, por un lado (algo que se puede enmarcar en sentido lato en esas políticas de *compliance*, que tanto vigor y presencia han adquirido en los últimos tiempos); pero, por otro, pretenden también fortalecer el clima ético de

---

[11] Aunque en su día hubo alguna voz crítica, no exenta de una carga de profundidad innegable que, como en el caso de Alain, ya hace un siglo puso en entredicho la idea de confianza en las instituciones, promoviendo, por el contrario, la desconfianza como base de una ciudadanía democrática exigente. Ver, al efecto, su magnífica obra: *El ciudadano contra los poderes*, Tecnos, Madrid, 2016.

[12] Cabe destacar aquí dos de ellos: *El Marco de Integridad Institucional en España. Situación actual y recomendaciones*, cit; y *Ética Pública y Buen Gobierno*, cit.

[13] E. de Bono, *Simplicidad. Técnicas de pensamiento para liberarse de la tiranía de la complejidad*, Paidós, Barcelona, 2009.

tales estructuras organizativas, procurando paliar, así, que incluso personas decentes puedan contaminarse por los desincentivos o estímulos perversos que se les puedan plantear, presentar u ofrecer tanto interna como externamente. De tal modo que un Marco de Integridad Institucional debe establecer –tal como han reconocido Manuel Villoria y Agustín Izquierdo- normas, procesos y órganos dentro de cada organización pública que prevengan las conductas inmorales[14].

Tal como exponen esos autores, "entre los elementos esenciales de un Marco de Integridad se encuentran, como instrumentos clave, los códigos éticos, las evaluaciones de riesgo de integridad, la formación ética de los servidores públicos, el establecimiento de un sistema de consultas para problemas o dilemas éticos de los empleados (comités de ética), sistemas de denuncias de casos de corrupción, fraude, abusos o ineficiencias (con sistemas de protección a los denunciantes), sistemas de gestión de los conflictos de intereses e incompatibilidades, sistemas de detección e investigación de conductas antiproductivas o administración de encuestas de clima ético entre los empleados"[15].

Sin embargo, esa concepción de "Marco de Integridad" es bastante más holística, puesto que incluye también un conjunto (más o menos denso, según los casos) de normas jurídicas que regulan aspectos tales como las incompatibilidades o los conflictos de interés, antes analizados. Y nos reconduce a la idea de Sistema. Por consiguiente, un Sistema de Integridad Institucional también puede incorporar en su seno disposiciones o normas jurídicas, tal como se ha visto anteriormente. En ese caso, el "marco normativo de integridad" se incorpora dentro de la Política de Integridad y del propio Sistema de Integridad Institucional en el que se articula esa política. Su característica principal, de conformidad con lo expuesto, es que en ese caso se trata de normas jurídicas que tienen detrás (esto es, para garantizar su cumplimiento) todo el sistema institucional y el aparato coercitivo del Estado constitucional democrático.

De ese marco jurídico, pieza central de un Sistema global de Integridad Institucional, ya me he ocupado en un capítulo anterior. Y allí me remito. En estos momentos interesa especialmente abordar la noción de "marco ético de integridad" desde una dimensión autorreguladora o, si se prefiere, del proceso de construcción de "infraestructuras éticas" que una determinada organización pública debe dotarse si quiere fomentar una cultura ética en sus respectivas instituciones y prevenir la corrupción. Tal proceso se lleva a cabo a través de una serie de mecanismos e instrumentos que no son (o, al menos no lo son, en gran medida) normativos.

Y siguiendo el esquema de la OCDE, aunque simplificando tal como he dicho sus postulados, cabe resumir que un *Marco de Integridad Institucional* que pretenda articular una completa *infraestructura ética* debería incorporar, al menos, los siguientes elementos:

1. *Un código ético o de conducta,* también denominado en ocasiones como código ético y de buen gobierno (aunque, tal como se ha visto, son aspectos diferentes o, al menos, deberían serlo), en el que se recojan, entre otras cosas, los valores

[14] *Ética Pública y Buen Gobierno,* cit., p. 202.
[15] *Ética Pública y Buen Gobierno,* cit., pp. 203-204.

que deben orientar la organización y la actuación de los cargos o servidores públicos, así como unas normas de conducta que deben guiar asimismo el comportamiento de tales cargos o empleados públicos. A pesar de su carácter "positivo" (y no "represivo), pues trata de construir cultura ética de las organizaciones, todo ello no es óbice para que los códigos también prevean como *última ratio* sistemas de reprobación de conductas y algunas medidas, en su caso, traumáticas anudadas a los mismos. Como bien ha expuesto Victoria Camps, los códigos deben partir de una base de realismo: las personas no siempre se conducen voluntariamente por el bien, los incentivos para apartarse del cumplimiento de los deberes y obligaciones son constantes, mantener actitudes éticas irreprochables y continuadas exige tensión interna y vigilancia externa. Cabe partir de una concepción de la ética como acción constante y lucha permanente, en términos de Aranguren. El tiempo presente y el futuro inmediato es lo que cuenta en este campo, sobre todo desde el punto de vista de mejora de los estándares de conducta.

2. *Mecanismos de difusión, prevención y desarrollo de la cultura ética*. Los códigos por si solos no incorporan otra cosa que "letra" y pueden convertirse fácilmente en códigos declarativos. Donde se aprueban códigos de conducta sin insertarlos en Marcos de Integridad Institucional, tales códigos derivan fácilmente en apuestas formales o aparentes. Ya se ha reiterado hasta la saciedad el carácter cosmético de tales instrumentos, frecuentes por lo común en nuestro panorama público institucional. Es por ello muy importante que, dada su finalidad preventiva, se internalicen o interioricen por parte de sus destinatarios (como también expuso Victoria Camps). Es, asimismo, capital que, junto a "la letra" de los códigos, se incorpore una amplia batería de mecanismos de difusión, prevención y desarrollo de la cultura ética en las organizaciones a través de programas o planes anuales que comporten la realización de acciones dirigidas a que los códigos sean asumidos y que se proyecten, en mayor o menor medida, pero siempre en un proceso gradual de avance, en mejores hábitos (que "labren carácter", en palabras de Adela Cortina) y se manifiesten así en conductas éticas reforzadas. El objetivo último es un proceso de mejora continua que pretende, paso a paso, cambiar la cultura organizacional y, por tanto, impregnar el funcionamiento ordinario de la institución de prácticas y comportamientos éticos. Por eso, los programas de desarrollo ético o de integridad deberían formar parte sustantiva de las políticas de Gobierno (o de Gobernanza) y también de las política de recursos humanos de las organizaciones, una cuestión que hasta ahora es por lo común ajena a la política de gestión de personas de nuestras instituciones. No hay otro modo de actuar seriamente que este. Además, deben ser políticas marcadas por la continuidad y la tenacidad (sostenibilidad) en su desarrollo.

3. *Procedimientos, canales y circuitos para resolver dilemas éticos, quejas o denuncias.* Junto a todo lo anterior, un Marco de Integridad Institucional que promueva la infraestructura ética debe disponer, asimismo, de procedimientos, canales, circuitos o cualesquiera otros cauces, para garantizar la efectividad del código ético o de conducta. Este aspecto puramente formal o procedimental es muy importante. Se trata, en efecto, de configurar canales o cauces que abran

la posibilidad de que los actores institucionales (representantes, gobernantes, directivos o empleados públicos) puedan formular los problemas o, en su caso, dilemas éticos que se les puedan suscitar en el desarrollo de sus funciones públicas en las respectivas organizaciones en las que presten su actividad (garantizando, cuando ello sea necesario, la confidencialidad). Asimismo, se trata de prever canales a través de los cuales se puedan plantear quejas o denuncias, con la instauración incluso de "sistemas de alerta temprana" que puedan identificar con cierta rapidez y con carácter preventivo cuándo existen situaciones o marcos de riesgo en tales organizaciones. También a través de ese órgano de garantía se pretenden abordar aquellas denuncias que puedan provenir, en algunos casos, de los propios ciudadanos como usuarios o receptores de los servicios públicos. En este punto conviene desarrollar, en su caso, un estatuto del denunciante, que esté provisto de garantías, pero que a su vez eluda, mediante herramientas de equilibrio, la utilización torticera o irresponsable de estos cauces, con meras finalidades de represalias políticas o personales.

4. *Establecimiento de un sistema de garantías del código de conducta a través de la constitución de una comisión de ética con una composición objetiva e imparcial y equilibrada.* El código debe garantizar, asimismo, su efectividad por medio de la articulación de un sistema de garantías, que habitualmente se plasma en una comisión de ética (órgano colegiado) o por medio de un comisionado de ética (órgano unipersonal), encargado, entre otras cosas, de resolver los dilemas éticos, orientar en caso de consultas, dirimir conflictos éticos y resolver las quejas o reclamaciones que se puedan suscitar. Este órgano debe actuar como promotor de la cultura de integridad o de acciones éticas en la institución; esto es, como instancia que promueva la difusión del código y estimule programas formativos. La cuestión clave es quién o quiénes componen esos órganos; y sobre todo si tales órganos deben estar compuestos exclusivamente por personas de la propia organización o cabe incorporar externos (expertos) que aporten una mirada de fuera y ayuden a promover esa cultura ética desde una posición exógena y no autocomplaciente. En el ámbito anglosajón, donde la cultura ética está arraigada, los miembros de tales comisiones suelen ser personas de la propia organización. Obviamente se trata de personas que disponen de un recorrido moral intachable o tienen su reputación personal y profesional intacta. En los países que no tienen tradición de cultura ética en el sector público, como es nuestro caso, cabe recomendar que se incluyan algunos miembros externos en tales comisiones con la finalidad instrumental de que ayuden en el proceso de implantación y desarrollo de esa cultura ética y legitimen la actuación de tales instituciones de nuevo cuño, que deberán enfrentarse, con mayor o menor intensidad según los casos, a supuestos de resolución de dilemas éticos difíciles o complejos, derivados de conflictos de interés o de evaluación de determinadas conductas de cargos o funcionarios públicos; una cuestión más delicada aun cuando se trata de cargos públicos ejecutivos de la alta administración, pues estos temas tienen –como es obvio- una alta sensibilidad política.

5. *Sistema de seguimiento y evaluación.* Y, por último, el Marco de Integridad se debe cerrar con un sistema de seguimiento y evaluación de la aplicabilidad del código y del funcionamiento del modelo en su conjunto. Lo habitual en el mundo anglosajón es que los códigos se configuren como "instrumentos vivos", que se van actualizando a través de modificaciones o adaptaciones permanentes al nuevo contexto y a las exigencias o estándares del momento, pero también por medio de *Guías Aplicativas* que son las que, a partir de las resoluciones e informes de las comisiones de ética, van definiendo a través de protocolos sistemáticos la interpretación y alcance de los distintos valores y normas de conducta. Esas guías o criterios dotan de seguridad ética a las futuras conductas de los cargos o servidores públicos. Además de este sistema de seguimiento de la aplicación del código, es determinante la fase de evaluación del código y del propio sistema, ya sea mediante memorias anuales o, de forma complementaria, a través de una evaluación externa que mida por medio de indicadores cómo evoluciona la infraestructura y el clima ético en cada organización pública. A diferencia de lo que ocurre en el ámbito de la transparencia, tal como se verá, la existencia de entidades o instituciones evaluadoras en el campo de la ética pública es un proceso que en España apenas ha tenido concreción alguna, tal vez como consecuencia del retraso evidente en la implantación de esos reiterados Marcos o Sistemas de Integridad que nuestras instituciones públicas acarrean.

Los Códigos Éticos y de Conducta como parte sustantiva de los Marcos de Integridad Institucional.

Tal como se ha dicho, los códigos éticos o de conducta y los respetivos Marcos de Integridad Institucional se integran, como elementos sustantivos, en una Política de Integridad Institucional. Pero debe quedar muy claro que tales códigos no son ni mucho menos los elementos exclusivos de tal política. Cabe recordar aquí el carácter autorregulador de los códigos, su naturaleza preferentemente "orientadora" y solo excepcionalmente "traumática" (mediante aquellas propuestas de la comisión de ética o del comisionado para que se adopten algunas medidas: ceses, remociones, apertura de expedientes sancionadores o, en su caso, traslado al Ministerio Fiscal). La finalidad principal de tales códigos es promover en la organización una "infraestructura ética", asentar una cultura ética en la institución y, sobre todo, prevenir o identificar marcos de riesgo. Pero cabe asimismo incidir en que, por regla general, los códigos de conducta no son comunes o únicos en las instituciones públicas, sino que habitualmente se estratifican en función de diferentes segmentos o niveles: políticos, directivos, asesores y funcionarios).

Los códigos éticos o de conducta, a diferencia de los marcos de integridad establecidos por la legislación, tienen –como ya se sabe- un carácter "autorregulador". Se formalizan habitualmente por simples acuerdos institucionales o de gobierno, que se pueden reformar y adecuar con relativa facilidad. Implican, como dice la doctrina canadiense, una suerte de *work in process*; un trabajo siempre abierto de mejora continua. Muchos de ellos prevén incluso sistemas de adhesión individualizada, aunque si los códigos despliegan deberes institucionales o normas propias de una

dimensión que se encuadra en ámbitos de la deontología (por ejemplo, en el ámbito de la función pública o de los cargos públicos ejecutivos de una determinada Administración Pública) la adhesión debe ser obligatoria o, al menos, condición para ser nombrado cargo público o funcionario, en su caso, dado el tipo de actividad pública que desempeñan.

Lo normal es que los códigos sean herramientas o instrumentos que sirven de "orientación": la ética pública sería algo así como una suerte de faro o "guía" (con el complemento necesario de la comisión de ética o del comisionado) para que los cargos y servidores públicos desarrollen el ejercicio de sus funciones con probidad y con pleno respeto a los valores y normas de conducta establecidos. Aunque como bien señalan Villoria e Izquierdo hay un debate abierto sobre "el valor normativo y disciplinario del código frente a su valor meramente orientador"[16]. Si bien este debate existe, no es menos cierto que se debe relativizar su existencia, al menos en nuestro caso, a riesgo si no de impedir la emergencia de tales códigos, dado –como se ha visto- el papel expansivo y monopolizador de la legislación en estas materias.

El valor de los códigos de conducta, por tanto, debe ser preferentemente orientativo y preventivo, de ayuda a la mejora constante del clima ético (o de la infraestructura ética) en las organizaciones públicas. Y, en determinados supuestos, deben anudarse a los incumplimientos graves o reiterados consecuencias traumáticas que deberán ser valoradas en su alcance siempre a través de un órgano independiente con capacidad de propuesta, activando en unos casos el cese por el órgano competente y en otros el traslado también a quien sea competente para la incoación del régimen disciplinario que proceda. Pero esa es una consecuencia excepcional. Lo habitual es que las políticas de integridad se construyan en clave positiva y siempre con carácter preventivo. Villoria e Izquierdo encuadran perfectamente esos marcos de integridad institucional y los elementos en los que estos se despliegan dentro de una dimensión aplicativa práctica y, asimismo, "como parte esencial de cualquier estrategia anticorrupción".

Otra cuestión importante es si debe existir uno o varios códigos de conducta en cada institución en función de los niveles de responsabilidad o de los respectivos ámbitos sectoriales. Sobre este punto existen soluciones de diferentes tipos. Hay, en efecto, modelos de códigos únicos, de códigos diferenciados o incluso de "códigos en cadena" (un código marco y códigos de desarrollo). Como también señalan los autores citados, "parece extenderse la idea de que un código colectivo es perfectamente compatible con códigos por agencia, como se hace en Australia y Nueva Zelanda"[17]. Por su parte, Longo y Albareda también hicieron en su día un amplio análisis de modelos comparados sobre esta misma cuestión[18]. Pero asimismo existen soluciones segmentadas, como es el caso del Reino Unido, donde hay un código de ministros, otro de asesores y uno aplicable al *Civil Service*, junto con códigos diferenciados de cada

[16] *Ética Pública y Buen Gobierno,* cit., p. 212.
[17] *Ética Pública y Buen Gobierno,* cit., p. 211.
[18] *Administración Pública con valores,* cit., especialmente pp. 57 y ss.

una de las Cámaras del Parlamento o también con diferentes códigos de los gobiernos locales[19].

En cualquier caso, la segmentación de códigos abre un debate interesante. Ya se ha hecho referencia, en algún momento, a esta cuestión; pero por su interés conviene detenerse de nuevo en ella. Entre nosotros, en efecto, los códigos hasta ahora existentes están fijando (casi) exclusivamente el punto de atención en la política y en los altos cargos de la Administración Ejecutiva. En España, a diferencia de otros países, apenas se ha aprobado ningún código, por ejemplo, de las Cámaras parlamentarias, algo que denunció en su día el Consejo de Europa a través de GRECO ("Grupo de Estados contra la corrupción"). Para el empleo público se aprobó por medio del Estatuto Básico del Empleado Público un denominado "código de conducta", con principios éticos y de conducta (artículos 52 a 55); pero que, tal como se ha visto, no ha tenido desarrollo alguno (más bien ha pasado sin pena ni gloria). Pura coreografía.

La necesidad o no de extender los códigos de conducta al empleo público abre un importante debate, hasta ahora poco transitado. La pregunta central que cabe plantearse se centra en si las buenas conductas y los polos de integridad solo se han de respetar en la alta administración o en las estructuras de gobierno, dejando de lado la propia función pública. Para eludir tal extensión, una vez más las formas jurídicas parecen obturar el juicio: se objeta por lo común a este argumento que la función pública (empleo público) ya dispone de su régimen sancionador. Pero es importante subrayar que, como se viene existiendo en estas páginas, Derecho sancionador y códigos de conducta son dos cosas distintas. Además, cabe añadir que las conductas antiproductivas que existen por doquier en la función pública no son prácticamente nunca sancionadas, mientras que el desarrollo de un sistema de integridad en el empleo público podría mejorar bastante ese estado de cosas.

De hecho, la ética de la función pública ha tenido siempre un marcado carácter singular, muy vinculada a la noción de los deberes, pero asimismo estrechamente relacionada con la lucha contra la corrupción. La institución de función pública ha sido vista siempre como un cortafuegos que evita la entrada de la corrupción en la Administración Pública. Así se vio, por ejemplo, en Estados Unidos, tras la construcción del *merit system* en 1983 mediante la *Pendlenton Act*, que abrió un largo proceso de erradicación del *spoils system* implantado por Andrew Jackson a partir de 1829, cuyas consecuencias fueron nefastas para la extensión de la corrupción en la Administración federal estadounidense. Y así lo vio también Max Weber, cuando diagnosticaba certeramente el problema de las relaciones entre ética funcionarial y corrupción. Frente la extensa práctica de la patrimonialización de cargos por los partidos políticos que se produjo en el siglo XIX, estas eran sus palabras: "A esta tendencia se opone, sin

[19] Existen, por ejemplo, en el ámbito del Poder Ejecutivo un *Ministerial Code*, un *Code of Conduct for Special Adviser*, así como un *Civil Service Code.* Este Código, aprobado inicialmente en 1995, tuvo después enorme influencia sobre otros ámbitos o niveles de gobierno, por ejemplo los niveles locales de gobierno. Fiel a la tradición estatutaria de las normas que regulan el Servicio Civil, el Código no fue aprobado inicialmente por una Ley, pero en la transcendental *Constitucional Reforme and Governance Act* de 2010, se previó expresamente ya la existencia de este Código para el Servicio Civil.

embargo, la evolución del funcionariado moderno, que se va convirtiendo en un conjunto de trabajadores intelectuales altamente especializados mediante una larga preparación y con un *honor* estamental muy desarrollado, cuyo valor supremo es la integridad. Sin este funcionariado se cernería sobre nosotros el riesgo de una terrible corrupción y una incompetencia generalizada"[20].

Algunas notas finales sobre la redefinición de la política de integridad institucional por la OCDE.

Los Marcos de Integridad Institucional han sido hasta la fecha el "buque insignia" de la OCDE en materia de ética pública y lucha contra la corrupción en el sector público. Desde hace algunos años a esa línea de trabajo, se le han ido añadiendo otras; como por ejemplo los "pactos de integridad" en la contratación pública. En cualquier caso, las notas distintivas de esos Marcos de Integridad ya han quedado suficientemente resaltadas. Sin embargo, como se viene advirtiendo desde el inicio de estas páginas, esa política de integridad está siendo redefinida en 2016 por la propia OCDE[21].

En efecto, en un documento al que ya hemos hecho referencia anteriormente y que se trata (cuando esto se escribe) de un Borrador o Proyecto de Recomendación, pendiente aún de estudio y redefinición de sus contenidos, se dibujan lo que son las líneas maestras de ese nuevo rediseño de la política de integridad que se quiere trasladar a los diferentes Estados miembros que componen el organismo internacional.

Dado el carácter de borrador de tal proyecto, no es ciertamente momento de desarrollar sus contenidos concretos, tarea que deberá hacerse una vez se apruebe de modo definitivo tal Recomendación. Pero sí es oportuno, al menos, detenerse en cuáles son sus líneas principales y en qué medida cambia o altera el enfoque que hasta la fecha tenía esa política de integridad institucional a la que se ha hecho reiterada referencia en estas páginas. Veamos.

La finalidad que persigue el nuevo modelo de integridad institucional se apoya obviamente en los pasos dados ya por la OCDE (y que han sido oportunamente recogidos en las páginas precedentes), teniendo por consiguiente un carácter de herramientas complementarias. Y en esa línea de reenfoque del problema, en el citado documento aparecen –simplificando mucho las cosas- tres objetivos centrales o básicos. A saber:

---

[20] M. Weber, *El político y el científico*, cit.. pp. 101-102.

[21] OECD, *Draft Recommendation on the council on public integrity,* Deadline for comment, 22 march 2016. Ver, asimismo: *Working Party of senior public integrity officials. Comments Received During the Public Consultation on the Draft Recommendation of the OECD Council on Public Integrity* GOV/PGC/INT(2016)2, julio 2016.

- Crear lo que se puede considerar como un Sistema de Integridad Institucional "completo" o "integral", que acoja a todo el sector público, a las organizaciones, empresas o particulares que se relacionen con este y, en fin, a la propia ciudadanía.
- Desarrollar una cultura de integridad que implique asimismo una conexión con los sistemas de evaluación y seguimiento, así como con la rendición de cuentas.
- Contribuir, desde el plano de la Gobernanza Ética, a que la integridad institucional (y obviamente de las personas o colectivos indicados) sea efectiva, con objeto de mejorar la confianza de la sociedad en su conjunto en su sistema institucional y fomente de ese modo un crecimiento inclusivo.

Bajo esos objetivos citados, se pueden encuadrar tres grandes pilares que deben sustentar ese nuevo Sistema Público de Integridad (o Sistema de Integridad Institucional):

1. El primero es, tal como se ha dicho, configurar un Sistema de Integridad Institucional que encuadre de forma coordinada todos y cada uno de los elementos que lo componen y que esté dotado de coherencia en su construcción.
2. El segundo es desarrollar esa cultura de integridad institucional a través de un enfoque que preste atención especial a la sociedad y a sus pautas de cultura ética, así como que provea una mejora de esos estándares colectivos, con el fin de que las responsabilidades de todos los cargos y servidores públicos se alineen con ese desarrollo de la infraestructura ética no solo interna, sino también externa (interrelación con la sociedad y con el tejido asociativo o empresarial).
3. Y, como colofón del nuevo modelo, se debe establecer un sistema de rendición de cuentas a través de la articulación de sistemas de control y regulación de los estándares de integridad del sector público, pero también del sector privado y de los propios ciudadanos.

Este es el paso decisivo del nuevo modelo: no solo un empuje decidido de la integridad en el seno de la propia institución pública (aplicable a *todas* las personas que prestan servicios en ella), sino también una apertura completa a la sociedad. Algunos pasos ya se están dando –como decía- en el ámbito de la contratación pública, vinculando tales procedimientos a prácticas de integridad. Una visión ya asentada sobre esta materia es la que impulsó en su día Transparencia Internacional, mediante los Pactos de Integridad[22]. Pero aún queda mucho trecho por recorrer, más entre nosotros. Pues la línea fuerza de este documento antes citado (al menos de las ideas que se proyectan en el mismo) radica en que se quiere producir una suerte de cambio de paradigma en las políticas de integridad institucional, pues ya no solo deben poner el foco de atención en las instituciones públicas y en los impactos que tienen las conductas de los cargos y servidores públicos sobre la sociedad, sino también en lo que la propia

[22] *Integrity Pacts in Public Procurement. An implementation Guide,* Transparency International, 2013.

sociedad civil organizada y, a fin de cuentas, los ciudadanos, organizaciones y empresas hacen.

En realidad, esta es una idea que ya ha sido expuesta en pasajes anteriores de este trabajo. Dicho en términos más precisos: no pueden existir instituciones públicas éticamente intachables cuando la sociedad no ha interiorizado previamente esos valores de integridad en sus conductas cotidianas. Tal cuestión, fue correctamente expresada en otros términos por Longo y Albareda: "Para mantener unos estándares de ética pública elevados no solo se requieren unos servidores públicos ejemplares, sino también unos ciudadanos decentes y conscientes de sus derechos y de sus obligaciones"[23].

[23] F. Longo y A. Albareda, *Administración Pública con valores*, cit. p. 125.

SEGUNDA PARTE: CÓDIGOS DE CONDUCTA: ALGUNAS (INCIPIENTES) BUENAS (O MENOS BUENAS) PRÁCTICAS EN LA IMPLANTACIÓN DE SISTEMAS DE INTEGRIDAD INSTITUCIONAL EN ESPAÑA

> *"Una sociedad sin virtudes no es un 'demos'; la democracia necesita buenas costumbre para que las instituciones funcionen como deben, pues, a fin de cuentas, éstas dependen del buen o mal hacer de las personas que las gestionan" (Victoria Camps, Breve historia de la Ética, RBA, Barcelona, 2013, p. 398).*

Introducción

Es obvio que los códigos de conducta, códigos éticos o códigos de deontología, en cuanto fenómenos institucionales en los que se plasman las prácticas de autorregulación, no han formado parte de la cultura institucional española, ni siquiera en la función pública. El manto de la legalidad ha pretendido cubrirlo todo, aunque no lo haya conseguido realmente. Frente a aquel fenómeno de fuerte impronta anglosajona y ya bastante asentado en países de nuestro entorno, nos hemos despertado muy tarde, como suele ser siempre habitual. No se trata aquí de reiterar lo expuesto ni de censurar la mala comprensión conceptual de esta cuestión que, como se han visto, es más que evidente en la obra de los legisladores estatal y autonómico, lo que ha terminado empañando el problema hasta convertirlo muchas veces en pura caricatura. Tampoco pretendo desdecirme del objetivo inicial, que era muy claro: situar el problema en un marco conceptual y obviar un análisis detenido del marco jurídico-normativo, aunque algo se ha dicho al respecto y algo más deberé decir

Lo que sí parece obvio –y necesario resulta resaltarlo- es que la legislación aprobada hasta la fecha se muestra ampliamente tozuda en reiterar los errores inicialmente cometidos por el legislador básico estatal y construir los sistemas de integridad institucional sobre una base meramente jurídico-normativa sin dejar ningún espacio (o espacios muy reducidos) a la autorregulación. La fe en el Derecho mueve montañas de papel, pero no cambia casi ni una coma del deterioro de la moral pública en nuestras instituciones. Sus efectos, tras años de cruzada legislativa de "regeneración" de la vida Frente a esa tozudez de los creyentes en el Derecho y escépticos, a su vez, de la ética institucional autorregulada, que son todavía legión en este país, han comenzado a abrirse fisuras importantes en ese edificio antes inexpugnable que era el reinado omnipresente de la Ley. Aun hoy se insiste, en no poco trabajos académicos, de la dimensión jurídica del principio de integridad, como aparente remedio frente a los en ocasiones difusos males de la corrupción.

En cualquier caso, en los últimos cuatro años se han comenzado a mover las cosas, una veces por convicción de que debe ser así o por la necesidad de crear cortafuegos de prevención frente a los escándalos de corrupción que se daban por doquier, mientras que en otras ocasiones esa tendencia al cambio ha tenido un carácter más reactivo (por lo demás, muy humano) en la pretensión de situar valladares u obstáculos complementarios a una deteriorada atmósfera de moral pública salpicada por la corrupción o por la multiplicación de un sinfín de conductas llevadas a cabo por cargos

y servidores públicos, todas ellas censurables desde el plano ético. En fin, un intento, por lo demás con escasos réditos, pues esa estrategia "por lavar la cara" se impulsa generalmente cuando la situación ya no tiene apenas remedio.

Cierto que, como ya se sabe, no partíamos de cero. Algo se había hecho, aunque pocos efectos reales tuvo, pero al menos formalmente pasos tímidos se habían dado. La Legislatura 2003-2007 en el Estado fue premonitoria de lo que después vendría. Sin duda, la sensibilidad gubernamental viene siempre alimentada por el olfato de un ministro o, en su defecto, por las propuestas de sus equipos directivos o funcionariales. Y cabe subrayar que en los años 2005-2007, ese olfato existió y se supo captar perfectamente que algo se movía fuera de nuestras fronteras. La ética pública y la integridad institucional estaban adquiriendo una impronta notable en las políticas de la OCDE, como ya se ha dicho. Y, con cierta perspicacia, aunque también con cierta falta de pericia, se pretendieron trasladar tales tendencias a la Administración Pública española, siempre reacia a los cambios y a las soluciones foráneas.

Pero hubo impulso político, eso nadie lo puede negar. Se aprobaron, como ya se ha dicho, el Código de Buen Gobierno de altos cargos (2005), una avanzada ley de conflicto de intereses (2006) y un Estatuto Básico del Empleado Público (2007) que estableció por Ley (error al que algunos, desde la posición modesta de vocales de la Comisión de Expertos, también coadyuvamos) un código de conducta de los empleados públicos. Una idea, en todo caso, importante que no se supo plantear de forma correcta. El EBEP se debería haber limitado a la enumeración y definición de una serie de valores o principios y, todo lo más, a determinar genéricamente algunas normas de conducta, abriendo la posibilidad de desarrollar códigos deontológicos para cada ámbito de la función pública. No cabe duda de que a partir de ese desajuste de enfoque, todos hemos aprendido mucho. Para eso están los errores. No para flagelarse.

Sin embargo, en esa batería de medidas, intuitivamente descubiertas, faltaba, tal como decía, un necesario aprendizaje. Quizás, si hubiésemos sido capaces de mirar mejor y analizar convenientemente otros sistemas comparados, tales errores se hubiesen ido subsanando. Pero en España algo que llega al *BOE*, más si es a través de una Ley, se sacraliza y, sobre todo, se convierte en un obstáculo, más que en una palanca de cambio. El Código de Buen Gobierno, que se aprobó por medio de una mera Orden Ministerial[24], quedó enterrado en las páginas del Boletín Oficial sin que apenas nadie le prestara atención, menos aun quienes eran sus destinatarios. Tras diez años de "vigencia formal" (que no efectiva) una de tantas Leyes que pretenden "regenerar" nuestro espacio público, la Ley 3/2015, de 30 de marzo, del estatuto del alto cargo, lo deroga. Sin pena ni gloria. Volvemos a la casilla de salida. Volvemos a empezar, en este desordenado tejer y destejer del que nadie parece sabe salir airosamente. Por eso los conceptos (o los marcos conceptuales) son imprescindibles. Por eso he perdido tanto tiempo (o tantas páginas) intentando explicar hasta ahora en este estudio lo que en otros países comprenden sin dar semejantes rodeos. Pero a estas alturas de la exposición, creo que ya quedan las cosas lo suficientemente claras como para no insistir de nuevo en ellas.

[24] Orden APU/516/2005, de 3 de marzo.

Vayamos a lo práctico. Lo que hizo el Gobierno central (o la Administración General del Estado) en esos años 2005-2007 no tuvo, en verdad, continuidad alguna ni tampoco réplicas de calado o de interés. Desaparecido el Ministro Sevilla, auténtico impulsor (junto a su equipo) de tales propuestas, después se impuso la sombra y la incomprensión, hasta en el seno del propio Gobierno que había impulsado tales proyectos. Paradojas de la política: sin cambio de gobierno se paraliza la acción del Ejecutivo, puesto que las personas que llegan a las nuevas responsabilidades (aunque sean del mismo partido) nada entienden de lo que antes se ha hecho y "sus equipos" tampoco. La "noria de la política" produce en estos casos sus peores efectos. pública, se pueden considerar pírricos.

Así, todas esas propuestas normativas quedaron enterradas en el BOE, ya electrónico; aunque sigan emergiendo a la luz con un simple clic. Los temas de ética pública e integridad institucional no fueron a partir de entonces de ningún interés ni para el partido que inicialmente los propuso ni para su contrario. Pasaron al olvido. Mientras tanto, los casos de corrupción de la era del ladrillo comenzaban a proliferar y una brutal crisis asomaba en el horizonte.

Las Comunidades Autónomas tampoco tomaron nota. Siempre, por lo común, tan reacias al cambio y la innovación, con una actitud de fieles y acríticas seguidoras de lo que haga el Estado, poco o nada desarrollaron al respecto. Una Ley gallega de 2006 (hoy ya derogada) fue la excepción, pero se quedó en papel, esta vez en el BOG[25]. Otra Ley de Baleares de 2011 parecía retomar el tema, al menos formalmente; pero fue puro ilusionismo. El desarrollo del código de conducta del EBEP tampoco se produjo (¿qué había que desarrollar cuando la Ley ya petrificaba unos desordenados principios y unas normas éticas y de conducta poco depuradas?). El EBEP recogía hasta quince principios generales que debían informar los códigos de conducta. Trayendo a colación unas palabras de Innerarity, se puede afirmar que lo que hizo el artículo 52 del EBEP es "ponerlo todo manchado de principios". Algo también dijo en su día Savater cuando recomendaba que, en cuestión de principios, "mejor que sean pocos y buenos"[26]. Partiendo de una prolija enumeración de principios, que no se definían siquiera, escasa utilidad tenía semejante Código. Hubo que esperar a 2011, para que el Gobierno Vasco aprobara un primer código ético para altos cargos, pero que, diseñado a imagen y semejanza del modelo de Código de Buen Gobierno, carecía de un sistema de integridad mínimamente consistente[27]. Fue otra propuesta institucional que transitó sin pena ni gloria.

---

[25] Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y buenas prácticas en la Administración Pública gallega. Ver, en especial, capítulo III, sobre miembros del Gobierno y altos cargos de la Administración (particularmente, artículo 15, principios de actuación).

[26] Citado por R. Vargas-Machuca, "Principios, reglas y estrategias …", cit. p. 57.

[27] BOPV núm. 102, 31 de mayo de 2011, por el que se da publicidad a la Resolución de 23/2011, de 11 de mayo, de la Directora de la Secretaría del Gobierno y de Relaciones con el Parlamento, por la que se dispone la publicación del Acuerdo adoptado por el Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Código de Ética y Buen Gobierno de los

Una experiencia institucional singular y que también debe ser destacada en este contexto es la creación en la Comunidad Autónoma de Cataluña de la Oficina Antifraude[28]. Este organismo, de factura peculiar e inspirado en modelos de países en vías de desarrollo, tenía una finalidad más ligada a la lucha contra la corrupción, aunque también se le asignan funciones genéricas en la prevención y persecución de los conflictos de interés y, de forma más indirecta, en la promoción de los valores éticos en las administraciones públicas sometidas a su fiscalización. Su papel –aunque ha dedicado atención y recursos a la tarea preventiva- ha sido más bien tibio, pues su diseño institucional no es el correcto para articular eficazmente un Sistema de Integridad Institucional, ya que se escora hacia el plano fiscalizador y mantiene frente a las administraciones públicas un tono y orientación hasta cierto punto inquisitorial que en nada ayuda a una relación abierta y recíproca, tampoco en el plano de la ética pública. Los turbios pasajes por los que ha transitado esta institución en 2016, han terminado por asestarle un duro golpe a su (ya mermada) credibilidad institucional. Aun así, algunas Comunidades Autónomas se ha propuesto replicar –aunque con algunas variaciones- ese modelo[29]. Ellas sabrán lo que hacen.

En el plano local, la FEMP pretendió reaccionar en 2008 a través de la aprobación de un Código de Buen Gobierno. La intención, una vez más, era buena, el resultado no alcanzó ni el estadio de regular. Se trataba de una mera mezcla de principios éticos con otros de buen gobierno, sin saber diseccionar siquiera lo que eran valores o principios de normas de conducta. Por lo demás, puramente cosmético, pues no existía ningún sistema de seguimiento y control. Faltaba, una vez más, una mirada exterior que les hiciera comprender cómo se hacían estas cosas en las democracias avanzadas, sobre todo las de corte anglosajón, aunque no solo.

Y realmente ese es el pobre estado de cosas en el que se encontraba el sector público español cuando la crisis económico-financiera destrozó los ingresos públicos y se transformó, como era natural, en una crisis fiscal de enorme magnitud, así como cuando a la cada vez más intensa crisis institucional se le sumaron innumerables casos judiciales de corrupción que ponían a la clase política y, en menor medida (aunque también), a la función pública, en entredicho. La ética pública entraba por la puerta de atrás, empujada por las circunstancia. Es la peor forma de entrar. Pero, como país tozudo que es, España tardó en asimilar tales mensajes; todavía se puede decir que no los ha asimilado.

Sin embargo, algo se empezó a mover, aunque una vez más por la dirección equivocada. No reiteraré lo expuesto: la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, no entendió el alcance de lo que es un Marco o Sistema de Integridad en las instituciones públicas. A pesar de que España es miembro de la OCDE, en esta acción legislativa se mostró una

---

miembros del Gobierno, altos cargos, personal eventual y demás cargos directivos al servicio del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

[28] Ver la Ley 14/2008, del 5 de noviembre, del Parlamento de Cataluña.

[29] Esta parece ser, entre otras, la línea de tendencia del proyecto de ley de integridad y ética pública de la Comunidad Autónoma de Aragón, cuando crea una Agencia de Integridad y Ética Pública.

incomprensión absoluta a lo que esa organización internacional estaba promoviendo desde 1997. Ya quedó dicho. Lo demás también es conocido: las Comunidades Autónomas (al menos la mayor parte) siguieron esa estela. Dicho en términos muy duros: se optó por la vía menos aconsejable, que consistía en que "la integridad con sangre entra". Optaron por impulsar leyes con sistemas de sanciones administrativas al incumplimiento de normas de éticas o de conducta. El título II de la Ley 19/2013, como bien estudiaron Alberto Palomar y Antonio Descalzo, había sentado un mal precedente[30]. Mejor hubiera sido no incorporar tal regulación al texto normativo, sobre todo porque diluye el objeto central de la Ley, que era la transparencia; y, además, daba al "buen gobierno" un carácter instrumental que no le corresponde en ningún caso. Los pegotes nunca funcionan. Y este no ha funcionado ni funcionará. El disparate estaba consagrado y solo faltaba constatar la evidencia: no ha servido para nada.

Realmente avances en la moralidad pública no ha habido ninguno tras esas mareas normativas. Por emplear una expresión de Julián Marías, "el peso moral de las personas" que desempeñan cargos y funciones de carácter público no ha subido ni un gramo[31]. Tiendo a pensar que se ha producido el proceso inverso o más bien contrario, tras un conocimiento relativamente próximo de muchas instituciones públicas: el comportamiento moral de los cargos y servidores públicos ha desfallecido en los últimos años; es cierto que los primeros están más alerta por el duro escrutinio público, pero eso nada nos dice de la mejora moral desde un plano de convicción ética; de los segundos (empleados públicos) mejor no entrar en detalles, la caída del sentido de pertenencia hacia lo público ha sido abismal en estos últimos años, alimentada por una devastadora crisis y por un sindicalismo "corporativo" y (a veces) amarillo (por ejemplo, en el ámbito de las policías locales), que nada ha entendido (o no ha querido entender) de lo que es la ética institucional del servicio público. Un papel tristemente desenfocado el de un sindicalismo del sector público que actúa de espaldas a la sociedad en la que vive y no comprende cabalmente que el empleado público a quien se debe es al ciudadano-contribuyente (su auténtico "patrón"), que es al fin y a la postre quien paga las nóminas de los empleados públicos. Mucho deberá batallar el sindicalismo del sector público en el campo de la integridad si quieren ganar legitimidad (hoy en día erosionada) y reconocimiento en el ámbito institucional público.

No obstante, el país no se para. Y alguna cosa, aunque sea poco, se mueve, arrastrando a otros o, al menos, dando que pensar y removiendo unas aguas, en buena

---

[30] Ver, respectivamente, sus trabajos: "Buen Gobierno: ámbito de aplicación, principios generales y de actuación, infracciones disciplinarias y conflictos de intereses"; "Buen gobierno: infracciones en materia de gestión económico-presupuestaria y régimen sancionador"; ambos trabajos en E. Guichot, Coordinador, *Transparencia, acceso a la información pública y Buen Gobierno,* cit., pp. 247-329. Asimismo, sobre este tema es importante el estudio de M. Bassols Coma, "Buen gobierno, ética pública y altos cargos", en *Memorial para la Reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, J. M. Baño León (Coordinador), CEPC, Madrid, 2016, volumen III, pp. 2159 y ss.

[31] *Tratado de lo mejor. La moral y las formas de vida*, Alianza Editorial, 1995, p. 117.

parte estancadas. Hay, en cualquier caso, mucho desconcierto en esta materia. Pero comienzan a apuntarse algunas experiencias o buenas prácticas (en algunos casos relativas) en el terreno de la ética pública o de la ética institucional. Solo daré noticia de algunas de ellas. En el terreno de la función pública o del empleo público, sin embargo, las realizaciones son prácticamente anecdóticas. Como ya se ha visto, el EBEP apostó fuerte (al menos nominalmente) por los valores del empleo público; sin embargo, esa apuesta nadie (absolutamente nadie) se la tomó en serio. El resultado, como ya he dicho, está a la vista: los valores de servicio público se han perdido en una densa y tupida red de reivindicaciones laborales, que pone el acento en los derechos y olvida los deberes o la deontología profesional del servicio público. Nadie, en su sano juicio, puede sin embargo obviar la transcendencia que tiene la ética del servicio civil como barrera a la corrupción[32].

El Gobierno Vasco da el primer paso en la buena dirección.

Tras el primer Código Ético de altos cargos aprobado en 2011, el Gobierno Vasco emprendió un cambio de ritmo radical en esta materia a partir de 2013[33]. Un cambio impulsado por el entonces nuevo Ejecutivo, que sin duda representaba un antes y un después en esta materia. Bien es cierto, en honor a la verdad, que no fue la primera experiencia. Unas semanas antes, la Asamblea Nacional de EUDEL (Asociación de Municipios Vascos) aprobaba un Borrador de Código de Conducta, Buen Gobierno y Compromiso por la Calidad Institucional de la Política Local Vasca. Pero la iniciativa, se quedó en mera propuesta, aunque EUDEL conjuntamente con el Consejo de Europa

[32] Un fenómeno ampliamente estudiado, con un foco especial en la evolución de algunos países (como, por ejemplo, Estados Unidos). Ver, al respecto: S. Rose-Ackerman, *Corruption and government: causes, consequences and reforms*, Cambridge University Press, 1999; y F. Anechiarico, J. B. Jacobs, *The pursuit of absolute integrity*, University of Chicago Press, 1996.

[33] Ver: *BOPV* núm. 105, de 3 de junio de 2013, por el que se da publicidad a la Resolución 13/2013, de 28 de mayo, del Director de la Secretaría del Gobierno y de Relaciones con el Parlamento, por la que se dispone la publicación del *Acuerdo adoptado por el Consejo de Gobierno «por el que se aprueba el Código Ético y de Conducta de los cargos públicos y personal eventual de la Administración General e Institucional de la Comunidad Autónoma de Euskadi»*. En fechas, recientes se ha publicado una versión de texto consolidado de tal Código Ético y de Conducta, donde se incorporan todas las modificaciones (o adaptaciones) que se han hecho en los últimos años. Ver: *Resolución 67/2016, de 22 de noviembre, del Viceconsejero de Relaciones Institucionales, por la que se dispone la publicación del Acuerdo adoptado por el Consejo de Gobierno por el que se aprueba el Texto Refundido del Código Ético y de Conducta de los cargos públicos de Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi y su sector público, y se incorporan a dicho Código nuevas previsiones* (BOPV núm. 226, de 28 de noviembre de 2016).

impulsaron durante los años 2013-2014 un programa de evaluación de la integridad institucional en quince municipios vascos (*Basque Score Card*).

La experiencia, por tanto, que cristalizó fue la adoptada por el Gobierno Vasco. Efectivamente, por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 23 de mayo de 2013, se aprobó el Código Ético y de Conducta de los cargos públicos y personal eventual al servicio del sector público de Euskadi. Sin entrar en estos momentos a detallar su contenido (que ha sido actualizado en el texto consolidado antes expuesto), sí que se pueden traer a colación los objetivos que pretendía el proceso de elaboración de ese Código, que eran los siguientes:

- Mejorar la calidad institucional y la eficiencia del Gobierno Vasco y de sus entes instrumentales.
- Definir los valores, principios éticos y aquellos comportamientos o estándares de conducta que deben inspirar el código de los cargos públicos en esta materia y la actuación de estos en el ejercicio de sus responsabilidades públicas y de su vida privada.
- Iniciar un proceso de interiorización y asentamiento de estándares éticos y de conducta cada vez más exigentes por parte de los cargos públicos del Gobierno Vasco y de sus entes instrumentales, que sirvan como referente para el resto de la organización, para las demás instituciones vascas y para la propia ciudadanía.
- Configurar así un Marco de Integridad de los cargos públicos del Gobierno Vasco y de sus entes instrumentales, basado no solo en la declaración de un Código Ético y de Conducta, sino también en su difusión y promoción de la internalización de sus previsiones, así como mediante la implantación de órgano de garantía que llevara a cabo un sistema de supervisión bajo criterios de objetividad e imparcialidad.

El Código Ético y de Conducta pretende, por tanto, definir valores, principios y normas conducta que serán exigibles a los cargos públicos y personal eventual que forman parte de la Alta Dirección Ejecutiva del Gobierno Vasco[34]. Este Código –y este es un dato importante- parte de una estructura que se aleja de los Códigos hasta entonces aprobados por diferentes instituciones estatales, autonómicas o locales españolas. Así, por un lado, no solo recoge valores y principios, sino que define su alcance o sus contornos, prefigurando además una serie de comportamientos que son exigibles necesariamente a quienes desempeñan cargos públicos y que tienen por objeto

[34] Comentarios o referencias doctrinales a este Código se pueden hallar en los siguientes trabajos: R. Bustos Gisbert, "Las reglas de conducta de los políticos: evolución en el Reino Unido", *Revista Vasca de Administración Pública* núm. 104 pp. 104 y ss.; E. Pérez Vera, "Ética frente a corrupción: la reciente experiencia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, *Revista Vasca de Gestión de Personas y organizaciones públicas,* núm. 9, pp. 42 y ss.; y R. Jiménez Asensio, "Ética pública, política y alta administración. Los códigos éticos como vía para reforzar el Buen Gobierno, la calidad democrática y la confianza de la ciudadanía en sus instituciones", *Revista Vasca de Gestión de Personas y organizaciones públicas,* núm. 5, pp. 46 y ss.

promover la ejemplaridad a través de la integridad, salvaguardar la imagen de la institución, reforzar su eficiencia y garantizar que la confianza de la ciudadanía en las instituciones no sufra menoscabo alguno.

No se incluye en ese Código referencia alguna a obligaciones legales o normativas, esto es, al cumplimiento estricto de las exigencias derivadas del ordenamiento jurídico, que, en su caso, deberán ser recogidas en las Leyes o Reglamentos que se dicten al efecto. Por tanto, este Código no tiene, en sí mismo, valor normativo, salvo por las consecuencias que potencialmente se puedan anudar a su incumplimiento o porque las conductas establecidas puedan servir de elemento interpretativo de los tipos de infracciones que, en su caso, se establezcan en las leyes. Es un típico instrumento de autorregulación.

Una de las debilidades consustanciales de los Códigos Éticos y de Buen Gobierno que se han impulsado en el Estado español radica en que las medidas de seguimiento y control del cumplimiento de tales principios y conductas son inexistentes o, todo lo más, se atribuyen a una Comisión de bajo perfil político (normalmente de altos cargos o con presencia de funcionarios), sin autonomía funcional alguna y sin incorporación de externos o expertos a tales estructuras, que salvaguarde una independencia de criterio y adopte visiones de tales problemas menos endogámicas. Esta es una tendencia que, de forma altamente positiva, se rompe literalmente a partir del Código Ético y de Conducta del Gobierno Vasco, como inmediatamente se verá.

Tal como han venido reconociendo tanto la OCDE como diferentes organizaciones internacionales, la creación de un sistema de supervisión o seguimiento de los Códigos Éticos y de Conducta es una pieza sustancial e imprescindible para la articulación de un Marco de Integridad de los cargos públicos.

De conformidad con lo que establece *la Memoria de la Comisión de Ética Pública del Gobierno Vasco* (octubre 2013-diciembre 2014)[35], el Marco de Integridad Institucional que impulsa el Gobierno Vasco se asienta en los siguientes ejes:

- Un Código Ético y de Conducta
- Una previsión de mecanismos de difusión, formación, promoción y fomento de la internalización de tales valores, principios y comportamientos que se contienen en el citado Código por parte de las personas a las que va dirigido.
- El establecimiento de unos procedimientos o la habilitación expresa para su configuración, que tienden a salvaguardar la efectividad de los valores, principios y comportamientos recogidos en el Código.
- La implantación de un Sistema de Impulso y Supervisión del Código Ético y de Conducta, articulado en torno a la Comisión de Ética Pública, que es la pieza fundamental de cierre de ese Marco de Integridad y cuyo funcionamiento, como se ha expuesto, ha sido muy importante durante ese período de aplicación.

[35] Editada por el IVAP, Oñati, 2015. La *Memoria de la Comisión de Ética Pública* del Gobierno Vasco también ha sido editada por el IVAP en 2016.

No se trata, a diferencia de otros documentos de este mismo carácter, de un Código declarativo o sin efectos reales, puesto que si se acredita un incumplimiento se activa un sistema interno de seguimiento que puede terminar, en el caso más traumático, con la propuesta de cese de la persona en el puesto de trabajo que ocupe o, en su caso, con la formulación de recomendaciones a los órganos competentes para que se corrijan las desviaciones producidas. Se prevé un sistema de adhesión individual.

Este Sistema, por tanto, descansa sobre la Comisión de Ética Pública. Esta Comisión de Ética, presidida por el titular de la Consejería de Administraciones Públicas y Justicia, (actualmente de Gobernanza Pública y Autogobierno), está conformada por un alto cargo de la Administración Vasca (en estos momentos Viceconsejero de Función Pública), dos miembros más que serán los expertos externos en la materia y una Secretaría, con voz pero sin voto que corresponde actualmente a la persona que sea titular de la Dirección del Instituto Vasco de Administración Pública.

Dentro de sus funciones está la de resolver los problemas o dilemas éticos que se le planteen, analizar en qué casos se incurre en vulneración del Código, proponer medidas de corrección a los responsables políticos competentes para adoptarlas, incluso de propuesta de cese de altos cargos o del personal sujeto al Código, así como elaborar un Informe anual en el que pueden proponer cambios en la estructura o contenido del Código Ético y de Conducta. De hecho, la Comisión de Ética Pública ha adoptado el sensato criterio de la deliberación para dar respuesta a las cuestiones que se le han planteado. Tal como expuso en su día Victoria Camps, "tanto para aplicar bien la legislación como para reaccionar ante los vacíos y ambigüedades de la ley, la actitud prudencial, responsable y abierta (…) más correcta –la más prudente- en sociedades democráticas (…) consiste en la práctica de la autorregulación"[36].

El funcionamiento de la Comisión de Ética Pública hasta la fecha puede considerarse como altamente satisfactorio, representando en estos momentos una buena práctica institucional en el panorama de los diferentes niveles de gobierno del Estado español. Algo que es particularmente relevante, teniendo en cuenta que la cultura de la "legalidad" es la dominante en estas materias y que, sin perjuicio de que las instituciones vascas hayan aprobado una Ley específica de conflicto de intereses que también regula los principios éticos y de conducta (la Ley 1/2014, del Parlamento Vasco), el Código Ético y de Conducta haya encontrado su ámbito propio de actuación y haya supuesto asimismo una mejora en los estándares de conducta de la Alta Dirección Ejecutiva y del personal asesor de la Administración Pública vasca.

La única objeción crítica que se puede plantear a este modelo es que fija solo su atención sobre la alta administración (altos cargos), aunque extiende su ámbito de aplicación al personal eventual, lo que en sí mismo también es un punto positivo. Sería recomendable que este primer paso dado por el Ejecutivo vasco tuviera continuidad ulteriormente por medio de la prolongación del Sistema de Integridad a toda la institución (Administración Pública Vasca), también por tanto al personal al servicio de ese nivel administrativo como a todas aquellas entidades, empresas, asociaciones o

[36] V. Camps, *Breve historia de la ética*, cit., p. 406.

personas que, a través de fórmulas contractuales o por medio de subvenciones, se relacionen con la Administración Pública.

El balance, en todo caso, se puede calificar de muy positivo, tal como atestiguan las dos Memorias hasta la fecha editadas por la Comisión de Ética y que pormenorizan sus actividades durante los años 2013 a 2015, a las que ya se ha hecho referencia. Se puede afirmar, por consiguiente, que en el Gobierno Vasco se ha construido de forma efectiva un Sistema de Integridad Institucional, aunque focalizado exclusivamente en la Alta Administración Ejecutiva y en el personal eventual; lo que ha constituido, sin duda, la primera experiencia en el marco del Estado español. Y, por esa misma importancia, se le ha dado eco puntual en el presente trabajo.

Una experiencia de código de conducta en una autoridad independiente: la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia

Los códigos de conducta no han tenido hasta la fecha un desarrollo efectivo en la Administración General del Estado, por las razones expuestas en las páginas precedentes de este estudio. Aun así, en el año 2015 apareció una experiencia digna de ser traída a colación en el ámbito de lo que se denominan como "autoridades independientes" (sobre todo a partir de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público).

Me refiero en concreto al código de conducta aplicable al personal al servicio de la citada Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia que, en desarrollo del artículo 40.2 del Estatuto Orgánico de la citada Comisión (Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto), fue aprobado por Acuerdo del Pleno del Consejo de la CNMC el 18 de marzo de 2015[37].

Una de las características sustantivas del citado código de conducta es, sin duda, su carácter integral; esto es, extiende su aplicación no solo a los miembros del Consejo y al personal directivo de la institución, sino también a la totalidad del personal que presta servicios en la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, lo cual es, en sí mismo, una expresión de un modelo avanzado de integridad (en línea con lo dispuesto en la OCDE), al menos por lo que al ámbito de aplicación respecta.

Además, dentro de una concepción de Sistema de Integridad Institucional en su conjunto, incluye dentro de la parte dispositiva una serie de referencias de reenvío al marco normativo vigente en lo que afecta a cuestiones tales como incompatibilidades, conflictos de interés, código de conducta de empleados públicos, etcétera; si bien se trata de normas de reenvío, que en sí mismo algunas plantean problemas específicos.

[37] Ver: *Acuerdo de 18 de marzo de 2015, del Pleno del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por el que se aprueba el Código de conducta del personal de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia* (BOE núm. 277; de 19 de noviembre de 2015).

El código de conducta diferencia lo que denomina como “obligaciones (genéricas) del personal al servicio”, donde trata algunas cuestiones más relacionadas con el cumplimiento del ordenamiento jurídico (que se refiere más bien a principios jurídicos, que no son realmente materia específica de los códigos de conducta), de lo que se enuncia como “obligaciones propias” de los miembros del Consejo, directivos y empleados públicos, donde se contiene un listado (ciertamente no muy extenso) de auténticas “normas de conducta” (por ejemplo, en materia de secreto por la información confidencial, que se extiende incluso después del ejercicio de sus funciones; o de aceptación de regalos o favores; entre otras tantas). Esa regulación de obligaciones se cierra con otras “específicas”, que solo se aplican a la zona alta de la institución (miembros del Consejo y personal directivo).

De esa regulación se echa, sin duda, en falta la ausencia de algunos valores o principios éticos de ética o de integridad institucional, que, una vez definidos, pudieran servir para enmarcar cómo se debe interpretar el alcance de las citadas normas de conducta. Esa inclusión hubiera reforzado mucho la idea-fuerza de una apuesta por la integridad institucional en una institución que, dadas sus funciones de carácter tan sensible, puede tener fuertes influencias o estímulos perversos para que la política de integridad institucional se ponga en cuestión.

El modelo de código de conducta de la CNMC incluye, sin embargo, algunos otros puntos de interés. El más relevante es que se regulan un canal o procedimiento de denuncias por incumplimiento del código a través de la instauración de un buzón para canalizar tales denuncias, que tiene además carácter confidencial (algo importante por las relevantes funciones que desarrolla esa institución).

El control y seguimiento del cumplimiento del código se atribuye a un órgano de la propia Comisión, como es el Departamento de Control Interno, a quien se le atribuye la función de velar por el cumplimiento del código y de elaborar asimismo un informe final.

Es en este punto, así como en otros muy puntuales (por ejemplo, falta de reflejo específico de que se trata de un modelo preventivo de integridad institucional en la línea de lo marcado por la OCDE/OECD), donde el modelo propuesto tiene algunos signos de desfallecimiento, sobre todo si se quiere comparar con la realización plena de un Marco de Integridad Institucional en el pleno sentido del término. Al no dotarse de un órgano de garantía imparcial o con cierta independencia de funcionamiento (por ejemplo, con la incorporación de algunos externos), el correcto desarrollo del modelo dependerá de la autonomía funcional que se le otorgue a ese Departamento de control interno, sobre todo que quede ajeno a interferencias políticas o jerárquicas. Tampoco se le han atribuido funciones específicas de reprobación o de propuesta de cese (en el caso de los miembros del Consejo o del Personal directivo).

Aun con estas limitaciones, el modelo de código de conducta de la Comisión Nacional de los Marcados y de la Competencia puede ser considerado como un paso en la buena dirección, que debería reforzarse mediante la inclusión de algunas de las

propuestas que antes hemos citado con la finalidad de construir un auténtico Sistema de Integridad Institucional.

La propuesta de Documento de "Principios de Ética Judicial" del Consejo General del Poder Judicial.

El 16 de noviembre de 2016 fue difundido en el Portal de Transparencia del Consejo General del Poder Judicial un importante documento titulado "*Principios de Ética Judicial*" elaborado por una Comisión de miembros de la judicatura y personas expertas en materia de ética que, por fin, incluye en el ámbito del Poder Judicial una reflexión sobre la ética en la actividad de los jueces y se suma a iniciativas emprendidas en el ámbito comparado desde diferentes espacios institucionales (algunas hace más de quince años), que se citan debidamente en el citado documento. Una vez más, el histórico "desnivel" español del que sea hacía eco Julián Marías (en relación con lo que en otras democracias avanzadas se hace), parece corregirse o estar en vía de hacerlo.

El documento, en líneas generales, puede calificarse de técnicamente bueno, al menos en lo que a los aspectos de una cuidada redacción y de precisión comporta. Ello es, sin duda, consecuencia del perfil profesional reconocido y de la experiencia profesional que acreditan las personas que han elaborado el citado documento. En este punto nada que objetar.

Al ser un texto aún en proceso de debate interno y no haberse aprobado por el Consejo General del Poder Judicial, el comentario que aquí se hará será sucinto. Y gira sobre los siguientes puntos:

- El documento tiene como objeto principal reflejar una serie de valores y normas de conducta que deben guiar el desempeño de la jurisdicción (mejor dicho de la actividad y de las conductas de los jueces en su ejercicio de la actividad jurisdiccional), con la finalidad obvia de fortalecer la confianza de la ciudadanía en la institución judicial (aspecto que no aparece reflejado tal vez con la fuerza o intensidad que requiere la construcción de un Sistema de Integridad Institucional del Poder Judicial).
- Asimismo, el documento resalta acertadamente que su contenido "no tiene nada que ver con el régimen disciplinario" (aspecto importante, aunque algo exagerado; dado que público objetivo al que va dirigido está formado en una cultura jurídica estricta y no deja de ser "un cuerpo de funcionarios"). Por tanto, el documento no tiene el carácter de "norma jurídica". Aunque si ello es así, bueno sería eliminar la expresión "artículos" del propio texto (véase, por ejemplo, el código de conducta del Gobierno Vasco o el de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia).
- Esa caracterización como norma de autorregulación y exenta de carácter jurídico, se intenta reforzar con tres elementos: primero, dotándole de un (discutible) carácter de "voluntariedad" al predicar que la efectividad de tales principios se condiciona a que "cada juez los asuma como propios y los incorpore a su propia conducta" (si tiene un carácter de normas ética o de

carácter deontológico, que también lo tienen, bueno sería que no se le diera esa naturaleza "voluntaria"); segundo, al establecer reiteradamente (también de forma discutible) una suerte de "cortafuegos" que pretende aislar (como si fueran dos mundos incomunicados entre sí; esto es, sin trasvase alguno) lo que haga el juez desde el plano ético de lo que pueda ser su responsabilidad disciplinaria (la "disposición final" es muy categórica al respecto; pero no solo ésta). Tal vez así, con esa disección marcada, se pueda facilitar "la digestión" de un proceso que nunca ha tenido grandes valedores en la carrera judicial, pero que contradice frontalmente lo que se prevé en el Estatuto Básico del Empleado Público (artículo 52) o en la propia Ley de Transparencia (título II, de Buen Gobierno). Los funcionarios judiciales siempre han sido "singulares", también para esto. Y, tercero, relacionado con lo anterior, al desactivar cualquier efecto jurídico obligatorio o "vinculante" (ni siquiera en el plano de las propuestas) de sus efectos, lo que reduce mucho el campo de actuación de la Comisión de Ética, como luego se verá.

- La sistemática del documento es buena y la claridad de sus previsiones encomiable. Es de agradecer, en tal sentido, la construcción del documento en torno a cuatro grandes ejes, valores o principios, como son los de Independencia, Imparcialidad, Integridad y cuarto "principio cajón" denominado Cortesía, Diligencia y Transparencia. La simplicidad del documento es buena, porque identifica bien (con las precisiones que se harán) cuáles son los principios nucleares de la actuación de los jueces (aunque algunos sean, como se ha visto, "estirados" en su denominación).
- Si bien es cierto lo anterior, no lo es menos que dentro de los citados principios se incorporan otros tantos valores o principios (objetividad, desinterés subjetivo, respeto), con ausencia de algunos importantes (representación o imagen institucional, responsabilidad en el ejercicio de su profesión o ejemplaridad, por ejemplo), pero temabién se refelja sobre todo un amplio listado (bien configurado, en líneas generales) de auténticas normas de conducta, así como algunos principios que son más propios del buen gobierno (tales como diligencia, transparencia) y que deberían incluirse dentro de las "normas de actuación" y no tanto de "conducta".
- Un aspecto particularmente sobresaliente del documento es la creación de una Comisión de Ética, con lo cual uno de los elementos sustantivos del Marco de Integridad Institucional se cumple en este caso. Se trata de una Comisión con representación de jueces, magistrados y magistrados del Tribunal Supremo (2 por cada categoría) y con la presencia de una persona externa (elegida por los miembros togados) entre personas de reconocida competencia profesional en el campo de la Ética o Filosofía del Derecho o Moral. Una composición marcadamente "corporativa", pero al menos con una (modesta) mirada externa. Los miembros de la Comisión se eligen por los propios jueces y magistrados de cada categoría, mediante votación electrónica. Y sus funciones son principalmente la emisión de informes, dictámenes y recomendaciones a las consultas planteadas. Se reconoce que tales consultas (que tienen garantía de confidencialidad) solo pueden ser planteadas por las salas de gobierno, juntas de jueces, asociaciones judiciales o los propios jueces y magistrados, lo que cierra frontalmente la puerta a que se presenten denuncias o quejas por el

incumplimiento del código por parte de ciudadanos o usuarios del servicio público de la justicia. Un aspecto que será objeto de polémica, con total seguridad. Ética judicial con una visión endogámica.

- Asimismo, la Comisión tiene como función prioritaria promover la difusión y conocimiento de los Principios de Ética Judicial, lo cual es sin duda un elemento también relevante del Marco de Integridad Institucional que va encaminado a reforzar el carácter preventivo de la dimensión de la integridad como valor nuclear en el funcionamiento de tal modelo.

En cualquier caso, al margen de aspectos puntuales que pueden ser objeto de crítica (como en cualquier otro documento de estas características) no cabe sino aplaudir la iniciativa emprendida, pues supone incorporar la ética institucional a un ámbito férreamente configurado con un armazón conceptual jurídico-formal, para el cual este paso (por modesto que sea) es, sin embargo, un avance de notable importancia, si es que se plasma de forma definitiva. Tiempo habrá, sin duda, de comentar detenidamente su contenido una vez que el documento sea finalmente aprobado por el Consejo General del Poder Judicial.

El documento contiene elementos sustantivos propios de lo que es un Sistema de Integridad Institucional ("código de conducta" o principios de ética judicial; sistema de difusión y prevención; canales y procedimientos de solución de consultas; y órgano de garantía), tal vez le falte aquilatar y reforzar –en la línea de lo expuesto- algunos de esos elementos, así como añadir otros (evaluación y configuración "abierta" o "viva" de los principios éticos; esto es como "instrumento vivo" o "trabajo en proceso"), por lo que -a pesar de lo expuesto- puede considerarse una propuesta no exenta de notable interés en este largo y complejo proceso de asentamiento de la ética pública en el panorama institucional español.

Ahora solo debería tomar ejemplo el propio Consejo General del Poder Judicial y proceder, así, a aprobar un Sistema de Integridad que sea plenamente aplicable a su propia institución. No le vendría mal para reforzar su imagen y la confianza pública necesaria en ese órgano constitucional. Con ello evitaría que, tras la aprobación de ese documento de "Principios de Ética Judicial" se le aplique el refrán: "en casa del herrero, cuchillo de palo".

Otros casos de integridad institucional en las Comunidades Autónomas: una breve referencia.

En este epígrafe se trata exclusivamente de dar un somero repaso a algunas de las experiencias de tratamiento de los problemas de ética pública e integridad por parte de algunas Comunidades Autónomas. Tomaré solo cuatro ejemplos o casos, exponiendo únicamente algunas ideas-fuerza y puntos críticos de los respectivos modelos. Al menos todos ellos (con diferente intensidad y acierto) son muestra de que algo efectivamente se mueve en el horizonte institucional público, también en el ámbito territorial, por lo que afecta a la ética pública. Si bien las propuestas y resultados son, tal como se verá, muy diferentes entre sí. Veamos.

Extremadura

Aparte de las temprana leyes antes citadas de Galicia e Islas Baleares (que recogían algunos aspectos de este problema), se puede afirmar que, en el ámbito autonómico, el "Código Ético de conducta de los miembros del Consejo de Gobierno y altos cargos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura" de 2009[38], es probablemente la primera experiencia de estas características en esos niveles de gobierno (luego le seguiría el código ético del Gobierno Vasco de 2011).

Este código extiende su ámbito de aplicación asimismo al personal directivo de las entidades del sector público vinculadas o dependientes de la Administración autonómica. Diferencia entre principios éticos y de actuación, destinados estos últimos a garantizar mayor transparencia, contención y austeridad en la ejecución del gasto público (la crisis económica ya había estallado por entonces).

La sistemática del código es muy sencilla: diferencia lo que son las medidas de buen gobierno de las medidas de transparencia. Dentro de las primeras establece ocho principios éticos, que no define. Entre ellos, paradójicamente, no están ni la integridad, ni la objetividad ni tampoco la ejemplaridad. Tal vez el hecho de que sea un código muy prematuro le hizo incurrir en tales omisiones. Pero sí que refleja de modo preciso normas de conducta. También prevé, dentro de las medidas de transparencia, lo que son propiamente hablando principios de actuación. La distinción entre principios éticos y principios de actuación es consistente, aunque baile un poco conceptualmente a la hora de aplicar los términos.

En todo caso, se trata de un código ético de conducta sin atisbos de insertarse en una Marco de Integridad Institucional. Tan solo prevé un sistema de seguimiento a través de un informe que anualmente el Consejo de Gobierno elevará a la Asamblea sobre el grado de cumplimiento o incumplimiento del citado código; un informe que puede ser así como una suerte de rendición de cuentas (sometido al control parlamentario), pero que no deja de ser un instrumento muy débil como mecanismo de garantía del código. De todas formas, a través de las medidas de transparencia sí que se han difundido algunas cuestiones vinculadas (en mayor o menor medida) con el citado código[39].

Galicia

En 2014 se aprobó en esta Comunidad Autónoma un "Código Ético Institucional de la Xunta de Galicia"[40]. Este documento se trata de una experiencia de interés desde el plano formal, puesto que intenta un ensayo de síntesis de los principios legales que se

[38] Ver: *Resolución de 31 de marzo de 2009, del Consejero de Administración Pública y Hacienda* (DOE núm. 64; de 2 de abril de 2009).

[39] Ver, por ejemplo: http://www.gobex.es/web/codigo-etico

[40] Mediante Resolución de 8 de septiembre de 2014, se publicó el Acuerdo del Gobierno de la Xunta de 24 de julio del mismo año por el cual se aprueba el "Código Ético Institucional de la Xunta de Galicia"

encuentran diseminados por la normativa aplicable y que van dirigidos a regular los principios de actuación y las normas de conducta de los altos cargos y funcionarios. El carácter de "Código Institucional" ya nos advierte sobre su amplio ámbito de aplicación. A tal efecto, se recoge una batería de principios generales (una suerte de mezcla entre valores y principios), pero no se define cuál su alcance y sentido, lo que se transforma en un listado más de una serie de principios, en algunos casos de aplicación discutible. A partir de allí se prevén un amplio y extenso número de normas de conducta que pretenden abarcar un conjunto importante de situaciones en las que se pueden hallar los cargos y servidores públicos, incluyendo incluso formularios para dar curso a determinadas cuestiones.

Uno de los datos más positivos de este instrumento es el amplio ámbito de aplicación que se recoge en el mismo, dado que esos principios y normas de conducta se les aplican no solo a los altos cargos, sino también a todos los funcionarios y empleados públicos, incluyendo al personal eventual. Ese extenso ámbito de aplicación aporta una intuición innegable, como es sin duda la de construir (o pretender hacerlo) un Marco de Integridad Institucional que sea a su vez "integral"; esto es, que acoja a toda la institución. Esa vocación "integral" se ve además ratificada, por un lado, en que se despliega a todo el sector público de la Xunta de Galicia; y, por otro, por la aplicación de algunas de sus previsiones también a las empresas que presten servicios a la Administración, recogiendo en los pliegos de contratación tales cuestiones.

Sin embargo, el modelo institucional propuesto ofrece signos evidentes de desfallecimiento cuando de garantizar el sistema de integridad se trata. En efecto, el órgano de garantía del sistema de integridad es un órgano más de la estructura directiva de la Administración de la Xunta, como es la Dirección General de Evaluación y Reforma Administrativa, lo que cortocircuita el posible carácter de órgano de garantía dotado de la autonomía, imparcialidad y objetividad necesarias para adoptar una Política de Integridad realmente efectiva. Se prevén asimismo algunos mecanismos propios de los Sistemas de Integridad (tales como la promoción o difusión), pero no existen unos canales idóneos de resolución de dilemas éticos o de quejas o denuncias, al menos no con las garantías necesarias.

Cataluña

El Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña publicó el pasado 23 de junio el Acuerdo de Gobierno 82/2016, de 21 de junio, por el que se aprueba el Código de Conducta de los altos cargos y del personal directivo de la Administración de la Generalitat y de las entidades de su sector público, así como se adoptan otras medidas en materia de transparencia, grupos de interés y ética pública.

Con este importante Acuerdo se daba cumplimiento a las exigencias recogidas en el artículo 55 de la Ley del Parlamento de Cataluña 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Y, además, esa aprobación servirá presumiblemente de estímulo para que el resto de entidades públicas catalanas (por ejemplo, los gobiernos locales) impriman una mayor celeridad

en sus procesos de aprobación de sus respectivos códigos de conducta de "altos cargos" y personal directivo, exigencia inexcusable de la ley antes citada.

No cabe duda que el código de conducta aprobado por el Gobierno de la Generalitat mejora cualitativamente el anterior Código de Buenas Prácticas de altos cargos aprobado en noviembre de 2013, que quedaba muy lejos de otras experiencias ya iniciadas entonces sobre esta materia en contextos no tan lejanos temporalmente (por ejemplo, el ya citado Código Ético y de Conducta de cargos públicos y personal eventual del Gobierno Vasco, de 28 de mayo de 2013).

El nuevo código de conducta de la alta administración de la Generalitat se enmarca correctamente, tal como se indica en el citado Acuerdo, en la necesidad "de disponer de un sistema de integridad pública" y hace bandera, por tanto, de la "integridad" como motor de actuación de los cargos públicos. Va, por tanto, en la buena línea.

Asimismo, dentro de esa línea de actuación el Acuerdo establece tres medidas clásicas que se enmarcan tradicionalmente dentro de los Sistemas de Integridad Institucional, tal como la OCDE lo ha venido estableciendo desde hace casi veinte años. Por consiguiente, la construcción de un marco de integridad no es retórica, sino efectiva, al menos en algunos puntos. A saber:

1. Por un lado, se hace una apuesta clara por la difusión de los principios éticos y normas de conducta a través de políticas formativas, en las que la EAPC (Escuela de Administración Pública de Cataluña) en colaboración con otras instituciones tendrá un papel determinante. La difusión es una premisa de la prevención. Este punto tal vez se debería haber resaltado más, pero al menos aparece.
2. Por otro, se establecen mecanismos o cauces para resolver las consultas (dilemas éticos) que se puedan plantear por parte de los destinatarios del código (altos cargos y personal directivo), así como se prevé un procedimiento de quejas, incorporando un "buzón informático" con garantía de confidencialidad. El "precedente" del (mal denominado) "buzón ético" del Ayuntamiento de Barcelona ha podido tener aquí su influencia.
3. Y, en fin, se prevé asimismo –y este punto es especialmente importante- la creación de un "Comité Asesor de Ética Pública", compuesto de forma mixta por dos altos cargos de la Generalitat y por tres funcionarios, licenciados en Derecho (no se entiende en este caso esa exigencia de titulación) y que ostenten puestos de trabajo con un rango orgánico como mínimo de jefatura de servicio. Son nombrados (al parecer discrecionalmente) por los titulares de tres departamentos de la Generalitat. Sus funciones son importantes y se despliegan sobre consultas, quejas, recomendaciones, informes y la elaboración de una memoria. A día de hoy (diciembre 2016), el número de consultas evacuadas por este Comité Asesor es de diez; teniendo en cuenta que se puso en funcionamiento en el mes de septiembre de ese mismo año, se puede considerar como una actividad razonable.

Sin duda, se ha dado un paso adelante en el proceso de construcción de un Sistema de Integridad Institucional. En cualquier caso, el modelo aprobado por el Gobierno de la Generalitat tiene, sin embargo, algunos puntos críticos que conviene recordar para que, en un futuro más o menos inmediato, puedan (si se estima oportuno) corregirse, pues los códigos de conducta -como se ha expuesto reiteradamente por la OCDE y recuerda Manuel Villoria- son "instrumentos vivos" y requieren adaptación permanente, ya que la lucha por la integridad debe mejorar constantemente los estándares de conducta para reforzar la confianza de los ciudadanos en sus instituciones.

Esos puntos críticos son, a mi juicio, lo siguientes:

1) El código es tributario de un modelo equivocado de configuración de la ética pública pergeñando en la Ley 19/2014. Como he puesto de relieve, es un modelo que se asienta en la sanción más que en la prevención. Con un denso y extenso tejido institucional de control (*Sindic de Greuges*, *Sindicatura de Comptes* y Oficina Antifraude), la citada Ley más que fomentar pone a "la integridad bajo sospecha". Y eso es una solución institucional mala. El código lo intenta reparar, pero se queda a medio camino. Tal vez no pueda hacer mucho más, pero alguna solución intermedia se podía haber intentado explorar.

2) El sistema de integridad que se diseña se reduce a la "zona alta" de la Administración. Pero este es un error común, no solo del modelo catalán. Paliado en parte en algunas propuestas recientes (por ejemplo, aquella que está impulsando, desde la propia Generalitat, un código de conducta aplicable a todos los servidores públicos), hubiese sido recomendable optar por la construcción de un sistema de integridad no segmentado, tal como viene sugiriendo la OCDE desde 1997. Focalizar los temas de integridad en la cúspide de la Administración puede ser una primera medida (ante la presión mediática existente y la mirada crítica de la opinión pública hacia los responsables políticos o directivos del sector público), pero ese enfoque no puede obviar que la integridad se debe predicar de toda la institución y no solo de los cargos públicos o del personal directivo. La OCDE, como se ha dicho, está a punto de aprobar una Recomendación donde incluso va más allá, tal como ya se ha dicho[41]. Sin ciudadanía honesta no puede haber política limpia.

3) Con todo, la debilidad más clara del modelo de integridad de la Generalitat estriba no tanto en las funciones del Comité Asesor de Ética Pública (muy hipotecadas por la propia Ley), sino en la composición del órgano. Ya el enunciado de Comité "Asesor" nos pone en la pista de las limitaciones (funcionales) del modelo. Pero de nuevo la Ley dejaba pocos resquicios, aunque alguno sí. A diferencia de los sistemas de integridad construidos en Euskadi, el modelo de Comité de Ética de la Generalitat opta por una composición mixta (cargos públicos y funcionarios), pero exclusivamente interna; esto es, sin la incorporación de "externos" (académicos o profesionales de prestigio en el ámbito de la ética).

---

41 OECD, *Draft Recommendation on the council on public integrity,* Deadline for comment, 22 march 2016.

En cualquier caso, la estructura del código es adecuada. Hace una buena definición, por ejemplo, de los conflictos de interés, incorporando los conflictos "aparentes" (una línea de trabajo avanzada). Tal vez se eche, en falta, una mejor articulación de valores y principios, previamente definidos (una vez más la arquitectura de la Ley condiciona, aunque se podría haber salvado ese inconveniente de forma sencilla), pero se insertan correctamente las normas de conducta dentro de cada principio, si bien faltan algunos valores y ciertas normas de conducta (por ejemplo, qué hacer frente a las "investigaciones" o "imputaciones" de cargos públicos), pero la gestión cotidiana que se haga del código por el Comité Asesor ya lo irá advirtiendo.

La aplicación correcta de este sistema de integridad, ahora en sus inicios, requerirá –como ya señalara quien fuera una autoridad en la materia, Vladimir Jankélévitch[42]- práctica del deber. Y ello exige, como también recordaba este mismo autor, dosis evidentes de valentía personal. La clara apuesta por la integridad por la que están optando nuestras instituciones públicas se demuestra andando. No valen rodeos ni efectos cosméticos. Es una exigencia cotidiana.

Comunidad Valenciana

El caso de la Comunidad Valenciana es, probablemente, el más singular de los hasta ahora aprobados. En efecto, llama la atención inicialmente que los temas de ética pública e integridad institucional se establezcan por medio de una disposición de carácter general[43]. Este Decreto, aunque aprobado meses antes, debe relacionarse (aunque difieren en sus sistemas de garantías y en su ámbito) con la Ley de la Comunidad valenciana 8/2010, de 28 de octubre, de incompatibilidades y conflictos de interés de personas con cargos públicos no electos, que procede a la creación de una Oficina de Conflictos de Interés, cuya composición es exclusivamente funcionarial, cuando sus cometidos se despliegan sobre cargos públicos (lo que será un hándicap importante en su funcionamiento efectivo). Aunque esa Oficina no conoce, en absoluto, los problemas relacionados con la regulación de la ética, sino solo son los conflictos de interés "legales" y las incompatibilidades en las que pueda incurrir la persona que ocupe un cargo público del ámbito de aplicación de la Ley.

Tal como se ha dicho en estas páginas hasta la saciedad, no se pueden confundir los planos normativo-jurídicos con los espacios de autorregulación. Bien es cierto que el Decreto de la Comunidad valenciana regula algún aspecto que es propiamente objeto de una disposición normativa, como es sin duda todo lo relativo a los Registros de Actividades y de Bienes. Pero no lo es menos que, junto a ellos, aparecen un elenco reducido de principios (que tampoco se definen) y muy amplio en cambio de normas de conducta, que no son propiamente hablando materia propia de una disposición de

[42] *Curso de Filosofía Moral*, cit., p. 171.

[43] Decreto 56/2016, del Consell, de 6 de mayo, por el que se aprueba el Código de Buen Gobierno de la Generalitat.

carácter general, sino más específicamente de un Código Ético o de Conducta, como instrumento de autorregulación de un determinado colectivo.

El ámbito de aplicación de la norma es, en principio, el personal que tiene la condición de alto cargo o asimilado de la Administración Pública de la Comunidad valenciana. No se extiende en este caso al personal eventual. Pero lo más llamativo es que se prevé la extensión de sus principios y normas de conducta, por la mera "adhesión personal" a otros ámbitos institucionales, tales como a los cargos públicos representativos locales o al personal directivo de las Universidades.

Las normas de conducta se articulan en torno a cinco grandes ejes o principios. Sorprende que en alguno de ellos (como es el caso del "Compromiso con los valores democráticos y sociales") se incorpore como norma de conducta algo tan obvio como la sujeción a los principios constitucionales, el respeto a los derechos humanos o el compromiso contra la violencia. Son, como ya se ha dicho anteriormente, presupuestos básicos del ejercicio de un cargo público ejecutivo en un Estado democrático. No se deberían incluir en un Código de Conducta.

Asimismo, hay normas de conducta que se encajan en principios tales como la "sobriedad" (tampoco definido previamente), que pueden tener interés en un contexto de crisis económica, pero que desvían la atención principal sobre otros valores y principios mucho más fuertes (como es el caso de la objetividad, el desinterés subjetivo, la ejemplaridad, etc.). Y, en fin, se recogen una serie de normas de conducta que no son tales, sino que son principios de actuación propios de la idea de Buen Gobierno, no coincidente con las cuestiones éticas. Se presta atención a la transparencia, desde un triple punto de vista: contacto, curriculum y agenda institucional. Y se reenvía el régimen sancionador a lo establecido en el título II de la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, del que ya hemos expuesto claramente su error de concepto y su práctica inaplicabilidad. Mal reenvío.

Como órgano de garantía se establece el propio Consejo de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. En este aspecto se ha seguido el (también equivocado) modelo estatal de la Ley 19/2013. Si bien el Consejo de Transparencia de la Comunidad Valenciana tiene una Comisión Ejecutiva colegiada, que es la que ejerce las competencias más importantes. Su composición viene establecida en el artículo 41 de la Ley 2/2015, y cabe intuir que la misma tiene una fuerte impronta partidista, por haber tantos miembros como grupos parlamentarios. En todo caso, atribuir los temas de integridad institucional a un órgano cuya atribución principal es la transparencia, implica dotar de carácter vicarial a los temas de integridad frente a una cuestión tan instrumental como es la transparencia. En fin, el mundo al revés.

Aragón

Las Cortes de Aragón están tramitando un importante proyecto de Ley de Integridad y Ética Pública[44]. Con las dificultades que conlleva, como es obvio, comentar un texto aún en proceso de tramitación y cuya versión definitiva puede sufrir cambios notables, es en todo caso importante dedicar algunos comentarios a lo que son las líneas maestras de este texto.

El proyecto de Ley mezcla los planos normativos con los de autorregulación, aunque en algunos casos (como es el de los empleados públicos) reconoce un espacio de desarrollo de las normas legales, mientras que en otros, paradójicamente el de los altos cargos y asimilados (que es donde más recorrido objetivo existe), no prevé ningún instrumento complementario de código de conducta, regulando unos evanescentes principios éticos y de conducta en el texto del proyecto.

Se trata de una iniciativa normativa que, junto a puntos de interés (que los tiene), presenta flancos a la crítica, tal vez por la mezcla de "regulación" de lo que son normas obviamente reservadas a la Ley (incompatibilidades, conflictos de intereses, órganos de garantía, régimen de lobbies, etc.), con otras que no deberían serlo (por ser ámbitos más propios de la autorregulación).

El ámbito de aplicación pretende ser muy amplio, pues encuadra tanto a altos cargos y otras figuras institucionales que se citan (diputados, miembros de la Cámara de Cuentas y del Consejo Consultivo, del Justicia de Aragón), como a los empleados públicos, aunque en este caso el reenvío es a lo que determine la legislación aplicable, con un pequeño resquicio en el que se admiten códigos específicos o singulares.

En todo caso, esa dualidad normativa se refleja con particular claridad cuando se prevén dos sistemas o mecanismos paralelos de carácter "sancionador": por un lado la Agencia de Integridad y Ética Pública; y, por otro, los órganos competentes en materia de conflictos de intereses e incompatibilidades. Este complejo sistema, mediatizado en parte por la confusa legislación básica estatal a la que ya se ha hecho referencia, puede condicionar bastante el modelo institucional propuesto.

La clave, en efecto, del modelo radica en la creación de una Agencia de Integridad y Ética Pública, pero al deslindarse con tanta confusión algunas de sus funciones y no preverse con claridad en qué casos habrá Códigos de Conducta (salvo los previstos para los empleados públicos), se pueden endosar a este órgano una serie de cometidos que lo hagan poco efectivo: por ejemplo, la aplicación de unas "normas éticas y de conducta" de amplia vaguedad en sus contornos y cuya definición quedará siempre a expensas de lo que resuelva ese órgano.

La Agencia de Integridad y Ética Pública se inspira en cierto modo en el modelo catalán (ente público comisionado de las Cortes de Aragón), pero sus cometidos funcionales son algo diferentes. Es un modelo singular, pero tampoco consigue construir un

[44] *Boletín Oficial de las Cortes de Aragón* núm. 36, de 2015.

Sistema de Integridad Institucional coherente. Es cierto que en el proyecto de Ley de Aragón hay muchos aspectos que son de notable interés y que es necesario citar en estos momentos: el enunciado de la Ley (y la incorporación de la expresión Integridad); la apuesta por la difusión y formación en materia de ética pública e integridad; la incorporación de los diputados de Cortes al ámbito de aplicación de la Ley; la incorporación asimismo de los empleados públicos, lo que le da una visión "integral" de la Integridad; la creación de una Agencia independiente, aunque cabrá esperar cómo se reparten los puestos de Director y de Subdirectores; etc.

Pero junto a estos datos evidentemente positivos, se advierte un cierto desajuste conceptual en el enfoque correcto del problema, tal vez como consecuencia de la (mala) influencia de la Ley básica, que parece haber sido –también en este caso- una pesada losa.

Un caso avanzado de construcción de un Sistema de Integridad Institucional: la Diputación Foral de Gipuzkoa.

Conviene traer a colación en estos momentos un caso singular (bastante reciente y, por tanto, con mucha menos experiencia práctica (aunque ya ha conocido varios asuntos) que el del Gobierno Vasco, en el que se inspira), como es el de la Diputación Foral de Gipuzkoa. Este caso se encuadra en el marco del Acuerdo Coalición PNV-PSE (Buen Gobierno) y del Plan Estratégico Mandato 2015-2019 ("Buena Gobernanza), uno de cuyos objetivos es la Mejora de la infraestructura ética,

En efecto, el Acuerdo de la Diputación Foral de 9 de febrero aprueba el *Compromiso para una Gobernanza Ética, Inteligente y Eficiente*, donde se establece un Marco de Valores y Principios de Buena Gobernanza e Integridad Institucional. A partir de ese Acuerdo se aprobó a principios de marzo otro que definía el *Sistema de Integridad Institucional de la Diputación Foral de Gipuzkoa y de su sector público*[45].

La Ética Pública no solo se predica, por tanto, de los cargos públicos forales (o altos cargos), sino que también se pretende extender a los empleados públicos y al conjunto de la Administración. Todo ello influye (tal como veíamos también en el caso gallego) sobre el sector privado, o si se prefiere sobre el tejido social y empresarial que entabla relaciones contractuales o es sujeto perceptor de subvenciones de la propia Administración.

Brevemente expuestas, las notas que caracterizan a este Sistema de Integridad Institucional (que así se denomina) son las siguientes:

- Fomento cultura de integridad
- Mejora de infraestructura ética
- Prevenir y erradicar malas prácticas y malas conductas

[45] Ver el texto completo del Sistema de Integridad Institucional, Código de Conducta y Buenas Prácticas de cargos públicos forales, así como Decreto Foral de creación de la Comisión de Ética Institucional del sector público foral del Territorio Histórico de Gipuzkoa, en http://www.gipuzkoa.eus/es/diputacion/sistema-de-integridad

El Sistema de Integridad apuesta, así, por no solo aprobar códigos para cargos públicos forales y asimilados, sino extender tales instrumentos a la función pública y a la contratación administrativa o a las convocatorias de subvenciones.

Se aprueba, sin embargo, un primer código dirigido a los cargos públicos forales, como testigo de la apuesta institucional por la integridad, anunciando la posterior aprobación de un código de conducta que vaya dirigido a los empleados públicos. El código de cargos públicos forales prevé una adhesión voluntaria, pero que puede considerarse como relativa: pues si no se acepta el código no hay nombramiento.

Se prevé asimismo un sistema de difusión y prevención, así como la constitución de un órgano de garantía. También prevé un sistema de rendición de cuestas y de evaluación.

El Código de Conducta y Buenas Prácticas establece un desdoblamiento nítido entre lo que son valores de integridad, por un lado, y principios de buenas prácticas, por otro. Los primeros tienen un contenido marcadamente ético, mientras que los segundos se reconducen a una buena gestión. Pero, además, junto a cada valor de integridad se le sitúan o encajan una serie de normas de conducta que todo cargo público debe seguir, destinadas a orientar su forma de proceder desde el punto de vista ético. Y, junto a cada principio de buena práctica, se le anudan asimismo una serie de normas de actuación, que pretenden guiar una mejora en la buena gestión pública de los cargos públicos forales.

Asimismo, se establecen mecanismos de "prevención" y de fomento de la cultura de integridad, que tienen como finalidad principal el desarrollo de infraestructura ética en la institución. También se prevén cauces y procedimientos de resolución de dilemas, quejas y denuncias. Y, en fin, como pieza de cierre del modelo, se establece un órgano de garantía: una Comisión de Ética con mayor presencia de "externos" (3) que de "internos" (2). Se trata de la apuesta institucional más valiente y singular en todo el panorama estatal.

Además, se incorpora un carácter subsidiario a los mecanismos reactivos, tales como la reprobación y, en su caso, propuesta de cese; estableciendo incluso un período transitorio de un año para insertar la cultura ética institucional en las formas de actuar de los cargos públicos forales (o, mejor dicho, para el asentamiento de los valores y normas de conducta y su plena interiorización por sus destinatarios), puesto que tal código debería implicar un cambio de hábitos o de actitudes, con la finalidad de fortalecer o crear un "carácter" más ético. Y se prevén la aprobación periódica de "Guías Aplicativas" (elaboradas por la propia Comisión), que condensen en su condición de protocolos de actuación cuáles deben ser las conductas o formas de actuar más conformes al instrumento de autorregulación de los cargos públicos forales.

El reciente caso de la Comunidad Autónoma de Madrid

En fechas recientes se ha publicado el "Código Ético de los Altos Cargos de la Administración de la Comunidad de Madrid y de sus entes adscritos", aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno[46]. Se trata de un código de factura algo distinta al de los anteriores. Se aplica a los altos cargos de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma y figuras asimiladas de los entes adscritos a la misma (con expresa a consorcios y fundaciones participadas mayoritariamente).

Tiene la virtud de que reduce los valores a solo cuatro, lo que representa un notable esfuerzo de síntesis: objetividad; transparencia; ejemplaridad; y austeridad. Pero ello implica sacrificar algunos que son centrales en la inmensa mayoría de los códigos de ese mismo carácter: por ejemplo, la integridad (que lisa y llanamente no aparece)- Además, hay una cierta confusión entre "objetividad" e "imparcialidad" (principio este último que se intercambia con el anterior, cuando su alcance no es precisamente el mismo: la imparcialidad se predica del ejercicio de la función pública, pero difícilmente de la actividad política, como ya se ha visto en estas páginas).

El código, además, sustituye las normas de conducta por "criterios", lo que da a entender que se trata de meras orientaciones o guías para que los altos cargos adecuen su acción pública a los mismos. Y la elección de la expresión "criterios" no es precisamente neutra. Aunque en los mismos se detallan auténticas normas de conducta o de actuación, lo cierto es que su incumplimiento no tiene consecuencia alguna. Y este es el punto más débil del modelo aprobado: no contiene ningún Marco de Integridad Institucional mínimamente elaborado, lo que transforma el citado código en un instrumento sin posibilidad efectiva de ser aplicado; una suerte de acción "cosmética", que no tiene consecuencias reales sobre la mejora de la infraestructura ética de la organización.

Y ello se comprueba de forma fehaciente en que el citado código carece de órgano de garantía (no tiene una Comisión de Ética o no incluye la figura del comisionado). Tampoco incluye canales o circuitos (procedimientos) de planteamientos de dilemas, consultas, quejas o denuncias sobre su posible incumplimiento. El seguimiento del código se lleva a cabo por la Secretaría General Técnica de la Consejería de Presidencia y Justicia, cuya función es "valorar (anualmente mediante un informe) el cumplimiento" del código, dando cuenta a la Comisión de Viceconsejeros y, en su caso, al Consejo de Gobierno. Ni siquiera se prevé expresamente que ese informe se publique en el Portal de Transparencia.

En conclusión, un modelo que, pese a ser el más reciente, apenas se ha sabido inspirar en las opciones más avanzadas de códigos éticos, sino que ha ido a un modelo de código formal, sin incluirlo en un Marco de Integridad Institucional. Este es, sin duda, el punto más débil de tal modelo. Su corrección no es compleja, siempre que hubiera

[46] Ver. *Acuerdo de 31 de octubre de 2016, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el código ético de los altos cargos de la Administración de la Comunidad de Madrid y de sus entes adscritos* (BOCM núm. 263, de 2 de noviembre de 2016).

voluntad política para hacerlo. De momento, sus virtualidades no serán muchas, a pesar de que se prevea un sistema de adhesión, que implica la obligación de seguir tales "criterios" (¿y qué ocurre si se incumplen u orillan?).

Experiencia locales de sistemas de integridad institucional.

En el ámbito local de gobierno se han producido algunas experiencias de integridad institucional de cierto interés[47]. Ya han sido destacadas las experiencias que impulsó en su día EUDEL que, si bien no han tenido continuidad hasta ahora, servirán sin duda de precedente para desarrollar las previsiones recogidas en el artículo 35 de la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi, donde se prevé la implantación preceptiva de Códigos de Conducta aplicables a los representantes locales y, en su caso, al personal directivo de las entidades locales. Una obligación que, con carácter previo fue implantada (aunque con otro trazado normativo, más bien basado en un sistema sancionador) por el artículo 55 de la Ley 19/2014, de 30 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, del Parlamento de Cataluña. Fue, en todo caso, la primera Ley que impuso esa obligación a las entidades locales-

En todo caso, la primera experiencia que se llevó a cabo en este ámbito, como ya ha sido también expuesto, fue la impulsada por la Federación Española de Municipios y Provincias que aprobó en su día un "Código de Buen Gobierno Local", del que ya me he hecho eco de algunas de sus líneas básicas. Este Código ha sido incorporado mediante acuerdo por diferentes ayuntamientos e incide en aspectos que tienen más que ver con principios de buen gobierno, algunas medidas para la mejora de la gestión y un buen número de propuestas vinculadas con el Estatuto del representante local. La dimensión era, por tanto, más institucional y apenas aborda –salvo en cuestiones puntuales- la conducta o comportamiento que deben tener los políticos locales, volcando el punto de atención –tal como decía- no tanto sobre las cuestiones de integridad institucional como sobre los principios de buen gobierno y el estatuto de los representantes locales.

La FEMP elaboró un nuevo proyecto de Código de Buen Gobierno, que data de marzo de 2015, pero que – aunque con una mejor factura en su trazado- en cierta medida adolece de los mismos males, puesto que no es un Código de Conducta propiamente hablando, ya que combina la regulación de conductas con principios de buen gobierno. Tampoco incorpora un Marco de Integridad Institucional, pues no prevé realmente la creación de órganos de garantía. En todo caso, parece que este código no pasó de ser mero proyecto, pues no aparece como tal en la página Web de la FEMP.

Asimismo, en el ámbito de los gobiernos locales cabe hacer mención aquí a la existencia de diferentes códigos deontológicos que se han aprobado en determinadas ciudades francesas (París y Nantes, entre otras), a la multiplicación de este tipo de

[47] Sobre esta cuestión, puede consultarse el trabajo de C. Campos Acuña, "Códigos éticos y buen gobierno local en la Ley de Transparencia", *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. 9, especialmente pp. 75 y ss.

instrumentos en el ámbito de gobierno local en el Reino Unido, especialmente importantes son los códigos éticos aprobados en entidades locales de Australia o, en fin, a la traslación de algunos de estos Códigos también al panorama de gobiernos locales en España (Ayuntamiento de Castellón, Irún, Diputación de Ourense, etc.). Algunos meramente retóricos y otros con alguna efectividad, pero también ha habido casos en que las tensiones derivadas de la gestión de conflictos éticos han acabado incluso afectando a la credibilidad institucional del sistema en su conjunto. Un código pionero fue el del Ayuntamiento de Sant Boi, aunque con un trazado muy singular. Hay, asimismo, algunas otras experiencias locales que van encaminadas a reforzar la integridad institucional como son los casos de los Ayuntamientos de Mollet del Vallès o de Sant Cugat del Vallès, entre otros, con diferentes trazados, pues el primero ha apostado por un Código Institucional integral con un sistema de garantía que descansa en el síndico municipal, mientras que el segundo inició un proceso de fortalecimiento de la política de integridad, también aplicada a toda la institución.

En la esfera local de gobierno, es preciso resaltar en estos momentos la aprobación reciente (noviembre de 2015) del Código de Conducta, Buen Gobierno y Compromisos con la Calidad Institucional del Ayuntamiento de Bilbao, que representa un buen ejemplo de cómo un municipio elabora un código inserto en un Marco de Integridad Institucional a través de la configuración de una Comisión de Ética (con presencia de dos asesores externos de contrastado prestigio) que interpretará el alcance de los principios y normas de conducta, resolverá los dilemas éticos, pudiendo promover una serie de medidas con el fin de garantizar la efectividad del citado Código (entre ellas las de apercibimiento o, incluso, propuestas de cese o renuncia).

Se trata, en efecto, de impulsar una política de integridad institucional –y esto es importante- con carácter “preventivo”, no “reactivo”; esto es, los estándares de conducta en la política vasca, independientemente de cuál sea la fuerza política que gobierne o haya gobernado las instituciones, son elevados (o, por lo menos, muy razonables), por lo que no se trata de aprobar un Código para “quitar presión” mediática o ciudadana sobre malas prácticas, sino de impulsar la mejora continua de esos estándares de comportamiento institucional.

El código del Ayuntamiento de Bilbao se aplica a los cargos públicos representativos de la entidad y al personal titular de los órganos directivos, así como a los máximos responsables de las entidades del sector público. Entre sus características más relevantes se encuentra el de ser –al igual que el Código Ético y de Conducta del Gobierno Vasco- “un instrumento vivo”, que tiene por tanto la finalidad de adaptarse a los tiempos. El papel de la Comisión de Ética es clave en este punto.

La apuesta del Ayuntamiento de Bilbao es un paso que, hasta la fecha, han dado pocas entidades locales. Evidentemente, hay aspectos que deberán desarrollarse y mejorarse conforme se planteen cuestiones, problemas o dilemas éticos (para eso está la propia Comisión de Ética), pero al estar el Código de Conducta inserto en un Marco de Integridad Institucional es obvio que con ello se persigue principalmente la prevención a través de la mejora del clima ético de la entidad.

Si algo caracteriza al código del Ayuntamiento de Bilbao, como propusiera asimismo en su día el código de EUDEL, es que no solo contiene principios y normas de conducta éticas y de buen gobierno, sino que también incorpora unos compromisos institucionales que asumen tanto los miembros del equipo de gobierno como los concejales de la oposición, siempre, claro está, que se produzca el acto de adhesión de estos a las previsiones del citado código.

En todo caso, la Integridad Institucional no puede limitarse al espacio político-directivo, sino que, como se viene insistiendo en estas páginas, debe predicarse de toda la institución en su conjunto.

Los códigos, sin embrago, son solo una modesta herramienta para restaurar esa dañada confianza en las instituciones públicas, pero si se insertan en una política de integridad institucional del Gobierno municipal pueden ser una palanca efectiva para mejorar la confianza o, al menos, con el objetivo de paliar su erosión o colapso. Es digno subrayar, por último, que Bilbao ha dado un importante paso. Este avance cabe presumir que servirá de ejemplo para otros ayuntamientos. La imagen y la credibilidad de la institución gana, pero también la marca de ciudad. Temas nada menores en un mundo en el que la competitividad institucional es la regla. Esperemos que el resto de gobiernos locales (al menos los vascos) tomen nota.

Saliendo del ámbito vasco, es importante detenerse brevemente en lo establecido en su día por la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, del Parlamento de Cataluña. Esta Ley regula lo que denomina como el "código de conducta de los altos cargos" (aplicable asimismo a las entidades locales). También, al abordar el tema "Del registro de intereses", se ocupa de los códigos de conducta de los grupos de intereses, así como del contenido mínimo que debe tener ese código de conducta de tales grupos. No acaban ahí las referencias al código de conducta, puesto que en el régimen de infracciones en las que pueden incurrir los "altos cargos" se tipifica como infracción muy grave el incumplimiento de los principios éticos y las reglas de conducta a las que hace referencia el artículo 55.1 de la Ley; y como falta grave establece asimismo "incumplir los principios de buena conducta establecidos por las leyes y los códigos de conducta, siempre que no constituyan una infracción muy grave". Un enfoque claramente sesgado hacia el terreno sancionador. A mi juicio, equivocado; pues mezcla códigos de conducta (de orientación preferentemente preventiva) con normas sancionadoras (de contenido represivo). Derecho e integridad pública se cruzan, con resultados que no serán nunca alentadores.

Esta obligación de aprobar códigos de conducta fue primeramente establecida por la Ley catalana. Pero, esa ley estaba marcada por el precedente del discutible Título II de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, ya que ese texto normativo estableció unos gaseosos principios "generales" y "de conducta" aplicables a los "altos cargos locales", pero no previó una obligación a las entidades locales de aprobar tales códigos.

Ese estrecho concepto del legislador básico ha sido reconfigurado con un carácter más abierto por el legislador catalán (al incluir una noción de buen gobierno algo más rica, pero aún insuficiente). En todo caso, el legislador catalán, contaminado por esa normativa expuesta, ha ido más lejos; puesto que la interrelación entre códigos de conducta y régimen sancionador se ha terminado constituyendo no como una suerte de *continuum*, sino más bien como parte integrante de un mismo sistema; esto es, de la lectura de la ley 19/2014 puede dar la impresión de que el incumplimiento de los valores, principios o normas de conducta de tales códigos de conducta deben terminar, siempre y en todo caso, en sanciones (o en aplicación del régimen disciplinario). Sería mejor no ir por esta vía, sino optar por el régimen sancionador con carácter subsidiario y excepcional.

En fin, no hay, ciertamente, muchas experiencias de gobiernos locales que hayan apostado hasta ahora por crear tales Marcos de Integridad Institucional. Tampoco en otros niveles de gobierno. El caso del Gobierno Vasco ha sido ya citado. Algo en esa misma dirección están haciendo –como se ha visto- otros gobiernos autonómicos y las Diputaciones Forales (también la Diputación Foral de Álava), así como alguna Diputación de régimen común.

Por otro lado, la Ley de Instituciones Locales de Euskadi, tal como se ha dicho, incorpora la idea de Integridad Institucional a través de la regulación recogida en el artículo 35, aunque esa integridad se acota a "la zona alta". Allí, en efecto, se prevé la obligación de que todas las entidades locales vascas deberán disponer de un código de conducta que reúna en su seno valores, principios, normas de conducta y normas de actuación, aplicables en todo caso a los representantes locales[48]. Este es un Código que requiere adhesión expresa y al que se puede sumar también el personal directivo. Ello explica que su aprobación sea por el pleno y, en su defecto, por la junta de gobierno. Si el código se pretende aplicar a todos los representantes locales es obvio que deberá ser aprobado por el pleno, si solo fuera un código aplicable al equipo de gobierno y personal directivo nada impediría que se aprobara por la Junta de Gobierno.

Este código de conducta, además, podrá contener principios de buen gobierno y de calidad institucional, así como normas de actuación en esta materia. Algún precedente ya había en el código aprobado por la Asamblea de EUDEL en mayo de 2013, pero la expresión más acabada –en el ámbito local vasco- es, tal como se ha reiterado en estas páginas, el Código del Ayuntamiento de Bilbao[49]. Sin duda, cada entidad local, de conformidad con el principio de autoorganización, deberá elaborar y aprobar su propio

[48] Ciertamente, hay alguna otra ley que ya preveía la aprobación de Códigos de Conducta en el ámbito local; por ejemplo, la Ley 1/2014, de 26 de junio, del Parlamento Vasco, o la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, del Parlamento de Cataluña (aunque en este caso conectaba el incumplimiento de los principios o normas de conducta con el régimen sancionador). Pero ninguna de ellas establece la posibilidad de implantar un sistema de integridad tal como prevé la propia Ley 2/2016.

[49] El Código de Conducta, Buen Gobierno y Compromiso con la Calidad Institucional del Ayuntamiento de Bilbao puede consultarse en la propia página Web del municipio: www.bilbao.eus

código. Pero una operación de este tipo es sencillamente absurda en un sistema local de gobierno, como es el vasco, integrado por 251 ayuntamientos, así como por diferentes entidades locales de otro carácter. También lo es en Cataluña, con muchas más entidades locales (que superan el número de mil). Lo más razonable es que las distintas entidades locales se adhieran al código-tipo que –en el caso vasco- elabore en su día EUDEL, aunque la Ley es algo confusa en este apartado, pues se refiere vagamente "al documento que a estos efectos puedan acordar sus representantes" (artículo 35.3). Esta expresión debería entenderse como una llamada (como así hacía el proyecto de ley) a que sea la asociación de municipios vascos más representativa la que proceda a la elaboración de un código de conducta y al que los diferentes ayuntamientos y el resto de entidades locales puedan voluntariamente adherirse.

Y ello tiene aun más sentido si se piensa que la Ley opta claramente por abrir la posibilidad de que se configure un sistema de integridad en el que se inserte el código como una pieza más o como elemento sustantivo del mismo. Este sistema es potestativo, tal como establece el artículo 35.5 LILE, pero realmente es difícil hacer una apuesta efectiva por la integridad institucional local sin establecer un sistema de seguimiento, control y evaluación del código, del que –al igual que estableciera en su día el Gobierno Vasco y otras instituciones forales y locales del país- la Comisión de Ética es una pieza de cierre del modelo[50].

En el caso de las entidades locales vascas, la construcción de ese sistema de integridad institucional no puede recaer sobre cada municipio o entidad local. Al igual que debe existir un código-tipo de conducta, también debería haber una Comisión de Ética común, sin perjuicio de la existencia de la figura del Comisionado de Ética en cada entidad local. Las consultas, quejas o dilemas que se planteen en cada entidad local podrían ser elevadas a la Comisión de Ética para que diera un criterio común en su aplicabilidad. Nada peor para los sistemas de integridad institucional que optar en las entidades locales por soluciones distintas para resolución de problemas comunes. Y eso solo lo puede resolver una Comisión de Ética Local, con base en EUDEL. Parece que en el caso vasco es la solución institucional más razonable.

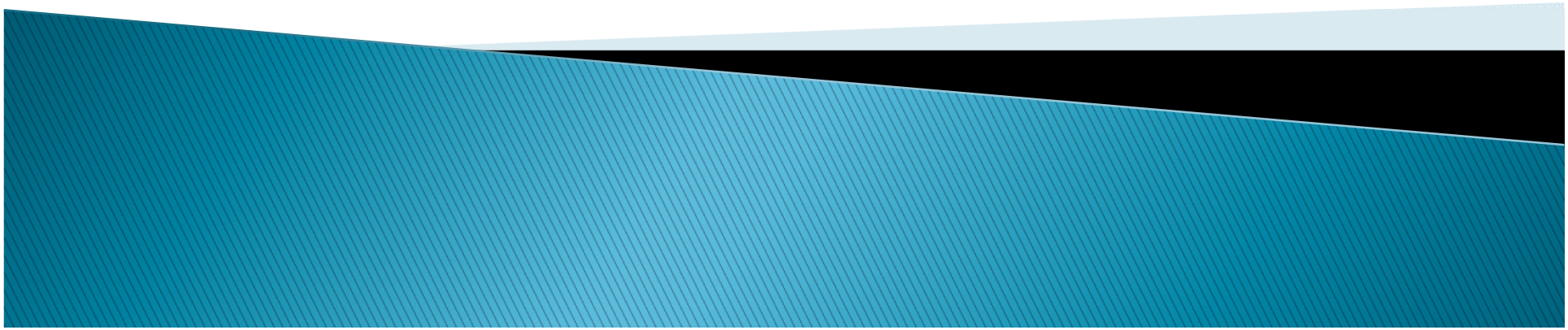
Lo mismo cabe decir del caso catalán, de forma corregida y aumentada. Aunque en este supuesto la existencia de dos asociaciones de municipios podría plantear algunas disfunciones, puesto que la promoción de un código-tipo por cada una de ellas se complica en cuanto que hay ayuntamientos o entidades locales que están inscritas a ambas. Probablemente, puede haber puntos de consenso. Y, en todo caso, se están llevando a cabo iniciativas tanto por la Federación de Municipios de Cataluña como por la Generalitat de Cataluña que pretenden cubrir ese vacío. En los próximos meses se despejarán tales incertidumbre. De momento, como se ha dicho, hay

[50] Ver: Código Ético y de Conducta de los cargos públicos y personal eventual de la Administración General e Institucional de la Comunidad Autónoma de Euskadi, cuya redacción inicial (ha sido modificado en alguna ocasión) fue publicada en el BOPV de 3 de junio de 2013. Un modelo ciertamente avanzado de integridad institucional es –como ya se ha expuesto- el recientemente aprobado (1 de marzo de 2016) *Sistema de Integridad Institucional de la Diputación Foral de Gipuzkoa y de su sector público*.

ayuntamientos que promueven sus propios códigos. Especialmente importante es el caso del Ayuntamiento de Barcelona, que requeriría un tratamiento aparte (aunque, cuando esto se escribe, solo es un proyecto “normativo”).

SISTEMES D'INTEGRITAT INSTITUCIONAL I CODIS DE CONDUCTA EN EL SECTOR PÚBLIC

Rafael Jiménez Asensio
Federació de Municipis de Catalunya- 2016
www.rafaeljimenezasensio.com



INTEGRITAT Y CONFIANÇA EN LES INSTITUCIONS

- "*La desconfianza y el descrédito son letales para organizaciones, empresas e instituciones y minan las bases de la organización política de la sociedad*"

- (Txetxu Ausín, filósofo CSIC y miembro de la Comisión de Ética Pública del Gobierno Vasco)

INTEGRITAT: MARC CONCEPTUAL

- Ètica Pública com Ètica Institucional
- Funció institucional de càrrecs i empleats públics
- Males pràctiques o conductes: erosió legitimitat institucional
- Diferenciació: Reputació personal / Imatge institucional
- PRESERVAR LA IMATGE INSTITUCIONAL I LA CONFIANÇA DE LA CIUTADANIA EN LES INSTITUCIONS

INTEGRITAT: MARC CONCEPTUAL 2

- Dret i Codis de conducta
- Normes jurídiques / normes "morals“
- Regulació / Autoregulació
- Sistemes continentals: Predomini de la Llei / gairebé sense espai a l'autoregulació
- Sistemes anglosaxons: Llei / amplis espais a l'autoregulació

INTEGRITAT: MARC CONCEPTUAL 3

SISTEMA NORMATIU

- SISTEMAS NORMATIUS: LLEIS I DISPOSICIONES REGLAMENTÀRIES

AUTOREGULACIO

- CODIS DE CONDUCTE ÓDIGOS DE CONDUCTA SENSE MARCS D'INTEGRITAT INSTITUCIONAL (COSMÈTICS RETÒRICS)

AUTOREGULACIÓ

- CODIS DE CONDUCTA AMB MARCS D'INTEGRITAT INSTITUCIONAL (INFRAESTRUTURES ÈTIQUES)

INTEGRITAT: MARC CONCEPTUAL 4

MARC D'INTEGRITAT INSTITUCIONAL (OCDE 1997)

1.- CODI DE CONDUCTA

2.- SISTEMA PREVENCIÓ/DIFUSIÓ

3.- CANALS, CIRCUITS I PROCEDIMENTS

4.- ÒRGAN DE GARANTÍA (AUTONOMÍA FUNCIONAL)

5.- AVALUACIÓ DEL SISTEMA

6.- ADAPTACIÓ PERMANENT

INTEGRITAT: MARC CONCEPTUAL 5

OCDE: REDEFINICIÓN DE LA POLÍTICA DE INTEGRIDAD (2016): *DRAFT RECOMMENDATION OF THE COUNCIL ON PUBLIC INTEGRITY*

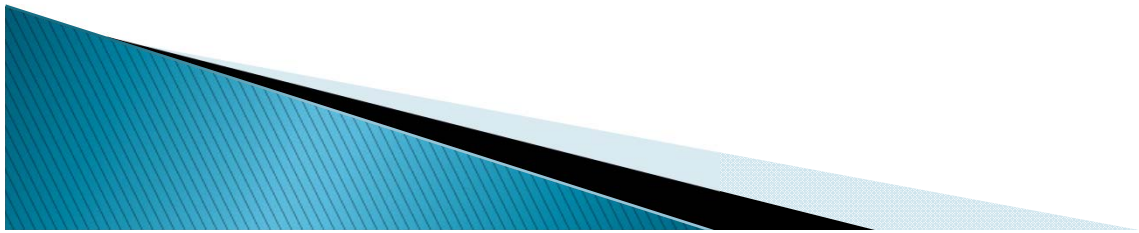
SISTEMA D'INTEGRITAT INSTITUCIONAL "HOLÍSTIC" (1997)

DESENVOLUPAMENT D'UNA CULTURA ÈTICA SOCIETAT CIVIL

SISTEMA CONTROL Y RETIMENT DE COMPTES

CODIS CONDUCTA I SISTEMES D'INTEGRITAT. EXEMPLES

- Nul·la tradició de codis ètics i de conducta en els "sistemes continentals"
- La situació canvia a partir de l' increment de la corrupció
- El Dret (pel seu caràcter repressiu i "ex post") no resol el problema (Rapport Nadal 2015)
- Es necessita incrementar la cultura de la prevenció
- Espanya: molt poc receptiva a aquestes idees



CODIS CONDUCTA I SISTEMES D'INTEGRITAT. EXEMPLES 2

- Incorporació tardana i equívoca de l'ètica en les institucions públiques
- CODIS SENSE MARC D'INTEGRITAT:
  - 2005: Codi Bon Govern alts càrrecs AGE
  - 2007: Codi de conducta EBEP (52-54/ DA 1ª)
  - 2008: Codi Bon Govern FEMP
  - 2013: Bon Govern (T. II Llei 19/2013, transparència)
  - 2015: Llei estatut alt càrrec (principis ètics i derogació Codi Bon Govern)
- LA ÉTICA NO ÉS COSMÈTICA (ADELA CORTINA)

CODIS CONDUCTA I SISTEMES D'INTEGRITAT. EXEMPLES 3

- CODI GOVERN BASC 2013
- Codi per "alts càrrecs"
- Nou tipus de Codi: Valors/Principis/Normes de conducte
- Instrument viu
- Marc d'integritat institucional: difusió, procediments i òrgan de garantia
- Comissió d'Ètica: presència interns/externs (2/2)
- Procés d'adaptació continua:
- Procés d'adaptació continua: BOPV 28 novembre 2016, n. 226 Text consolidat

CODIS CONDUCTA I SISTEMES D'INTEGRITAT. EXEMPLES 3

COMISSIÓ NACIONAL DELS MERCATS I DE LA COMPETÈNCIA (BOE 277/ 15-XI-2015)

Codi de conducta: aplicable a tot el personal (membres de la Comissió; directius; empleats públics; però amb diferències)

No conté valors ni principis, només normes de conducta

Marc de integritat: prevenció, procediments

Òrgan de garantía intern: departament control

CODIS CONDUCTA I SISTEMES D'INTEGRITAT. EXEMPLES 4

- Codi Conducta Ajuntament de Bilbao (25-XI-2015)
- Aplicable a càrrecs representatius i personal directiu
- Pren com a model el Codi Govern Basc i el esborrany de codi EUDEL 2013
- Marc d'integritat: prevenció, difusió i procediments.
- Òrgan de garantía; Comissió Ètica (presència interns/externs 3/2)

CODIS CONDUCTA I SISTEMES D'INTEGRITAT. EXEMPLES 5

SISTEMA DE INTEGRITATA INSTITUCIONAL DIPUTACIÓN FORAL DE GIPUZKOA http://www.gipuzkoa.eus/es/diputacion/sistema-de-integridad

Aprovació Sistema i Codi d'alts càrrecs amb Marc d'Integritat.

Finalitat: Construir un sistema d'integritat per la institució en el seu conjunt (càrrecs, empleats, contractistes, entitats subvencionades, etc.)

Sistemàtica nova i avançada

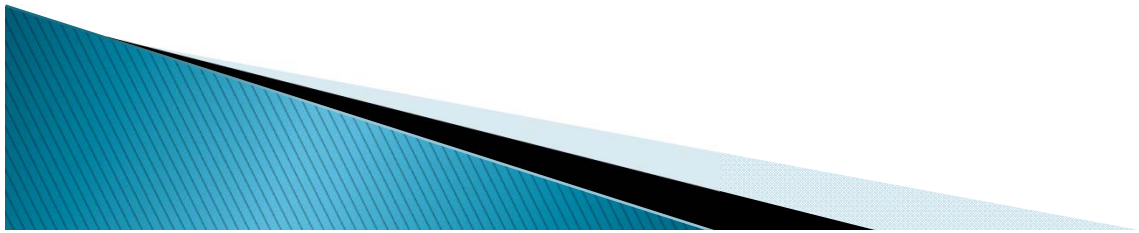
Comissió Ètica interns/externs 2/3

CODI DE CONDUCTA GENERALITAT DE CATALUNYA

- GENERALITAT DE CATALUNYA: Acord Govern 21 juny 2016
- Codi de Conducta d'alts càrrecs
- Aplicació de la Llei 19/2015 (art. 55)
- Complexa delimitació ètica/sancions
- Principis/Normes de conducte (exigents)
- Marc d'integritat: difusió/procediments
- Comitè Assessor d'Ètica: íntegrament intern (càrrecs de designació política i funcionaris: 2/3)
- Es completa amb temes de contractació, subvencions i grup d'interessos.

PROPOSTA DE SISTEMA D'INTEGRITAT INSTITUCIONAL FMC

- L'Àmbit de Bon Govern i Innovació Democràtica de la Federació de Municipis de Catalunya ha impulsat la creació d'un *"Seminari de Treball sobre Sistemes d'Integritat Local"*
- Productes a elaborar:
- 1) Codi Conducta alts càrrecs (representants polítics, personal directiu i FHN)
- 2) Sistema d'Integritat Institucional Local



PROPOSTA DE SISTEMA D'INTEGRITAT INSTITUCIONAL FMC

- Codi de Conducta "d'alts càrrecs": obligació legal article 55 Llei 19/2014, transparència
- Principis ètics i d'actuació (55.1): no conté marc d'integritat institucional, però no ho prohibeix
- S'ha optat per fer un Esborrany/document avançat: Codi + Marc d'Integritat
- Autoregulació/Prevenció/Procediment
- Òrgan de garantía local + Comissió Assessora d'Ètica FMC

PROPOSTA DE SISTEMA D'INTEGRITAT INSTITUCIONAL FMC

ESTRUCTURA CODI CONDUCTA FMC

1.- Normes generals: àmbit aplicació

2.- Valors ètics

3.- Principis de bon govern

4.- Normes de conducte (ètiques)

5.- Normes d'actuació (bon govern)

6.- Marc bàsic d'integritat institucional:

- Política de difusió i prevenció
- Canals i procediments
- Òrgans de garantía i Comissió Assessora Ètica

PROPOSTA DE SISTEMA D'INTEGRITAT INSTITUCIONAL FMC

VALORS ÈTICS	PRINCIPIS BON GOVERN
REPRESENTACIÓ	TRANSPARÈNCIA
INTEGRITAT	INNOVACIÓ , EFICIÈNCIA I CONTROL DE LA DESPESA
EXEMPLARITAT	RESPONSABILITAT I RENDICÓ DE COMPTES
HONESTETAT I DESINTERÈS SUBJECTIU	
OBJECTIVITAT	
LLEIALTAT I SENTIT INSTITUCIONAL	

PROPOSTA DE SISTEMA D'INTEGRITAT INSTITUCIONAL FMC

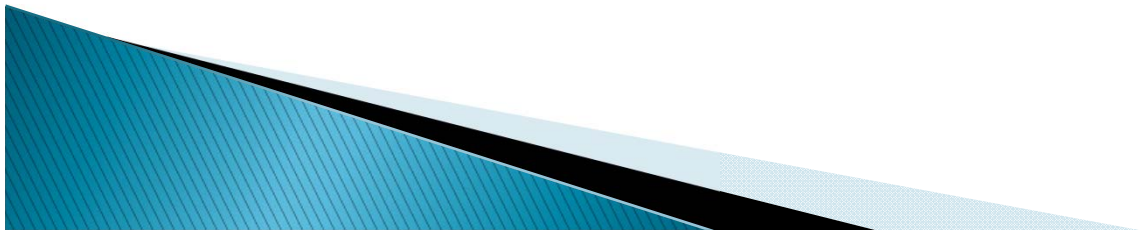
- ÒRGANS DE GARANTÍA DEL CODI DE CONDUCTA DEL ENS LOCALS

LOCAL

- COMISSIONAT O COMISSIÓ LOCAL D'ÈTICA

FMC

- COMISSIÓ ASSESSORA D'ÈTICA LOCAL

FINAL

- *“Una sociedad sin virtudes no es un ‘demos’; la democracia necesita buenas costumbre para que las instituciones funcionen como deben, pues, a fin de cuentas, éstas dependen del buen o mal hacer de las personas que las gestionan”*
- (Victoria Camps, Breve historia de la Ética, RBA, Barcelona, 2013, p. 398).