



FEDERACIÓ DE MUNICIPIS  
DE CATALUNYA

**2018**  
**Barcelona**



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



Reconeixement-NoComercial-SenseObraDerivada 2.5 Espanya

## Sou lliure de:



copiar, distribuir i comunicar públicament l'obra

## Amb les condicions següents:



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



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



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

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

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



FEDERACIÓ DE MUNICIPIS  
DE CATALUNYA



### **Edita**

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

### **Disseny i maquetació**

[www.lacuinagràfica.com](http://www.lacuinagràfica.com)

# Sumari

**1**<sup>a</sup> sessió  
**31/10/18**

**2**<sup>a</sup> sessió  
**28/11/18**

**3**<sup>a</sup> sessió  
**19/12/18**

# Introducció

**U**n any més la Federació de Municipis de Catalunya organitza una nova programació del Seminari sobre relacions col·lectives que compta amb una dilatada trajectòria: una vintena d'edicions. Es manté la seva estructura tradicional de tres sessions, amb tres ponències per cada sessió, en les quals es tracten temes diversos amb ponents de contrastada experiència acadèmica i professional. Aquest any s'han volgut abordar com a àmbits de referència la política retributiva, els desafiaments que presenten els reptes tecnològics i de futur en el món del treball i l'aplicació de la nova llei de contractes del sector públic.

Inaugurarem el Seminari amb una sessió el dia 31 d'octubre, que comptarà amb una ponència sobre els estímuls a la jubilació anticipada i els premis a l'ordinària dels empleats públics, a càrrec de Carolina Gala, catedràtica de dret del treball i de la seguretat social de la Universitat Autònoma de Barcelona; aquesta intervenció vindrà acompanyada de la de Ignasi Beltran de Heredia Ruiz, professor agregat de dret del treball i de la seguretat social de la Universitat Oberta de Catalunya, sobre la indemnització dels contractes temporals en l'administració pública després de la revisió del TJUE de la doctrina "De Diego Porras"; tancarà el dia, la ponència de Jesús Angel Fuentetaja Pastor, catedràtic de dret administratiu de la Universitat Nacional de Educació a Distància, sobre les retribucions i la jornada de treball dels funcionaris públics després de la LGPE de 2018.

La sessió del dia 28 de novembre tindrà una perspectiva més oberta, s'iniciarà amb una exposició del professor de ciència política i de l'administració Javier Cuenca Cervera, sobre la configuració dels òrgans de selecció del personal en les administracions públiques. A continuació intervindrà Rafael Jiménez Asensio, catedràtic de universitat acreditat i consultor institucional, amb una ponència sobre l'enfocament preventiu en la protecció de dades personals després del RGDP, amb una especial referència al paper i la funció dels codis de conducta en aquest camp. Unes col·laboracions que seran completades amb la participació de Mikel Gorriti Bontigui, doctor en psicologia i assessor de la Direcció General de la Funció Pública del Govern Basc, amb una exposició sobre els llocs de treball del futur en el sector públic.

La tercera sessió del dia 19 de desembre, que dedicarem a temes més relacionals de base contractual, s'iniciarà amb una intervenció sobre les xarxes entre subjectes propis dels sistemes institucionals públics i la problemàtica laboral que generen, una ponència que es desenvoluparà per Juan Bautista Vivero Serrano, professor titu-

lar de dret del treball i de la seguretat social de la Universitat de Salamanca. Aquesta primera intervenció anirà seguida de la participació de Susana Rodríguez Escanciano, catedràtica de dret del treball i de la seguretat social de la Universitat de Lleó, sobre criteris socials en la nova Llei de contractes del sector públic. Tancarà el seminari, el catedràtic de dret administratiu de la Universitat de Granada, que ens acostarà a la específica problemàtica generada pels grups de Whatsapp, cossos de seguretat i la crítica de responsables institucionals.

Confiem, doncs, que el programa que s'ha preparat sigui del vostre interès i us animem a participar en aquesta 20a edició del seminari, una data que és un èxit col·lectiu de tots aquells que al llarg d'aquests anys hem fet seminari, una acció que es torna a presentar com un espai de debat i de reflexió conjunta per a gestors i representants de personal, que pretén ajudar al coneixement del canviant món de les relacions laborals en el sector públic.

**Joan Mauri i Majó**

Director del Seminari

*Professor de Dret Administratiu de la Universitat de Barcelona*

**Ponéncies**

# 1<sup>a</sup> sessió 31/10/18

Els estímuls a la jubilació anticipada i els premis a l'ordinària dels empleats públics: la seva correcció jurídica.

**Carolina Gala Durán**, catedràtica de Dret del Treball i de la Seguretat Social de la Universitat Autònoma de Barcelona

Sobre la indemnització dels contractes temporals en l'administració pública: la revisió del TJUE de la doctrina "Diego Porras".

**Ignasi Beltran de Heredia Ruiz**, professor agregat de Dret del Treball i de la Seguretat Social de la Universitat Oberta de Catalunya.

Les retribucions i la jornada de treball dels funcionaris públics després de la LGPE de 2018.

**Jesús Angel Fuentetaja Pastor**, catedràtic de Dret Administratiu de la Universitat Nacional d'Educació a Distància (UNED)



# **Els estímuls a la jubilació anticipada i els premis a l'ordinària dels empleats públics: la seva correcció jurídica**

---

Carolina Gala Durán  
Universitat Autònoma de Barcelona

# Elemento previo → las últimas reformas en materia de jubilación

---

**1º) El avance “imparable” de la reforma recogida en la Ley 27/2011, de 1 de agosto:**

**A) Edad de jubilación vigente en 2018**

36 años y 6 meses o más → 65 años.

Menos → 65 años y 6 meses → HORIZONTE, 1/1/2027.

**B) Base reguladora 2018**

BC 252 meses/294 (21 años) → horizonte, 1/1/2022 → 25 años

**Y, C) Porcentaje aplicable**

2013-2019: Por cada mes adicional de cotización entre los meses 1 y 163, el 0,21 por 100 y por los 83 meses siguientes, el 0,19 por 100 → HORIZONTE, 1/1/2027.

# Y, 2º) Factor de sostenibilidad- Jubilación

---

Disposición final única RDLeg. 8/2015. Entrada en vigor. El presente real decreto legislativo y el Texto Refundido que aprueba entrarán en vigor el 2 de enero de 2016.

Sin perjuicio de lo anterior, el complemento por maternidad por aportación demográfica a la Seguridad Social regulado en el artículo 60 del Texto Refundido será de aplicación, cuando concurren las circunstancias previstas en el mismo, a las pensiones contributivas que se causen a partir de 1 de enero de 2016. **La aplicación del factor de sostenibilidad regulado en el artículo 211 del Texto Refundido se llevará a cabo una vez que, en el seno de la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo, se alcance un acuerdo acerca de la aplicación de las medidas necesarias para garantizar la sostenibilidad del sistema. No obstante y en todo caso, su entrada en vigor se producirá en una fecha no posterior al 1 de enero de 2023.**

# ¿Negociación colectiva?

---

Teniendo en cuenta el impacto de estas reformas, el establecimiento de complementos a la jubilación vía negociación colectiva adquiere cada vez más importancia, incluyendo las aportaciones a planes de pensiones → art. 29 TREBEP → retribución diferida.

Pero ¿es posible? Dos elementos:

1) ¿Qué ocurre en la práctica negocial? Funcionarios/Personal laboral

A) ¿Cómo se regula la jubilación? Bastantes convenios y acuerdos no tratan la cuestión.

B) ¿Cómo se regulan los “premios por jubilación”?

Y, 2) ¿qué dicen los Tribunales?

# La negociación colectiva en Catalunya

## → ¿Cómo se trata la jubilación?

### Personal funcionario

---

#### ***1. Aspectos procedimentales***

*“L'Ajuntament es compromet a **agilitar al màxim els tràmits interns** que li corresponguin respecte del personal que passi a situació de jubilació o altra generadora de drets passius.”*

*“L'Ajuntament **es farà càrrec de totes les gestions burocràtiques** relacionades amb l'assistència sanitària o jubilació del Personal Funcionari de la Corporació”.*

#### ***2. Remisión a la normativa vigente***

*“Jubilació forçosa. La jubilació forçosa dels empleats públics es la fixada legalment.”*

# La negociación colectiva en Catalunya

## → ¿Cómo se trata la jubilación?

### Personal funcionario

---

#### ***3. Planificación futuras vacantes e información representación del personal***

*“L'ajuntament realitzarà les previsions de jubilació amb un any d'antelació i s'informarà de tot plegat als representants del personal amb l'objectiu de planificar la cobertura de les futures vacants.”*

#### ***4. No se cumple la normativa vigente***

*“L'edat de jubilació... present pacte serà a l'edat de 65 anys complerts, amb la possibilitat de continuar treballant en el cas de no complir els requisits necessaris marcats per llei”.*

# → Ejemplos de “premios de jubilación” → funcionarios/personal laboral

---

“Al 60 .....16.308,45

61 .....12.684,35

62 .....9.060,25

63 .....5.436,15

64 .....3.624,10

*Treballar de forma continuada a l’Ajuntament els últims 10 anys i haver cotitzat a la seguretat social els últims 15 anys”*

# → Ejemplos de “premios de jubilación” → Funcionarios/personal laboral

---

Si l’Ajuntament accepta la sol.licitud de jubilació anticipada...

60 anys, 12 mensualitats

61 anys, 12 mensualitats

62 anys, 12 mensualitats

63 anys, 9 mensualitats

64 anys, 6 mensualitats

# Recordatorio de la regulación vigente

---

1. **Personal laboral** → Título III del ET y arts. 43 y 239 y 240 TRLGSS.

2. **Funcionarios** → normativa escasa y poco desarrollada. Un problema “común” a todos los complementos de prestaciones y ayudas o beneficios sociales.

A. Un importante cambio tras el EBEP/TREBEP.

**B. Normas aplicables:**

## **Art. 37 TREBEP**

1. Serán objeto de negociación, en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada Administración Pública y con el alcance que legalmente proceda en cada caso, las materias siguientes:

e) **Los planes de Previsión Social Complementaria.**

g) **Los criterios generales para la determinación de prestaciones sociales y pensiones de clases pasivas.**

i) Los criterios generales de acción social.

# Recordatorio de la regulación vigente

---

## Art. 22 TREBEP

## Art. 93 LBRL

1. Las retribuciones básicas de los funcionarios locales **tendrán la misma estructura e idéntica cuantía que las establecidas con carácter general para toda la función pública.** 2. Las retribuciones complementarias se atenderán, asimismo, a la estructura y criterios de valoración objetiva de las del resto de los funcionarios públicos. Su cuantía global será fijada por el Pleno de la Corporación dentro de los límites máximos y mínimos que se señalen por el Estado. 3. Las Corporaciones locales reflejarán anualmente en sus presupuestos la cuantía de las retribuciones de sus funcionarios en los términos previstos en la legislación básica sobre función pública.

## DF 2ª LBRL

1. Los funcionarios públicos de la Administración local **tendrán la misma protección social, en extensión e intensidad, que la que se dispense a los funcionarios públicos de la Administración del Estado y estará integrada en el Sistema de Seguridad Social.** 2. La aportación de los funcionarios de la Administración local para la financiación de su Seguridad Social será la misma que se establezca para los funcionarios públicos de la Administración del Estado, cuando sea idéntica la acción protectora.

# Recordatorio de la regulación vigente

---

**Art. 153 RDLeg. 781/1986, 18 de abril, texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local**

1. Los funcionarios de Administración local **sólo serán remunerados por las Corporaciones respectivas, por los conceptos establecidos en el artículo 23 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto.**

2. En su virtud, no podrán participar en la distribución de fondos de ninguna clase ni percibir remuneraciones distintas a las comprendidas en dicha Ley ni, incluso, por confección de proyectos, o dirección o inspección de obras, o presupuestos, asesorías o emisión de dictámenes e informes.

Las cantidades procedentes de los indicados fondos se incluirán en el presupuesto de ingresos de las Corporaciones.

3. La **estructura, criterios de valoración objetiva, en su caso, y cuantías de las diversas retribuciones de los funcionarios de Administración local, se regirán por lo dispuesto en el artículo 93 de la Ley 7/1985, de 2 de abril.**

# Recordatorio de la regulación vigente

---

## **Art. 1 Real Decreto 861/1986, 25 de abril, sobre el régimen de las retribuciones de los funcionarios de la Administración Local**

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 93 LBRL, los funcionarios de Administración Local sólo podrán ser remunerados por los conceptos retributivos establecidos en el art. 23 Ley 30/1984.

En consecuencia, no podrán percibir participación alguna de los tributos, comisiones u otros ingresos de cualquier naturaleza que correspondan a la Administración o cualquier poder público como contraprestación de cualquier servicio o jurisdicción, ni participación o premio en multas impuestas, aun cuando estuviesen normativamente atribuidas a los mismos, ni retribuciones o contraprestaciones distintas a las determinadas en los artículos siguientes por ningún otro concepto, ni siquiera por confección de proyectos, dirección o inspección de obras o presupuestos, asesorías o emisión de dictámenes o informes, y ello sin perjuicio de lo que resulte de la aplicación del sistema de incompatibilidades.

# Recordatorio de la regulación vigente

---

**Y DA 4ª Ley 11/1960, de 12 de mayo, sobre creación de la Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local**

“las CL no podrán en lo sucesivo conceder aportaciones, subvenciones o ayudas de cualquier género para fines de previsión de sus funcionarios. Serán nulos los créditos que se concedan con infracción de este precepto y su pago engendrará las responsabilidades pertinentes.”

**DA 6ª Sexta.**

Uno. A partir de la entrada en vigor de la presente Ley, las Entidades locales, Organismos, Dependencias y Servicios que según la misma hayan de ser obligatoriamente afiliados, **no podrán adoptar, respecto al personal a su servicio que haya de tener el carácter de asegurado, acuerdo alguno en materia de reconocimiento de derechos pasivos ni modificar el régimen de éstos vigente en dicha fecha.**

# Recordatorio de la regulación vigente

---

## Arts. 43 y 239 y 240 TRLGSS

**Mejoras voluntarias.** 1. La modalidad contributiva de la acción protectora que el sistema de la Seguridad Social otorga a las personas comprendidas en el artículo 7.1 **podrá ser mejorada voluntariamente** en la forma y condiciones que se establezcan en las normas reguladoras del Régimen General y de los regímenes especiales. 2. Sin otra excepción que el establecimiento de mejoras voluntarias, conforme a lo previsto en el apartado anterior, la Seguridad Social no podrá ser objeto de contratación colectiva.

**Mejora directa de las prestaciones.** Las empresas podrán mejorar directamente las prestaciones de este Régimen General, costeándolas a su exclusivo cargo. Excepcionalmente, y previa aprobación del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, podrá establecerse una aportación económica a cargo de los trabajadores, siempre que se les faculte para acogerse o no, individual y voluntariamente, a las mejoras concedidas por los empresarios con tal condición. **No obstante el carácter voluntario para los empresarios de la implantación de las mejoras a que este artículo se refiere, cuando al amparo de las mismas un trabajador haya causado el derecho a la mejora de una prestación periódica, ese derecho no podrá ser anulado o disminuido si no es de acuerdo con las normas que regulan su reconocimiento.**

# Recordatorio de la regulación vigente

---

**Y, artículo 240. Modos de gestión de la mejora directa.** 1. Las empresas, en las condiciones que reglamentariamente se determinen, podrán realizar la mejora de prestaciones a que se refiere el artículo anterior **por sí mismas** o a través de la Administración de la Seguridad Social, fundaciones laborales, montepíos y mutualidades de previsión social o entidades aseguradoras de cualquier clase. 2. Las fundaciones laborales legalmente constituidas para el cumplimiento de los fines que les sean propios gozarán del trato fiscal y de las demás exenciones concedidas, en los términos que las normas aplicables establezcan.

# Jurisprudencia sobre premios de jubilación

---

1. Criterios diferentes según la jurisdicción competente → mayor libertad en el marco del personal laboral.

2. Numerosa jurisprudencia.

Y, 3. En el caso de los funcionarios públicos:

- Importante cambio de criterio a través de la STS de 20 de diciembre de 2013 (“de no es posible, a sí es posible”) → Ese criterio se mantiene de forma unánime en las sentencias de los TSJ posteriores.
- Y ahora vuelve a cambiar el criterio → STS de 20 de marzo de 2018, recurso núm. 2747/2015 → con argumentos discutibles.

# Jurisprudencia → Personal funcionario – La STS de 20 de diciembre de 2013 (RJ 2013/8238)

---

1. En lo que sean regulaciones sobre materias similares ligadas a postulados constitucionales, **las diferenciaciones entre una y otra clase de empleados públicos deberán ser interpretadas restrictivamente** → materia negociada colectivamente → como expresión de la acción sindical/libertad sindical → la regulación debería ser lo más homogénea posible.
2. La **posibilidad de incluir entre las materias negociables cuestiones referidas a los funcionarios jubilados está admitida en el art. 37.1.g) EBEP**, ya que permite la negociación sobre **criterios generales para la determinación de pensiones de clases pasivas**, y también la admitía el art. 32.f) Ley 9/1987.

# Jurisprudencia → Personal funcionario –La STS de 20 de diciembre de 2013 (RJ 2013/8238)

---

Éste es un dato formal que ya da soporte a dicha posibilidad y que se confirma con una interpretación teleológica del precepto que tome en consideración lo antes señalado **sobre la homogeneización de funcionarios y laborales en cuestiones ligadas a postulados constitucionales, y sobre la conveniencia de interpretar restrictivamente las diferencias** existentes en las materias ligadas a esos postulados constitucionales.

3. Debe sumarse la **posibilidad, reconocida en el art. 1257 CC de que los contratos incluyan estipulaciones en favor de tercero**, lo que demuestra que no es ajena a nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de que el contenido de **un marco de regulación que figure en un instrumento que haya sido negociado sea extendido a personas distintas de las que intervinieron como interlocutores o partes directas en la negociación.**

# Jurisprudencia → Personal funcionario –La STS de 20 de diciembre de 2013 (RJ 2013/8238)

---

4. Toda medida de acción social tiene un coste económico, pero ello no conlleva la necesidad de considerarlas retribuciones porque su razón de ser y su régimen de devengo es muy diferente.

Las retribuciones son la contraprestación directa del trabajo y se devengan por la totalidad de los empleados públicos con regularidad periódica en un mismo importe, mientras que las medidas de acción social no son compensación del trabajo realizado sino protección o ayuda de carácter asistencial, que se generan o devengan cuando se producen contingencias que colocan al beneficiario en una singular o desigual situación de necesidad.

# Jurisprudencia → Personal funcionario –La STS de 20 de diciembre de 2013 (RJ 2013/8238)

---

5. La **propia regulación del IRPF viene a admitir la diferencia entre una y otras**, pues si bien señala que los rendimientos del trabajo son un componente de la renta gravada, dentro de ese concepto genérico **separa lo que son propiamente retribuciones (sueldos y salarios) y lo que constituyen otras clases de devengos económicos o prestaciones provenientes del trabajo.**

6. Toda **medida de acción social tiene un coste económico, por lo que equipararla con las retribuciones comportaría vaciar de contenido esta diferenciada materia negociable que señala la ley.**

Y, 7. **no resulta aplicable la DA 4ª Ley 11/1960:** su significación parecía ser la de que, en lo que hace a **los regímenes de previsión obligatoria**, el régimen de aportación obligatoria de los funcionarios locales no debía ser diferente al que tenían otros empleados.

# Jurisprudencia → Personal funcionario → La situación tras la STS 20 de diciembre de 2013

---

1. Se mantiene de forma uniforme el criterio de la STS de 20 de diciembre de 2013

- Sentencias con fundamentos jurídicos muy semejantes.
- Quien impugna es la correspondiente CCAA, principalmente la CCAA de Canarias.
- El criterio judicial es el mismo, ya se trate de ayudas a la jubilación anticipada o forzosa.

2. Se distingue entre premio o ayuda a la jubilación y el premio por constancia o permanencia en el trabajo.

Y, 3. Se permite la suspensión de este tipo de ayudas vía artículo 38.10 EBEP, pero siempre que se justifique adecuadamente.

# Jurisprudencia → Personal funcionario → La situación tras la STS 20 de diciembre de 2013

---

**STSJ CA Andalucía/Granada de 19 de diciembre de 2016 (Rº 328/2015):**

1. La cuestión jurídica controvertida **se centra en determinar el carácter retributivo o asistencial del premio de jubilación**. Es cierto que la naturaleza de los premios de jubilación ha sido muy discutida dentro de la jurisprudencia. Por una parte se encuentra la línea jurisprudencial según la cual tienen naturaleza retributiva, y no se encuentran dentro de las materias que pueden ser objeto de negociación, por no tener acomodo entre ninguno de los componentes de la estructura salarial de los funcionarios (STS 12 de febrero del 2008 y 9 de septiembre del 2010). De otra parte se sitúan las sentencias que consideran estas medidas como asistenciales, no retribuyen la prestación de servicios, sino que prestan auxilio a los funcionarios ante determinadas situaciones de necesidad (STS de 28 de julio de 2006, y la muy reciente STS 20 de diciembre del 2013 ...> Para este grupo de sentencias tales **medidas asistenciales pueden ser objeto de negociación colectiva con los funcionarios**

# Jurisprudencia → Personal funcionario → La situación tras la STS 20 de diciembre de 2013

---

2. La STS de 20 de diciembre de 2013 advierte que **la falta de una regulación más detallada de contenido** de las medidas de acción social ha suscitado dudas sobre la naturaleza del denominado “premio de jubilación” y ha generado contradicciones que finalmente han sido resueltas en el sentido de considerar como acción social las ayudas a la jubilación. De otra forma **la diferenciación entre el régimen de funcionarios y laborales podría ser constitucionalmente discriminatoria.**

3. Toda medida de asistencia social tiene un coste económico cuyo control de legalidad se efectúa impugnando los presupuestos municipales.

# Jurisprudencia → Personal funcionario → La situación tras la STS 20 de diciembre de 2013

---

4. Es una mejora voluntaria en las prestaciones por jubilación (LGSS), que puede ser pactada en el marco de la negociación colectiva al amparo del art. 37.1.e) EBEP, que se refiere a los “planes de previsión social complementaria” y apartado g) “los criterios generales para la determinación de prestaciones sociales y pensiones de clases pasivas”.
5. No hay ninguna razón para hacer una interpretación restrictiva de estos preceptos, excluyendo la posibilidad de establecer regímenes de previsión social complementaria, y diferenciando en esto el régimen de los funcionarios de aquél de los empleados laborales de las AP.

# Jurisprudencia → Personal funcionario

## → La situación tras la STS 20 de diciembre de 2013

---

Y, 6. Si los preceptos amparan con carácter general la posibilidad de negociación sobre las pensiones de jubilación, dentro del marco legal, **no puede sostenerse la vigencia de la DA 4ª Ley 11/1960**, de 12 de mayo, sobre creación de la MUNPAL, según la cual “las CL no podrán en lo sucesivo conceder aportaciones, subvenciones o ayudas de cualquier género para fines de previsión de sus funcionarios. Serán nulos los créditos que se concedan con infracción de este precepto y su pago engendrará las responsabilidades pertinentes.”. Esta disposición, que no forma parte estrictamente del régimen jurídico de la MUNPAL, no podía ser modificada por el RD 480/1993, de 2 de abril, al amparo de la habilitación recibida por la DT3ª Ley 39/1992, de 29 de diciembre, de PGE 1993, que autorizó “al Gobierno para que proceda a la integración del colectivo incluido en el campo de aplicación del RESS de los Función de la AL, en el RGSS”, por impedirlo el principio de jerarquía normativa.

# Jurisprudencia → Personal funcionario → La situación tras la STS 20 de diciembre de 2013

---

STSJ CA Santa Cruz de Tenerife 26-3-15 (Rº 37/2015): “... la ayuda a la jubilación prevista... es materia negociable según el artículo 37 del EBEP en sus apartados e) sobre previsión social complementaria, g) sobre prestaciones sociales y pensiones de clases pasivas e i) sobre acción social en general. El artículo 191 de la LGSS ha previsto la mejora voluntaria de la acción protectora...”.

# En la misma línea....

---

Multitud de sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia, sala de lo contencioso-administrativo, así, entre otras: STSJ CA Andalucía 19-12-2016 (Rº 328/2015), STSJ CA Las Palmas 5-6-2017 (Rº 19/2017), STSJ CA Canarias 13-2-15 (Rº 1/2014), 17-3-15 (Rº 195/2014), 10-9-15 (Rº 109/2015), 22-1-2016 (Rº 231/2014), 25-2-2016 (Rº 159/2015), 4-4-2016 (Rº 136/2015), 22-4-2016 (Rº 246/2015), 9 y 26-5-2016 (Rº 83 y 188/2015), 7-7-2016 (Rº 334/2014 y 3/2016), 6-9-2016 (Rº 67/2016).

# STS 20 DE MARZO DE 2018

---

**Cambio de criterio....** Impugnación del Gobierno de Canarias → se infringen los arts. 93 LBRL, 153 RDLeg. 781/1986, de 18 de abril, texto refundido en materia de Régimen Local y 1.2 RD 861/1986, 25 de abril.

**Tribunal Supremo:**

**Recuerda la doctrina previa del propio TS:**

A) Admite la posibilidad de negociar cuestiones referidas a los funcionarios jubilados a la vista del art. 37.1.g) TREBEP.

B) Si bien toda medida de acción social tiene un coste económico, esta circunstancia no significa que deban todas ser consideradas retribuciones ya que su justificación y su régimen de devengo son muy diferentes.

# STS 20 DE MARZO DE 2018

---

C) No cabe atribuir a estos desembolsos la consideración de “retribuciones” pues se trata de medidas asistenciales que “no son compensación del trabajo realizado sino protección o ayuda de carácter asistencial, que se generan o devengan cuando se producen contingencias que colocan al beneficiario en una singular o desigual situación de necesidad”.

D) La propia regulación tributaria en materia de IRPF viene a admitir la diferencia entre una y otras, pues si bien señala que los rendimientos del trabajo son un componente de la renta gravada, dentro de ese concepto genérico separa lo que son propiamente retribuciones (sueldos y salarios) y lo que constituyen otras clases de devengos económicos o prestaciones provenientes del trabajo.

Y, e) toda medida de acción social tiene un coste económico, por lo que equipararla con las retribuciones comportaría vaciar de contenido esta diferenciada materia negociable que señala la ley.

# STS 20 DE MARZO DE 2018

---

**PERO...**

**1. Esa solución se pronunció en relación con diversas medidas, de muy diferente naturaleza (una era la ayuda a la jubilación anticipada pero no hace una consideración separada para ella sino que los razonamientos anteriores se refieren, conjuntamente, a extremos como vacaciones, licencias y permisos, prestaciones sanitarias, incapacidad, ayuda para sepelio o incineración, seguros....). Es decir, esa sentencia alude a una variada gama de supuestos y razona en términos generales sin detenerse en la consideración individualizada de cada uno.**

**En cambio, con anterioridad la misma sección del TS ha hecho pronunciamientos expresamente dirigidos a los premios de jubilación y ha señalado que no son conformes a derecho (STS 9-9-2010, 18-1-2010, 12-2-2008) → estos premios infringen la **DA 4ª RDLeg. 781/1986** y la DF 2ª LBRL y no se pueden amparar en el art. 34 L 30/1984 porque no atienden a los supuestos previstos en el precepto pues **no son retribuciones contempladas en la regulación legal, ni un complemento retributivo de los definidos en el art. 5 RD 861/1984** y tampoco se ajustan al art.**

# STS 20 DE MARZO DE 2018

---

2. No están excluidas de la negociación del art. 37 TREBEP las cuestiones relacionadas con las clases pasivas ni con los funcionarios jubilados.

3. Es verdad que toda medida asistencial puede comportar costes económicos y que eso no significa que deban ser consideradas todas retribuciones.

4. Pero **los premios de jubilación no son medidas asistenciales** → se trata de remuneraciones distintas de las previstas para los funcionarios de las CL → **No responden a una contingencia o infortunio sobrevenidos sino que se devengan simplemente por la extinción del servicio funcional cuando se alcanza la edad de la jubilación forzosa o la necesaria para la jubilación anticipada.**

---

**No se dirigen a compensar circunstancias sobrevenidas** de la naturaleza de las que inspiran las medidas asistenciales –esto es, **determinantes de una situación de desigualdad- sino que se asocian a un supuesto natural, conocido e inevitable de la relación funcional, por lo demás no específico de ese Ayuntamiento sino común a toda la función pública, una gratificación.**

Supone una alteración del régimen retributivo de los funcionarios que carece de cobertura legal y de justificación y vulnera los artículos 93 LBRL, 153 RDLeg. 781/1986 y 1.2 RD 861/1986.

# ¿Carácter de pensión pública?

---

STSJ Andalucía S 10-11-16 (Rº 2830/15): funcionario que recibe un complemento-premio de jubilación durante un período de tiempo → **tiene el carácter de pensión pública al estar abonado con fondos públicos** → “no puede ser otra la naturaleza del pago, toda vez, que producida la jubilación se extingue la relación de servicio y se pierde la condición de funcionario de carrera (art. 63 Ley 7/07), no siendo posible que se efectúe pagos mensuales periódicos a quienes ya no tienen relación de servicio con el Ayuntamiento salvo que se considere dichos pagos como pensión pública, por los servicios prestados...” → se incardina en el sistema de protección de la Seguridad Social → tema límite de pensión pública.

También: STSJ CA Andalucía 22-12-14 (Rº 507/14) y 26-2-15 (Rº 192/15).

- Único pago o pago periódico.
- **Aplicable también al PL.**

# El caso del premio de constancia o permanencia...

---

**Posición uniforme de la jurisdicción contencioso-administrativa: no es una mejora voluntaria, su negociación es ilegal, al tratarse de un tipo de retribución no prevista legalmente.**

STSJ CA Las Palmas 21-11-2017 (Rº 182/2017):

1. La gratificación a cambio de años de servicios es un incentivo para evitar el absentismo o para favorecer la permanencia de los funcionarios, por lo que tiene carácter retributivo y no está prevista en la Ley como tal retribución.
2. Hay materias referentes a las retribuciones de los funcionarios que pueden ser objeto de negociación, pero lo que no se puede es establecer conceptos retributivos ajenos a la estructura salarial de los funcionarios configurada por la Ley. Las percepciones ajenas al sistema retributivo de los funcionarios no pueden ser establecidas por la vía convencional. El intento de justificar estas percepciones, incluyéndolas en el concepto retributivo de productividad es estéril. No se está retribuyendo un especial rendimiento, sino solo el mantenimiento de una relación de servicio durante un cierto tiempo.

# El caso del premio de constancia o permanencia...

---

Y, 3. No se trata de un premio de jubilación sino de permanencia en el que se retribuye los servicios prestados.

En el mismo sentido, entre otras: STSJ CA Canarias 15-1-2016 (Rº 449/2015), 19-2-2016 (Rº 223/2015), 4-3-2016 (Rº 125/2016), 22 y 29/09/2016 (Rº 59 y 80/2016), 22-11-2016 (Rº 100/2016), 19-12-2016 (Rº 106/2016), 21-2-2017 (Rº 223/2016), 2-5-2017 (Rº 350/2016), 6-6-2017 (Rº 311/2016), 25-7-2017 (Rº 313/2016), 5 y 12-9-2017 (Rº 42 y 33/2017), 18-10-2017 (Rº 110/2017), 24-10-2017 (Rº 12, 111 y 112/2017).

**Cotiza a la seguridad social de forma prorrateada.**

# El caso del personal laboral... Y la jurisdicción social... Premio de jubilación

---

1. Se trata de una mejora voluntaria, prevista en la LGSS. No se trata, pues, de una remuneración y en consecuencia, no se encuentra vinculada a los límites legales previstos para las retribuciones.

**STS 18-10-2016 (Rº 277/2015):** “... el contenido de dichos apartados evidencia, **una naturaleza jurídica de mejoras voluntarias de seguridad social complementaria, reconocida y regulada por los artículos 39 y 191 LGSS... al estar vinculados sin duda a la percepción de la pensión de jubilación, compensando** en el supuesto del apartado 2 la “obligatoriedad” que establece la norma convencional de jubilarse a los 65 años e incentivando en el apartado 5 la jubilación anticipada...”.

2. Como tal, cabe su negociación colectiva, precisamente, porque lo autoriza la LGSS y también el título III del ET. Es materia susceptible de negociación colectiva y solo se tendrá derecho si precisamente lo prevé el CC y en los términos allí previstos. Y solo puede modificarse vía negociación colectiva (y también suprimirse) + art. 32 TREBEP.

# El caso del personal laboral.... Y la jurisdicción social....

---

Es muy importante concretar al detalle el contenido y el alcance del premio de jubilación (requisitos, remuneración que se tomará para el cálculo –para supuestos por ejemplo de jubilación parcial o reducciones de jornada...) → STSJ Madrid 28-2-14 (Rº 1662/14): “... es doctrina reiterada de la Sala de lo Social del TS que la fuente reguladora de las medidas de carácter social establecidas en los Convenios Colectivos o pactos de empresa que mejoran las prestaciones de la SS se encuentran en los propios pactos o reglas que las hayan creado, ya se trate de CC, contrato individual o decisión unilateral del empresario; de forma que las condiciones, requisitos y elementos que configuran a cada mejora son lo que se expresan y determinan en el convenio o acto que la crea o constituye, lo que a su vez comporta que ese título de constitución haya de ser interpretado con arreglo al tenor de las cláusulas que las establezcan, como se infiere del art. 192 LGSS...”.

3. En el caso de un pacto mixto, sería posible solo para el caso del personal laboral.

4. La jurisdicción social no se plantea problemas en cuanto a su admisibilidad, sino cuestiones colaterales tales como si se aplica en los casos de jubilación parcial, si tienen derecho los trabajadores indefinidos no fijos...

Y, 5. Se reconoce expresamente que se trata de una mejora voluntaria → entre otras, STSJ Andalucía 30-1-14 (Rº 2636/12): “... siendo el premio de jubilación una mejora voluntaria se le aplica la normativa propia de las prestaciones de Seguridad Social...”.

# Personal laboral

---

**1. ¿Tienen derecho a percibir el premio de jubilación previsto en convenio colectivo si se trata de un trabajador indefinido no fijo? → STSJ de Galicia de 28 de marzo de 2018, Rº 4290/2017 → Sí:**

1) El art. 14 CE reconoce el principio de igualdad y no discriminación. Y el art. 15.6 ET señala que los trabajadores con CT tendrán los mismos derechos que los trabajadores con contratos de duración indefinida, sin perjuicio de las particularidades específicas de cada una de las modalidades contractuales en materia de extinción del contrato y de aquellas expresamente previstas en la ley en relación con los contratos formativos.

2) La cláusula 4.1 de la Directiva 1999/70/CE, establece que “por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas”. Y en relación con ello, el Auto de 11 de diciembre de 2014, asunto C86/14, vino a entender que un trabajador indefinido no fijo “está incluido en el ámbito de aplicación de este Acuerdo marco, en la medida en que dicho trabajador ha estado vinculado a su empleador mediante contratos de trabajo de duración determinada...”.

# Personal laboral

---

3) La exigencia del convenio colectivo de que se trate de personal funcionario de carrera o laboral fijo se entiende contraria a la normativa citada, en tanto que no cabe extraer una justificación objetiva y razonable para la diferencia de trato entre el personal laboral fijo y el contratado temporal en situación fraudulenta -indefinido no fijo-, más allá de la diferencia en el vínculo contractual.

4) La finalidad de tal premio de jubilación es favorecer la renovación del personal y la creación de empleo, finalidad que también se cumple en el caso de un trabajador que incluso sin tener reconocida la condición de trabajador fijo ha venido ocupando durante un prolongado período de tiempo su puesto de trabajo o por un trabajador que bajo una contratación temporal ha venido a cubrir necesidades permanentes.

Y, 5) si la finalidad de la figura jurisprudencial de los trabajadores indefinidos no fijos es conciliar el efecto del fraude en la contratación temporal con la exigencia del principio de igualdad, mérito y capacidad en el ámbito del empleo público, ello no puede conllevar que tal medida, que tiene por objeto prevenir el fraude, comporte una rebaja de la protección de los trabajadores temporales.

# Personal laboral

---

**2. ¿Qué ocurre en caso de jubilación parcial? Auto TS 5-10-11 (RJ 7624) y STSJ País Vasco S 21-5-2015 (Rº 853/2015): NO → hay que estar a lo dispuesto en el propio CC:**

*“... la regulación convencional... se limita a imponer a la empresa la obligación de facilitar esa jubilación... mas sin reconocer el derecho complementario que el propio convenio establece para la jubilación total. Por tanto aparece claro que no fue voluntad de los negociadores del convenio colectivo conceder el derecho al complemento a los trabajadores que se acogieran a la jubilación parcial...”*

Sentencia referida al Ayuntamiento de Ortuella.

**\*\* Si, a pesar de lo previsto en el CC, se paga en los casos de jubilación parcial → se produce por expresa voluntad de la empresa, que “por ende no puede revocar a su antojo –ni parcialmente- sin acudir previamente para ello al procedimiento del art. 41 ET..” → Instituto Municipal de la Vivienda-Málaga → STSJ Andalucía S 21-4-2016, Rº 163/2016.**

# Personal laboral

---

\*\*\* Un premio por jubilación parcial puede adoptarse por acuerdo del pleno, incluso con efectos retroactivos → Ayuntamiento de Beasain, STSJ País Vasco S 27-1-2015, Rº 39/2015.

# Personal laboral

---

**3. Solo se puede dejar de pagar en supuestos concretos → premio por jubilación ordinaria de 5.000 euros pactado en CC: Ayuntamiento**

*“... la empresa demandada no ha procedido en ningún momento a modificar unilateralmente el Convenio Colectivo, ni se ha acogido a la previsión contenida en el art. 32 EBEP referida a supuestos excepcionales en los que concurran causas graves de interés público derivadas de una alteración sustancial de las circunstancias económicas...”.*

**\*\* Sólo cabe modificación o suspensión por la NC:** premio de jubilación que se suspende por acuerdo de la mesa de negociación por la mala situación económica que sufre el Ayuntamiento (STSJ 18-12-14, Rº 899/14).

**4. Hasta que se acceda a la jubilación se trata simplemente de una expectativa de derecho y no de un derecho adquirido: STSJ Andalucía S 12-1-2017, Rº 1641/2016.**

# Personal laboral

---

**5. Se discute la forma de cálculo del premio, pero se admite como perfectamente posible → STSJ Andalucía/Málaga 31-5-2017 (Rº 330/2017).**

**6. Es válido dejar de pagar el premio por jubilación del personal laboral para cumplir con el principio de estabilidad presupuestaria (Ley orgánica 2/2012):** “... Por gastos de acción social deben entenderse todas aquellas contribuciones del empresario destinadas a atender situaciones de necesidad (las genéricamente referidas en los artículos 41 y 50 Constitución Española) y entre ellas las llamadas mejoras voluntarias al sistema de la Seguridad Social... entre las que se encuentran los contratos colectivos de seguros y los planes y fondos de pensiones... son encuadrables sin duda entre los gastos de personal a cuya contención atienden las citadas leyes de Presupuestos...”. Y superioridad jerárquica de la Ley sobre el CC → STSJ Andalucía/Sevilla 9-2-17 (Rº 3516/16).

# Personal laboral

---

7. **Sucesión de empresa:** trabajador de empresa concesionaria de limpieza viaria → el servicio es asumido de forma directa por el Ayuntamiento → se adopta un acuerdo entre la concejal-delegada de régimen interior y los RT de la empresa concesionaria por la que se modifica el CC y se suprime el premio de jubilación anticipada → “... el art. 44 ET establece una excepción a la asunción de obligaciones de la empresa sucesora en caso de sucesión de empresas, y es que exista un pacto en contrario establecido mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores. En este caso existe un pacto en contrario que deja sin efecto el artículo 24 antes referidos en lo que al premio de jubilación se refiere, que es eficaz dado que no consta su impugnación y nada se denunció en la demanda sobre defectos formales...”. Y añade: “... el trabajador ya hubiera incorporado a su patrimonio el premio de jubilación en el momento de producirse la modificación del convenio y la supresión de este concepto, cabe decir que el derecho se adquiere en la fecha en la que se solicita la jubilación...” → STSJ Castilla y León/Valladolid 30-1-17 (Rº 2067/2016).

**\*\* Personal laboral fijo del ayuntamiento –personal de limpieza- se externaliza servicio y pasa a la concesionaria, previéndose expresamente que se mantendrán “las condiciones laborales” del Ayuntamiento → solicita el premio de jubilación del CC del Ayuntamiento → No → STSJ Canarias 5-5-2014 (Rº 109/13).**

# Personal laboral

---

STSJ Canarias 30-6-14 (Jur 271737): la trabajadora prestaba servicios en el Ayuntamiento hasta que fue subrogada a una empresa concesionaria –guardería-. En el pliego de condiciones de la concesión se hace constar expresamente que se mantienen ad personam las condiciones laborales → ¿tiene derecho al premio de jubilación previsto en el CC del Ayuntamiento? Sí, a cargo de la empresa concesionaria (se ha producido una sucesión del art. 44 ET y se pactó expresamente el mantenimiento de las condiciones).

# Personal laboral

---

8. **Plazo de prescripción de la reclamación: 5 años** → STSJ Andalucía 30-1-14 (Rº 2636/12): “... se le aplica la normativa propia de las prestaciones de Seguridad Social y así la prescripción de las acciones atinentes a esta materia es de 5 años tanto si son mejoras periódicas o a tanto alzado... Este plazo se computa a partir de la firmeza de la resolución administrativa reconociendo la prestación básica” → salvo que se prevea algo distinto en el convenio colectivo.

Y, 9. **Si es un jubilado parcial al que pagamos el premio de jubilación, ¿la referencia es la retribución total previa o la nueva?** STSJ Andalucía 30-1-14 (Rº 1496/14): si no se dice nada expresamente en el CC, ha de estarse a las retribuciones percibidas al tiempo de pasar a la jubilación parcial.

# Y la acción social??....

---

**Base legal** → art. 37. i) TREBEP → “criterios generales de la acción social...”.

**Concepto** → aquellas ayudas económicas o complementos que otorga una Administración pública –de forma unilateral o a través de la negociación colectiva- que, sin estar vinculadas a prestaciones del sistema de Seguridad Social, pretenden otorgar un beneficio a los empleados públicos; persiguiéndose con su pago objetivos tan diversos como, entre otros, la compensación de ciertos gastos, el aportar unos ingresos extra ante determinadas necesidades, urgentes o no, que no pueden cubrirse con la correspondiente retribución, cubrir situaciones de necesidad no previstas por el sistema de Seguridad Social o proteger a los empleados frente a posibles responsabilidades o ante un incremento de gastos.

**Ejemplos:** ayudas para prótesis dentales, gafas o lentillas, ayudas por nupcialidad, natalidad o adopción, ayudas por familiares con discapacidad, ayudas para guardia y custodia de personas mayores, ayudas por estudios, anticipos, préstamos, premios por antigüedad o permanencia, etc.

**1. Ayuda por familiares con discapacidad** → jurisdicción CA → posición no uniforme: 5 SSTSJ de Cantabria (CA) y 1 Comunidad Valenciana → se defiende la posibilidad de negociar colectivamente este tipo de ayudas → STSJ de Cantabria (CA) de 29 de julio de 2002: estas ayudas no remuneran el trabajo prestado sino que constituyen ayudas incluidas dentro de la política social del Ayuntamiento con sus empleados. Se excluye el carácter retributivo y se califica como una ayuda social. También se apunta que las condiciones exigidas para la concesión de esta ayuda (básicamente hijo a cargo, grado de discapacidad, la cuantía de la ayuda...) excluyen el carácter retributivo y confirman que se trata de ayudas sociales. También STSJ Cantabria de 21 de julio de 2009. La STSJ de Cantabria (CA) de 11 de octubre de 2001 se limita a concluir que estas ayudas no remuneran el trabajo prestado por los funcionarios sino que constituyen ayudas incluidas dentro de la política social del Ayuntamiento con sus empleados.

STSJ de Cantabria (CA) de 27 de febrero de 2002 → las condiciones exigidas para la concesión de este tipo de ayudas (básicamente un grado de discapacidad, vínculo familiar, dependencia económica...) excluyen su carácter retributivo y confirman que se trata de ayudas sociales, no constituyendo tampoco las mismas prestaciones ni del régimen de derechos pasivos ni del régimen general de la Seguridad Social. Y STSJ de la Comunidad Valenciana (CA) de 5 de noviembre de 2011 concluye que se trata de una ayuda destinada a atender determinadas necesidades y no es una mera contraprestación económica del desempeño profesional que se devengue necesariamente y con regularidad periódica, y por ello carece de justificación atribuirle

Posición contraria → STSJ de Asturias (CA) de 27 de abril de 2004 y STS (CA) de 15 de enero de 2008: una ayuda por hijos discapacitados introduce un concepto retributivo nuevo al margen de lo establecido en el artículo 23 de la Ley 30/1984, al que remite el artículo 153 del RD 781/1986 respecto de las remuneraciones a percibir por los funcionarios públicos; añadiéndose a ello que estamos ante una vulneración del artículo 149.1.18 de la Constitución que atribuye al Estado la competencia exclusiva para la determinación de las bases del régimen estatutario de los funcionarios de las Administraciones públicas. También señala el Tribunal Supremo que no se trata de una ayuda social al ser claro su carácter retributivo directo o indirecto, de modo que no cabe tampoco la invocación de la libertad negocial del artículo 32 de LORAP, que en estos aspectos había de moverse dentro de las limitaciones legalmente impuestas.

**2. Anticipo sin interés** → sí, éste no se integra en el concepto de retribuciones, ya que no se remunera el trabajo prestado sino que constituye una ayuda incluida dentro de la política social del Ayuntamiento con sus empleados. Y tampoco tiene relevancia el hecho de que el anticipo no devengue intereses, ya que se integra en el ámbito de política social del Ayuntamiento. A lo que se añade que en la cláusula convencional en cuestión se reconocía simplemente un derecho ejercitable cuando existía y hasta el límite del crédito presupuestario habilitado al efecto.

3. Préstamos vivienda → adquisición o rehabilitación de la vivienda → SSTSJ de Cantabria (CA) de 11 de octubre de 2001 y 27 de febrero de 2002, cabe considerar como válido, al no constituir una fórmula de remuneración encubierta, dado que no se retribuye el trabajo prestado sino que se trata de una ayuda que forma parte de la política social del Ayuntamiento.

---

4. **Ayudas para cubrir los gastos de dentista, oculares y auditivos** → a favor de su negociación colectiva se manifiesta la STSJ de Cantabria (CA) de 21 de julio de 2009 , al considerar que se trata de una ayuda de naturaleza social, no retributiva (también SSTSJ de Cantabria (CA) de 10 de julio de 2003 y de la Comunidad Valenciana (CA) de 5 de noviembre de 2011).

\* STS (CA) de 28 de julio de 2006: admite la validez de un fondo social destinado, entre otros fines, al pago de arreglos bucales al considerar que se trata de aportaciones que están destinadas a atender determinadas necesidades y no son una mera contraprestación económica del desempeño profesional que se devengue necesariamente y con regularidad periódica. No tiene la consideración de retribución, sino que se trata de una medida asistencial.

En contra → STSJ de Cataluña (CA) de 1 de septiembre de 2005: fondo social dedicado a conceder, entre otras, ayudas para la adquisición de aparatos ortopédicos, prótesis, gafas, etc., → la existencia de dicho fondo vulnera la ley por cuanto, a partir de la integración de los funcionarios de la Administración local en el régimen general de la Seguridad Social, desaparecía la Mutualidad, sin que, a partir de ese momento las Corporaciones Locales pudieran conceder aportaciones, subvenciones o ayudas de cualquier género para fines de previsión de sus funcionarios.

Y STS (CA) de 19 de noviembre de 2008 → caso de un Ayuntamiento que abonaba todos los gastos farmacéuticos o de prótesis de sus empleados. En este caso se afirma que los gastos farmacéuticos y por prótesis son medidas de asistencia social previstas en la LGSS, que “son normas de imperativo e ineludible cumplimiento” y que, en consecuencia, deben cumplirse en sus términos, sin existir la posibilidad de mejora.

---

**5. Subvenciones sanitarias** → STS (CA) de 14 de abril de 2000: nulidad → concedidas por un Ayuntamiento al margen de las prestaciones sanitarias médico-farmacéuticas y de hospitalización de la Seguridad Social → vulneran lo establecido en las disposiciones adicionales 4ª y 5ª de la Ley 11/1960, de 12 de mayo, por cuanto las mismas implican que las Corporaciones Locales no pueden conceder ayudas para fines de previsión de sus funcionarios, y que las mejoras voluntarias que en materia de previsión quieran establecer los funcionarios podrán hacerse siempre que las aportaciones y cuotas sean exclusivamente a su cargo.

**6. Fondo social** → fondo social cuya finalidad es atender a las situaciones y riesgos imprevisibles a los que puede enfrentarse un empleado → STSJ de Cantabria (CA) de 11 de octubre de 2001 se manifiesta en sentido afirmativo.

---

**7. Subvenciones por nupcialidad o pareja de hecho, natalidad o adopción y ayudas para guardia y custodia de mayores** → , la STSJ de la Comunidad Valenciana (CA) de 5 de noviembre de 2011 las considera válidas ya que son aportaciones económicas del Ayuntamiento que están destinadas a atender determinadas necesidades y no son una mera contraprestación económica del desempeño profesional que se devengue necesariamente y con regularidad periódica; y por ello, carece de justificación atribuir a estos desembolsos la consideración de retribuciones y es más adecuado calificarlas de medidas asistenciales.

# **Sobre la indemnització dels contractes temporals en l'administració pública: la revisió del TJUE de la doctrina "de Diego Porras"**

**Ignasi Beltran de Heredia Ruiz**

Professor Agregat i Titular d'Universitat Acreditat

 @ibdehere

Blog: [www.ignasibeltran.com](http://www.ignasibeltran.com)

Barcelona, 31 d'octubre 2018

## D1999/70 & el trío "sísmico"

---

**SSTJUE (3) 14/09/2016 (C-596/14); (C-184/15 y C-197/15); y (C-16/15):**

**"de Diego Porras"**  
**(CL 4<sup>a</sup> - No Disc)**

**SSTJUE 5/6/18, Grupo Norte  
Facility (C574/16) relevo; Montero  
Mateos (C677/16) interino (CL 4<sup>a</sup>)**

**"Martínez Andrés" y "Castrejana  
López" (CL 5<sup>a</sup> - no abuso)**

**"Pérez López"**  
**(CL 5<sup>a</sup> - no abuso)**

# D1999/70 & el trío "sísmico" / "de Diego Porras": Notas & Controversias "internas"

---

Calificación de la relación laboral + indemnización por extinción de la relación (reincorporación liberada ex RDL 20/12)

## ¿CT lícito? Extinción ajustada a derecho?

STSJ MAD 5/10/16 (rec. 264/14): "la actora desempeñaba el puesto de secretaria de dirección de dichos subdirectores, mientras que la trabajadora presuntamente sustituida nunca desempeñó la función de secretaria de dirección, sino que es oficial de actividades técnicas y profesionales que son certificados expedidos por el propio Ministerio"

TS ya había reconocido indemnización ex art. 49.1.c ET a indefinidos no fijos (a interinos por vacante *obiter dicta*) por cober. reglamentaria de plaza (+ amortización simple - art. 51/52.c ET - STS 24/06/14, r217/2013) + TJUE Huétor Vega - reconoce indemnización a INF (porque son trabajadores temporales).

Interinos excluidos de art. 49.1.c ET y posibilidad de alcanzar fijeza (art. 15.3 y 5 ET) porque Legislador (L12/2001 y RDL 10/2010) estima que "no cabe abuso" con ellos (son causales "puros") - no precisan de la Cláusula 5ª del Acuerdo Marco.

# D1999/70 & el trío "sísmico"/ "de Diego Porras": Sobre la cuestión prejudicial

---

«1) ¿Ha de entenderse comprendida la indemnización por finalización del contrato temporal **en las condiciones de trabajo** a las que se refiere la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo [marco]?

2) Si se entiende dicha indemnización incluida en las condiciones de trabajo, ¿los trabajadores con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por **condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado**, han de percibir a la finalización del contrato la misma indemnización que correspondería a un trabajador con contrato de duración indefinida comparable cuando el contrato de éste se extingue por **causas objetivas**?

3) Si el trabajador tiene derecho a percibir la misma indemnización que corresponde a un trabajador indefinido al producirse la extinción por causas objetivas ¿ha de entenderse que el artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores ha traspuesto adecuadamente la Directiva 1999/70 [...] o es discriminatorio y contrario a la misma vulnerando su objetivo y efecto útil?

4) No existiendo razones objetivas para exceptuar a los trabajadores interinos del derecho a percibir una indemnización por la finalización del contrato temporal ¿es discriminatoria la distinción que el Estatuto de los Trabajadores establece entre las condiciones de trabajo de estos trabajadores no solo frente a las condiciones de los trabajadores indefinidos sino también respecto de las de los demás trabajadores temporales?»



## D1999/70 & el trío "sísmico"/ "de Diego Porras": Sentencia: Normativa interna incompatible con Dº UE

---

(no Sala General/sin conclusiones AG): "indemnización = condición de trabajo" + la formulación de la CP (determina respuesta TJUE)

Ap 28: En relación con el **concepto de «condiciones de trabajo»** en el sentido de la cláusula 4 del Acuerdo marco, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que **el criterio decisivo para determinar si una medida está incluida en este concepto es precisamente el del empleo, es decir, la relación laboral entre un trabajador y su empresario** (SSTJUE 12/12/13, Carratù, C-361/12, apartado 35; y 13/03/14, Nierodzik, C-38/13, apartado 25).

- **Trienios** (SSTJUE 13/09/07, Del Cerro Alonso, C-307/05, ap 47; 22/12/10, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09, aps 50 a 58)

- **Plazo de preaviso** (STJUE 13/03/14, Nierodzik, C-38/13, aps 27 y 29); "Recuerda" que las "condiciones de trabajo" ex D2000/78 y 2006/54 incluyen "las de despido".

- **Indemnización** que un empresario está obligado a pagar a un trabajador debido a la inclusión ilícita de una cláusula de terminación en su contrato de trabajo (STJUE 12/12/13, Carratù, C-361/12, ap 38)

**«la igualdad de trato no se aplica entre los trabajadores con un contrato de duración determinada y los trabajadores con contrato de duración indefinida no comparables»** razonando que no lo es tal al abonarse las indemnizaciones «a situaciones sensiblemente diferente» ("la primera indemnización hace referencia a trabajadores cuyo contrato se hubiera celebrado de manera irregular, mientras que la segunda afecta a trabajadores despedidos").

[**NOTA: Ojo** porque STSJ ADN\Sev 20/09/18 (núm. 2569/18): excedencia voluntaria es "condición de trabajo"; y Readmisión ex art. 96.2 EBEP también - STJUE 25/07/18 (C-96/17), Vernaza Ayovi]

## D1999/70 & el trío "sísmico"/ "de Diego Porras": Sentencia: Normativa interna incompatible con D° UE

---

(ap 33): "el tribunal remitente desea saber, en esencia, si la cláusula 4 del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a **una normativa nacional**, como la controvertida en el litigio principal, **que deniega cualquier indemnización** por finalización del contrato de trabajo al trabajador con contrato de interinidad, mientras que **la mencionada indemnización se concede, en particular, a los trabajadores fijos comparables**".



(Ap 36): "a diferencia de los trabajadores con contrato de trabajo por tiempo indefinido, los trabajadores con contrato de interinidad **no tienen derecho a indemnización alguna al finalizar su contrato**, con independencia de la duración de los servicios prestados"

### A nivel interno con anterioridad:

**El importe de la indemnización está refiriendo a las “condiciones de empleo” y no a las “condiciones de trabajo”** (sobre las que sí debe exigirse la igualdad)- STS 22/07/13 (rec. 1380/12):

«...esta cláusula [la 4ª del Acuerdo marco] se refiere a las condiciones de trabajo, entendiendo por tales las vigentes durante la relación laboral. No se extiende a las condiciones relativas a la extinción del contrato de trabajo (condiciones de empleo), que naturalmente han de ser distintas para los contratos de duración determinada de las que rigen para los contratos fijos.

»Por ello, no puede compararse el régimen indemnizatorio aplicable a los despidos económicos con el que se establece para las extinciones por cumplimiento del término o de la condición resolutoria».

# D1999/70 & el trío "sísmico"/ "de Diego Porras": Sentencia:

---

## Comparabilidad situaciones controvertidas + existencia justificación objetiva

Incidencia de la CP en el "juicio de comparabilidad"

(Ap 50): "ni la naturaleza temporal de la relación laboral ni la inexistencia de disposiciones en la normativa nacional relativas a la concesión de una indemnización por finalización de un contrato de trabajo de interinidad pueden constituir, por sí solas, tales **razones objetivas**".

¿Es la voluntad del trabajador al formalizar el contrato una razón objetiva? ¿Es coherente que el derecho de la UE que el TJUE no repare en la diferente extinción entre contrato temporal e indefinido ("ineficacia por cumplimiento del contrato/término" + "indemnización por aplicación cláusula 5ª D.1999/70" vs. "ineficacia sobrevenida inimputable/causal + responsabilidad objetiva")?

### Si

1.- La Directiva 98/59 no se refiere a extinción causal (DºUE no repara en las causas)

2. Acuerdo Marco habla de "condiciones objetivas" (y no de "causas")

### No.

1.- La Directiva 98/59 excluye a los contratos temporales del cómputo porque son "motivos inherentes" (ineficacia contractual pactada/no causal)  
- Casos "Rabal Cañas" & "Pujante Rivera"

2.- Acuerdo Marco (Cl. 3) se refiere a supuestos de contratación temporal causal: " en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas **[causas] tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado**

## Indemnización

El trabajador interino tiene derecho a una indemnización al finalizar el contrato (no señala el importe de aquella...)

# D1999/70 & el trío "sísmico"/ “Martínez Andrés” y “Castrejana López” (CL 5ª - no abuso)

---

Funcionario interino (arquitecto) y personal estatutario temporal eventual (auxiliar administrativo): **relación de servicio extinguida**

**Primero.** En la medida en que (...) **no existe ninguna medida equivalente y eficaz de protección** respecto del personal que presta servicios en las Administraciones públicas en régimen de Derecho administrativo, **la asimilación** de dicho personal con relaciones de servicio de duración determinada **a los trabajadores indefinidos no fijos (...)** **podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva** de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción de lo dispuesto en el Acuerdo marco.

Concluyendo que

“se opone a que una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, sea aplicada por los tribunales del Estado miembro de que se trate de tal modo que, en el supuesto de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, **se concede a las personas que han celebrado un contrato de trabajo con la Administración un derecho al mantenimiento de la relación laboral**, mientras que, con carácter general, no se reconoce este derecho al personal que presta servicios para dicha Administración en régimen de Derecho administrativo”

**Segundo.** A la luz del **principio de efectividad** del Acuerdo Marco, el mismo

“se opone a normas procesales nacionales que obligan al trabajador con contrato de duración determinada a ejercitar **una nueva acción para que se determine la sanción apropiada cuando una autoridad judicial ha declarado la existencia de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada**”,

**(OJO! Comparación entre temporales)**

## D1999/70 & el trío "sísmico"/ "Martínez Andrés" y "Castrejana López" (CL 5ª - no abuso)

---

TJUE no está exigiendo (en todo caso) que la readmisión obligatoria "deba ser la única" medida en los casos de extinción previa

Lo relevante es que se prevea "alguna" medida para combatir el abuso, sin concretar cuál

"la cláusula 5 del Acuerdo marco no se opone, como tal, a que la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada corra suertes diferentes en un Estado miembro según estos contratos o relaciones hayan sido celebrados con un empleador del sector privado o del sector público".

## D1999/70 & el trío "sísmico"/ "Pérez López" (CL 5ª - no abuso)

---

Personal estatutario temporal eventual  
(enfermera): **relación de servicio vigente**

no puede admitirse que nombramientos de duración determinada puedan renovarse para desempeñar de modo permanente y estable funciones de los servicios de salud incluidas en la actividad normal del personal estatutario fijo

no existe ninguna obligación de crear puestos estructurales que pongan fin al nombramiento del personal estatutario temporal eventual

# Reacciones internas

---

## Jurisdicción Social

### **Sector Privado:**

Reconocimiento 20 días

**No** Reconocimiento 20 días

### **Sector Público:**

Reconocimiento 20 días

**No** Reconocimiento 20 días

**Pérez López a personal laboral Sector Público**

## Jurisdicción C-A

**Sí/No "de Diego Porras"**

**Si/No "Martínez Andrés/Castreja López"**

**Si/No "Pérez López"**

## Reacciones internas / Jurisdicción Social

### Sector Privado: Reconocimiento 20 días

---

"STS 23/10/13 (r804/13) + eficacia directa horizontal arts. 20 y 21.1 CDFUE (+ 14 CE)"

#### Interino por sustitución:

SSTSJ PV 15/11/16 (r1990/16); y Can\Las Palmas 23/01/17 (r1248/16); Mad 15/03/17 (r621/14); Cat 31/07/17 (r2190/17),

#### Interinidad para sustituir a trabajadores en período vacacional:

STSJ PV 22/11/16 (1991/16)

#### Obra y servicio:

SSTSJ PV 12 y 19/9/17 (r1509 y 1803/17); 18/10/16 (r1872/16); Gal 30/11/16 (r3277/16); STSJ And \Sevilla 05/07/17 (r2268/16); Ext 21/03/17 (r37/17); Asturias 20/6/17 (r1277/17);

**Eventual:** SSTSJ CyL\Vall 26/12/17 (r1985/17); y PV 22/11/16 (r2146/16); y 20/06/17 (r1221/17)

“la demanda, y ahora en la fase de recurso, al solicitarse una calificación de despido improcedente, se estaba solicitando, aunque sea alternativamente, una indemnización correspondiente a 33 días por año. Por ello, si la Sala otorga lo menos, no está siendo incongruente, ya que, en definitiva, atiende parcialmente a la petición del recurrente”. Además, hace referencia al reconocimiento de oficio operado por, entre otras, STS 23/10/13 (rec. 804/13).

En relación a la aplicación de la Directiva 1999/70 afirma: “las sentencias comunitarias son directamente aplicables vinculando de forma efectiva. Pero, aunque no lo fuesen, su interpretación lo que nos está remitiendo es al derecho comunitario, y éste es de interpretación y aplicación directa por los órganos jurisdiccionales”. No obstante, destaca que **“hubiese sido la aplicación de nuestro ordenamiento el que nos hubiese conducido a la misma conclusión, y la causa de ello proviene de la apreciación y aplicación del art. 14 CE y, traslativamente, del 17 ET en relación al 15 del mismo texto”**.

**Empresa de Trabajo Temporal:** STSJ PV 06/06/17 (r909/17) - OJO! D2008/104.

## Reacciones internas / Jurisdicción Social - Sector Privado: **No** Reconocimiento 20 días

---

### Principio congruencia procesal

#### Obra y servicio:

- **STSJ CAT 20/02/17 (r7013/16)** - sigue la doctrina de la STSJ CAT (Pleno) 30/12/16 (r3593/16).
- **STS 28/02/17 (r1366/15)**. No se aplica de oficio (ni se cita) la doctrina "Diego Porras".
- **SSTSJ Mad 11/05/17 (r36/17); y Ast 27/2/18 (r2974/17)**
- **Caso Diego Porras no extensible a otros casos: STSJ CAT 27/11/17 (r5656/17);**

**Interino: STSJ Cantabria 06/03/17 (r113/17)**

### No efecto directo horizontal D1999/70

**Obra y servicio: STSJ ANDIMálaga 16/11/16 (r1539/16)**. La Directiva 1999/70 no tiene efecto directo horizontal entre particulares.

### No comparable

**Eventual: SJS/2 Terrassa 27/03/17 (núm. 97/17)**: "la declaración interpretativa del TJUE en el marco de nuestro ordenamiento jurídico deviene meramente programática, pues en nuestra legislación no hay situación comparable en que se dé un trato desigual entre indefinidos y temporales por ese motivo"

**Prácticas: STSJ PV 14/03/17 (r458/17)**

### Deportistas profesionales

**SSTSJ PV 16/5 y 5/12/17 (r827/17; r2208/17)**: no trabajador indefinido comparable

# Reacciones internas / Jurisdicción Social

## Sector Público: Reconocimiento 20 días

---

### Interino

- STSJ Mad 08/05/17 (r87/17) (rechaza nueva CP + VP);

- STSJ CyL\Vall 22/03/17 (r215/17) - **ampliación de la demanda solicita procedencia + 20 días**: "en este caso no se cambia sustancialmente la pretensión, sino que en la posterior ampliación la trabajadora pide menos de lo que pedía en la demanda inicial";

- STSJ AST 14/02/17 (rec. 2966/16): art. 72 LRJS "**permite introducir variaciones en la demanda en cuanto a los hechos nuevos o que no hubieran podido conocerse con anterioridad**" (...) "la asimilación resultante de la jurisprudencia del TJUE entre la extinción del contrato por causas objetivas del Art. 52 ET y el cumplimiento de la condición de interinidad conlleva la equiparación de la indemnización, debiendo, en consecuencia, ser indemnizado el trabajador a la expiración de su contrato a razón de 20 días de salario por año de servicio".

- SJS/4 Vall 27/03/17 (núm. 74/17). **Reclamación de cantidad (sin discutir la causa de extinción)** de una interina por sustitución de una trabajadora con reserva de puesto de trabajo de la Consejería de Educación y Cultura de la Junta de CyL, cuyo **cese se produce el 3/12/15 y reclama el 22/11/16**.

- STSJ GAL 17/02/17 (rec. 4819/16). Aplica doctrina "Diego Porras" (dado el efecto vertical de la Directiva), "manifestándose como única dificultad la congruencia, que resulta fácilmente soslayable, desde el momento en que **quien pide lo más, pide lo menos**. De ahí la **jurisprudencia que considera adecuado asignar 8 días al trabajador demandante por un despido que se declara inexistente** (SSTS 14/10/13, rcud 68/13; 24/06/14, rcud 217/13; y 06/10/15, rcud 2592/14)". Seguida por STSJ GAL 08/05/17 (rec. 981/2017), cese ajustado a derecho de trabajadora interina: "Aunque ciertamente la cuestión que se plantea en el recurso de la Xunta no está exenta de cierta controversia, **singularmente tras lo manifestado públicamente por el presidente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), Koen Lenaerts, en el sentido que en la sentencia sobre las indemnizaciones por despido a los interinos - la conocida como caso De Diego Porras,- 'no hubo entendimiento sobre el problema entre el juzgado que realizó la consulta y los miembros de la Corte de Justicia Europea, y no comprendieron completamente el problema'**".

- SJS/8 Bilbao 15/03/17 (núm. 98/17). Aplica doctrina SSTSJ PV 18/10/16 (rec. 1690/16); y MAD 5/10/16 (rec. 264/14); y SJS/1 Vitoria 07/03/17 (núm. 51/17).

- STSJ Mad 05/10/16 (r264/14) – resolución caso "de Diego Porras".

- STSJ Ast 02/11/16 (r1904/16): "aunque ciertamente el legislador nacional distingue entre la extinción del contrato por cumplimiento del término y por resolución causal", en este supuesto, la similitud con el caso "de Diego Porras" lleva a aplicar "también las mismas condiciones de trabajo que a ésta".

- SJS/2 Salamanca 29/12/16 (n317/16). **Trabajador interino cesado el 17-5-16, presentando demanda de reclamación de cantidad el 2-11-16**. No impugna el cese sino que reclama la indemnización establecida legalmente en el art. 53.1 ET: "teniendo en cuenta que no se cuestiona la finalización del contrato y que estamos ante un supuesto de extinción del contrato por concurrir causa válida no es necesario, al igual que no se exige ni para reclamar la indemnización por despido objetivo procedente a los trabajadores fijos ni en la indemnización por fin de otros contratos temporales **se entiende adecuado el procedimiento de reclamación de cantidad instado por la parte actora, proceso que no está sujeto al plazo de caducidad de 20 días desde el cese** y por ello procede rechazar la excepción invocada".

**No reconoce indemnización por falta de preaviso** porque la "equiparación se ha efectuado exclusivamente a efectos de la indemnización por fin de contrato no para el resto de requisitos formales que exige el art. 53 ET para los despidos por causas objetivas".

SSTSJ CyL\Vall 27/09/17 (r1075/17); y 17/04/17 (r403/17); CyL\Burgos 30/06/17 (r417/17) y 20/09/17 (r514/17); Mad 20/07/17 (r715/17); 29/05/17 (r318/17); 03/07/17 (r462/17); 17/07/17 (r520/17); 11/09/17 (r564/17); Gal 30/06/17 (r773/17) y 8/05/17 (r981/17); Ast 29/06/17 (r1617/17); (3) 29/06/17 (r1288/17; 1298/17; y 1290/17); y (2) 11 y 27/07/17 (r1291/17; r1292/17; y r1293/17); And\Málaga 15/03/17 (r214/17);

# Reacciones internas / Jurisdicción Social

## Sector Público: Reconocimiento 20 días

---

### Obra y Servicio

- STSJ PV 18/10/16 (n1690/16) – de oficio; 10 y (3) 24/10/17 (r1752/17); (r1881/17; r1871/17; r1938/17); y 7 y 28/11/17 (r1926/17; r2180/17).

### Indefinido no fijo

- STSJ AST 21/03/17 (r493/17). Aplica STS 06/10/15 (rec. 2592/14), que cita el caso Huétor Vega del TJUE, y adaptándola a la doctrina “de Diego Porras”, se reconoce de oficio la indemnización de 20 días. **El TSJ no estima que esté incurriendo en incongruencia (porque así se desprende de la doctrina de la STS 18/04/16, r1921/2014:** “se trata de un procedimiento de despido en el que lo que se discute es únicamente, como se ha dicho, su calificación, siendo la indemnización una mera consecuencia o añadido al pronunciamiento que se insta del órgano judicial. Siguiendo esta doctrina, la indemnización que corresponde por la calificación del cese reglamentario de la trabajadora puede ser fijada por este Tribunal, a partir de la petición indemnizatoria superior que se plantea en la demanda”).

– SSTSJ GAL 17/01/17 (r3864/16); y 30/01/17 (r4245/16) – extinción por cob. reglament plaza (en octubre de 2015) – de oficio (sigue STSJ GAL 26/10/16, r2059/16).

– SSTSJ AST 08/11/16 (r2142/16) – extinción cob. reglament. plaza – de oficio; y 21/03/17 (r493/17).

– STSJ GAL 26/10/16 (r2059/16) – extinción cob. reglament. plaza – de oficio (cita STS 31/03/15, rec. 2156/14).

- STSJ PV 28/03/17 (r473/17); STSJ Gal 10 y 17/05/17 (r717/17; y r5320/16).

### Profesores Univ.

STSJ CyL\Vall 18/09/17 (r521/17): ayudante doctor  
STSJ Cataluña 13/11/17 (r5724/17): interina  
STSJ CyL\Vall 1/3/18 (r99/18): ayudante

### Contrato de relevo

SSTSJ CyL\Vall 26/06/17 (r590/17); 23 y 26/10/17 (1477/17; r1402/17); 6 y 27/11/17 (1763/17; 1771/17); y 4/12/17 (r1405/17); And\Málaga 12/7/17 (r993/17); PV 13/06/17 (r1108/17); 13/9/17 (r1623/17); 24/10/17 (r1865/17); 7, 14 y 21/11/17 (r1964/17; r2059/17; r2103/17); 5, 12 y (2) 19/12/17 (r2274/17; r2325/17; r2283/17; r2327/17).

### Eventual

- SSTSJ And\Málaga (3) 16/11/16 (r1515/16; 1411/16; y 1564/16); y 11/01/17 (r1827/16) Ayuntamiento de Marbella – de oficio; y 16/11/16 (r1532/16) Ciudad Autónoma de Melilla - de oficio; STSJ CyL\Vall 4/12/17 (r1447/17)

## Reacciones internas / Jurisdicción Social

### Sector Público: Reconocimiento 20 días (sin seguir "de Diego Porras")

---

#### Indefinido no fijo (INF)

**STS 28/03/17 (r1664/15):** extinción por cobertura reglamentaria de plaza de INF y reconocimiento de indemnización de 20 días, sin aplicar la doctrina de Diego Porras (INF "**no son temporales**").

**SSTS 19/07/17 (r4041/15); 9 y 12/05/17 (r1806/15 y r1717/15).**

+ SSTSJ Mad 24/04/17 (r109/17); 14, 16 y 19/06/17 (r452/17; r350/17; r420/17); y 7, 10, 19 y (2) 20/07/17 (r401/17; r525/17; r344/17; r486/17; r563/17); 15 y 22/09/17 (r519/17, r553/17); 9, 20 y (2) 23/10/17 (r694/16; y r661/17; r770/17; r758/17); 3, 6 y (2) 17/11/17 (r819/17; r236/17; r836/17; r831/17); y 7, 22 y 28/12/17 (r876/17; r926/17; r355/17); PV 20/06/17 (r1221/17); y 24/10/17 (r1853/17); Cant 5/12/17 (r817/17); y Ast 27/12/17 (r2549/17).

**Ojo STJUE 25/07/18 (C-96/17), Vernaza Ayovi - Y antes Huétor Vega ATJUE 11/12/14: INF SON TEMPORALES!**

#### Interinos

SSTSJ CLM 12/07/17 (r623/17); y CyL\Burgos 31/05/17 (r327/2017)

SSTSJ Cant 29/11/17 (r772/17); 12/12/17 (r893/17); y Mad 16/10/17 (r541/17)



**STS 2/4/18 (r27/17) - INF VUELVEN A SER TEMPORALES (4ª "Etapa") [CONDICIÓN (STS 23/7/13) / TEMPORALES (STS 24/6/14) / INDEFINIDOS (STS 28/3/17) / TEMPORALES (STS 2/4/18) / ¿5ª "Etapa" CONDICIÓN?]**

**SSTS 11/4/18 (r2581/16); y 20/9/2018 (r2494/16): PUEDEN SER FIJOS DISCONTINUOS**

# Reacciones internas / Jurisdicción Social

## Sector Público: **No** Reconocimiento 20 días

---

### Obra y Servicio

– STS 23/11/16 (r690/15): No se cuestiona si la doctrina Diego Porras es aplicable al caso o no. Se abona al trabajador la indemnización por extinción del contrato temporal.

- STS 08/06/17 (r1365/15)

- STSJ NAV 6/10/17 (r325/17)

### Indefinido no fijo

- STSJ Cat 23/02/17 (r6599/16): extinción de trabajadora indefinida no fija de un Ayuntamiento por cobertura reglamentaria de la plaza producida en diciembre de 2015. No se aplica "Diego Porras" en virtud del **principio de congruencia procesal** – sigue la doctrina de la STSJ Cat (Pleno) 30/12/16 (r3593/16).

– STSJ CyL\Vall 26/01/17 (r1777/16): "ni en la demanda ni en el escrito de interposición del recurso el actor, ahora recurrente, solicitó más indemnización que la resultante de la aplicación del artículo 56.1.a) del Estatuto de los Trabajadores. De este modo, la decisión en esta resolución acerca de la indemnización basada en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016, **implicaría la introducción de oficio de una cuestión nueva**. De ser estimada la indemnización por la Sala se produciría una vulneración del principio general, aplicable en el recurso extraordinario de suplicación, de prohibición de introducción, como objeto del mismo, de cuestiones nuevas, fácticas o jurídicas, procesales o de fondo, o de peticiones no planteadas en la instancia y, por consiguiente, no resueltas en la sentencia, no solo con fundamento en la imposibilidad de alterar en vía de recurso el objeto del proceso, sino también por exigencias derivadas de los principios de preclusión, igualdad de las partes y del derecho de defensa de la otra parte artículo 24 de la Constitución Española) que se vería privada de los medios normales de oposición frente a una alegación extemporánea".

– STS 07/11/16 (r755/15) – extinción de interino calificado como indefinido no fijo (o "interino de hecho") por cobertura reglamentaria de plaza. **Quien interpone el recurso es la empleadora (Administración) y no se cuestiona la cuantía de la indemnización** (+ STSJ And\Sevilla 29/06/17 (r2325/17).

– STSJ CLM 14/12/16 (r1388/16). Extinción de indefinido no fijo (o "interino de hecho") por cobertura reglamentaria de plaza. **Se abona la indemnización del art. 49.1.c ET en base a la doctrina TJUE Huetor Vega** y la STS 7/11/2016 (rec. 755/2016) + SSTSJ Mad 05/12/16 (rec. 820/16); y Ext 11/04/17 (r53/17)

### Contrato de relevo

STSJ CyL\Burgos 13/6/17 (r353/2017): el caso "de Diego Porras" "se está refiriendo a un contrato de interinidad, no de relevo

### Profesores Univ.

STSJ CyL\Valladolid 11/5/17 (r466/2017): Profesor Asociado docente investigador de Universidad no existe trabajador indefinido comparable

# Reacciones internas / Jurisdicción Social

## Sector Público: **No** Reconocimiento 20 días

---

### Interino por vacante

- STSJ MAD 26/10/17: "la decisión del TJUE **no debería desvincularse del concreto contexto del asunto que se sometió a su consideración**" (STSJ MAD 30/10/17 (r424/17); y (2) 6/11/17 (r547/17; r462/17);

- SSTSJ MAD 19/5/17 (r223/17); y 5/6/17 (r344/17): **no procede indemnización si se produce continuidad con un nuevo contrato:**

SSTSJ MAD 12 y 17/06/17 (r374/17; y r551/17); 25/09/17 (r639/17); 5, 23 y 26/10/17 (r426/16; r1008/17; r389/17); (3) 6, (2) 15 y 24/11/17 (r547/17; r769/17; r772/17; r881/17; r874/17; y r829/17);

**En contra**, SSTSJ PV 18/07/17 (r1474/17); y 19/12/17 (r2306/17); MAD (2) 20/10/17 (r679/17; y r665/17); y 1, 7 y 22/12/17 (r827/17; r874/17; r933/17).

- STSJ MAD 7/6/17 (r449/17): **reconocimiento en instancia de 12 días. Se rechaza los 20 días porque recurso lo plantea la Administración** (sentencia firme para trabajador):

SSTSJ MAD (3) 5 y 12/7/17 (r499/17, r555/17, r573/17 y r617/17); (3) 13 y 20/09/17 (r392/17; r407/17; r738/17; y r421/17); (3) 4, 18 y 30/10/17 (r471/17; r486/17; r467/17; r825/17; y r564/17); 15 y 22/11/17 (r583/17; r613/17); 13/12/17 (r690/17); 10/01/18 (r698/17).

- **SJS/20 BCN 07/12/16 (núm. 223/16)**: extinción por cobertura reglamentaria de vacante de profesora universitaria interina por vacante. **Reconoce el importe indemnizatorio ex art. 49.1.c ET (y no los 20 días) porque:**

- la doctrina "de Diego Porras" **parte de una situación imputable al derecho interno que no se da** ("deniega cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización, en particular, a los trabajadores fijos comparables"),

- **la jurisprudencia interna sí reconoce una indemnización en estos casos** (SSTS 21/01/14 ; 07/11/16) siguiendo, precisamente, la propia doctrina del TJUE (Huétor Vega)

- la naturaleza jurídica de la causa extintiva del art. 52 y del art. 49.1.c ET es distinta.

# Reacciones internas / Jurisdicción Social

## Sector Público: **No** Reconocimiento 20 días

---

### Interino por sustitución

- **STSJ MAD 29/6/17 (r411/17)**: “la extinción del contrato de interinidad es procedente, no podemos anudar a esa declaración ningún efecto indemnizatorio por cuanto que el contrato de interinidad no está bajo la cobertura de aquel precepto [art. 49.1.c ET]”

SSTSJ MAD 29 y (2) 30/6/17 (r485/17; r277/17; y r311/17); 10/07/17 (r322/17); 16/11/17 (r608/17).

– **STSJ Cat 30/12/16 (r3593/16)**, trabajadora del Hospital Clínic de Barcelona (acumula 273 contratos desde diciembre 2007 hasta enero 2016). La sentencia centra la atención en el **principio de congruencia procesal para rechazar la aplicación de la doctrina Diego Porras** (por tanto, no entra a valorar la naturaleza pública o privada del empleador):

“la parte demandada no reclamó la aplicación de la Directiva 1999/70 en tiempo y forma, ni solicitó en consecuencia de forma alternativa o subsidiaria que se condenara a la empresa a abonar una indemnización diferente a la del despido que exclusivamente reclamaba, en claro respeto y aplicación del principio de congruencia, impide a esta Sala entrar a conocer si se puede o no aplicar la doctrina Porras, y por ello, a examinar que tipo de indemnización le pudiese corresponder, claro está sin perjuicio de su derecho de instar un nuevo procedimiento esta vez bajo la modalidad de reclamación cantidad para reclamar aquello a lo que pudiese tener derecho de aplicarse la doctrina del asunto Diego Porras contenida en la STJUE de 14.9.2016, o de reclamar al Estado los daños y perjuicios que la incorrecta transposición de la Directiva le ha ocasionado”.

La sentencia cuenta con un voto particular firmado por 10 magistrados

## Reacciones internas / Jurisdicción Social:

# ¿Aplicación doctrina “Pérez López” a Personal Laboral Sector Público?

---

## Profesor Asociado de Universidad

**STS 1/6/17 (r2890/15)**: a la luz de las doctrinas "Pérez López" y "Márquez Samohano" del TJUE, declara que una sucesión de contratos (desde 2003 a 2013) de un profesor de la Universitat de Barcelona (a través de diversas modalidades: asociado, colaborador y lector) debe ser calificada como abusiva porque no estaban ligadas a los objetivos propios de la contratación utilizada y **por atender a necesidades permanentes de la Universidad**

Doctrina seguida por **STSJ CAT 28/7/17 (r3140/17)**. Ver también, **STS 22/6/17 (r3047/15)** – aunque siguiendo el planteamiento de la STJUE 13/3/14, C-190/13, "Márquez Samohano".

**STS 15/2/18 (r1089/16)**: Si profesor asociado mantiene actividad extraacadémica justifica la celebración y renovación de sus contratos (**¿y abuso?**)

+ **ATS 12/09/2018 (r1016/18)**

## Interinos

**STSJ CAT 5/5/17 (r7411/16)**, aplicación de la doctrina "Pérez López" a una trabajadora laboral interina del Hospital Clínic que ha formalizado 268 contratos lícitos (263 de ellos de interinidad), declarándose el carácter indefinido no fijo de la relación porque se estima que se ha producido un abuso de derecho.

**STSJ CLM 28/03/17 (r1371/16)**

## Reacciones internas / Jurisdicción C-A

---

### Si "Diego Porras"

**SJC-A A Coruña/2 30/06/17 (n120/2017); Bilbao/5 24/10/17 (r107/17); y 8/11/17 (177/17): comparan temporales entre sí!**

**SSJC-A Vigo/1 14/12/17 y I2 (2) 8/1/18:** extinción ajustada funcionarios interinos, pero existe abuso (y por tanto, se concede 20 días)

**SJC-A BCN/9 17/10/17 (n202/17):** compara con indefinidos laborales

### No "Diego Porras"

**STSJ C-A Mad 26/06/17 (r516/16):** personal eventual "no tendría derecho a indemnización por la finalización del contrato, pues **ni para el personal funcionario interino ni para el estatutario temporal está prevista, como tampoco tienen ese derecho los funcionarios carrera ni los estatutarios fijos**, a diferencia de lo que ocurre con los empleados laborales" (SSTSJ C-A MAD 27/10/17 (r390/17); 22/09/17 (r137/17).

– **STSJ C-A Mad 20/06/17 (r511/16):** Cese de funcionaria interina. La doctrina "de Diego Porras" no es aplicable al caso porque **"el término de comparación a que se hace referencia en esa sentencia serían los funcionarios de carrera"**

– **SJC-A BCN/4 25/05/17 (n100/2017).** Cese de funcionaria interina. No reconoce la indemnización conforme a la doctrina "de Diego Porras" porque **"la citada sentencia hace referencia a una situación distinta a la que ahora nos ocupa, a saber la de una contratación dentro del ámbito laboral y, por ello, del derecho del trabajo"**.

– **SJC-A BCN/13 8/06/17 (n136/2017),** cese de personal estatutario interino. Se rechaza porque **la diferencia de trato se pretende entre trabajadores laborales y estatutarios** (y no entre trabajadores indefinidos y temporales) y ello queda fuera de la Directiva ex doctrina "Pérez López".

– **SJC-A Santiago Com/2 5/05/17 (n152/2017)** cese de funcionario interino por incorporación de una titular de carrera al puesto que desempeñaba. No procede la aplicación de la doctrina Diego Porras y el consiguiente reconocimiento de una indemnización de 20 días. [Argumentación seguida por **SJC-A A Coruña/3 9/05/17, n91/2017**]

- **SSJC-A Pamplona/2 26/1/18 (n19/18); Ourense/1 29/09/17 (r94/17); Ferrol/1 30/10/17 (n38/17); Lugo/2 7/11/17 (n260/17)**

## Reacciones internas / Jurisdicción C-A

---

### Si “Martínez Andrés/ Castrejana López”

**STSJ\A Gal 7/06/17 (r71/17):** reintegro de arquitecto municipal funcionario interino. En términos similares, **SSTSJ\A Gal (2) 14/06/17 (r72/17 y 92/17).**

**SSTSJ\A PV (2) 12/12/16, Asunto Castrejana López (r735/13); y Asunto Martínez Andrés (r635/13)**

**STSJ\A CyL\Val 22/12/17 (r485/17); SJC-A Pontevedra/1 20/11/17 (n22/17): existencia de abuso + indemnización 20 días**

**SSTSJ\A Gal 20/04/16 (r528/15); y 21/03/17 (r395/16):** las actoras ostentan la condición de personal indefinido del Sergas, asimilado al personal interino, a efectos de cobertura del puesto de trabajo

**STSJ\A Galicia 1/02/17 (r320/16):** reponer a la trabajadora “en el puesto que venía desempeñando y mantenerla en él mientras no se proceda a su cobertura en propiedad o se amortice”.

**SJC-A A Coruña/2 30/12/16 (r139/16):** declara nulo el cese (con la consiguiente readmisión) de una funcionaria interina de la Dirección Xeral de Relaciones con la Administración de Xustiza (**revocada por STJC-A Galicia 31/10/17 (r19217)**)

### No “Martínez Andrés/ Castrejana López”

**STSJ\A Galicia 19/07/17 (r162/17):** “no existe ni utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada ni concatenación irregular de las contrataciones, ni, consiguientemente, fraude en los nombramientos”. Tampoco “existe base alguna para considerar que los nombramientos fueron para cubrir necesidades permanentes de los respectivos órganos de la Administración de Justicia, sino transitorias y coyunturales de cada uno de ellos”

**STSJ\A Galicia 1/02/17 (r337/16):** no se aprecian los abusos en la contratación que trata de afrontar dicha sentencia comunitaria [en términos similares, **STSJ C-A Galicia 25/4/18 (r48/18)**].

**STSJ\A MAD 27/10/17 (r390/17):** entiende que la Ley 55/03 prevé instrumentos adecuados para evitar el abuso del personal eventual estatutario

**SANIC-A 6/4/17 (r7/2017)** sucesivos nombramientos de los médicos forenses interinos no es suficiente para determinar que su contratación ha sido irregular por abusiva en el marco de la D1999/70.

## Reacciones internas / Jurisdicción C-A (síntesis)

---

### Para los supuestos de cese en la relación:

- Entender que **son indefinidos no fijos**: SSTSJ\C-A PV (2) 12/12/16 (r625/13 y r735/13).
- Entender que debía reconocerse la **indemnización de 20 días en virtud de la doctrina “de Diego Porras”** (SJC-A Pontevedra/1 20/11/17, n22/17)
- Entender que debía **reconocerse la indemnización de 20 días** en virtud de la doctrina de la STS\Social 28/03/17 (r1664/15) para los indefinidos no fijos [STSJ\C-A CyL\Vall 22/12/17, r485/17); y STSJ\C-A Gal 30/05/18 (r97/18)].
- Entender que **procedía el reintegro** [SSTSJ\C-A Gal 7/06/17 (r71/17); (2) 14/06/17 (r72/17 y r92/17); y 1/02/17 (r320/16)].
- Entender que **se reconocía la condición de personal indefinido, asimilado al personal interino** [STSJ\C-A Gal 21/03/17 (r395/16)].
- **Entender que no se había producido abuso** [SSTSJ C-A Galicia 6, (2) 18 y (2) 27/06/18 (r100/18; r158/18; r178/18; r153/18; r71/18); 25/04/18 (rec. 48/18); (3) 31/10/17 (r192/17; r170/17; y rec. 155/2017); 19/07/17 (rec. 162/17); 1/02/17 (r337/2016); And\Sev 9 y 24/01 y 26/03/18 (r827/17; r843/17; r117/18); y SJC-A Ferrol/1 30/10/17 (n138/17)].
- Entender que **no se había producido abuso y que para el personal estatutario el art. 9.3 es una medida suficiente** [SSTSJ\C-A Mad 27/10/17 (r390/17); 17/10/17 (r1186/16); y 7/10/16, r82/16)].

## Reacciones internas / Jurisdicción C-A (síntesis)

---

### Para los supuestos de continuidad en la relación:

- **STSJ\C-A Gal 11/07/18 (r84/18); SJC-A n.º 2 Vigo 19/09/16 (r281/16):**  
“indefinidos no fijos”

- **STSJ\C-A And\Sev 30/09/16 (r250/15):** Constatado el carácter abusivo del nombramiento, simplemente se declara el reintegro (sin especificar la naturaleza del mismo) y la previsión de un abono económico por el tiempo que se ha permanecido inactivo.

- **Con anterioridad a septiembre de 2016,**

**STSJ\C-A CLM 31/03/14 (r371/12)** habla de “indefinido temporal”, asimilándose en cuanto a la forma de extinción a los contratos de interinidad;

**STSJ\C-A Galicia 20/04/16 (r528/15)** también se refiere a “relaciones jurídicas de personal indefinidas temporales”.

## Reacciones internas / Jurisdicción C-A

---

### **SSTS\C-A 26/9/18, Martínez Andrés/Castrejana López**

“La resolución que así lo acuerda carece de la motivación exigible por expresar una causa que a la luz de las actuaciones no puede tenerse por verdadera o cierta en sentido jurídico”.

- No conversión a INF
- Subsistencia y continuación de tal relación de empleo, con los derechos profesionales y económicos inherentes a ella desde la fecha de efectos de la resolución anulada, hasta que esa Administración cumpla en debida forma lo que ordena el marco normativo (art. 10.1 EBEP; y art. 9.3, último párrafo, Ley 55/2003).

## Reacciones internas / Jurisdicción C-A

---

### **SSTS\C-A 26/9/18, casos Martínez Andrés/Castrejana López)**

Derecho a indemnización. Pero el reconocimiento del derecho:

- a) depende de las circunstancias singulares del caso;
- b) debe ser hecho, si procede, en el mismo proceso en que se declara la existencia de la situación de abuso; y
- c) requiere que la parte demandante deduzca tal pretensión; invoque en el momento procesal oportuno qué daños y perjuicios, y por qué concepto o conceptos en concreto, le fueron causados; y acredite por cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho, la realidad de tales daños y/o perjuicios, de suerte que sólo podrá quedar para ejecución de sentencia la fijación o determinación del quantum de la indemnización debida.

Además, el concepto o conceptos dañosos y/o perjudiciales que se invoquen deben estar ligados al menoscabo o daño, de cualquier orden, previo producido por la situación de abuso, pues ésta es su causa, y no a hipotéticas “equivalencias”, al momento del cese e inexistentes en aquel tipo de relación de empleo, con otras relaciones laborales o de empleo público.

Ex “principio de efectividad del Acuerdo Marco” (caso Martínez/Castreja, ap. 64):

“el régimen procesal del recurso contencioso-administrativo no obliga a que el perjudicado por la situación de abuso haya de acudir a un proceso distinto de aquél en que tal situación se declara para pretender, también, el reconocimiento de un derecho indemnizatorio. Basta la lectura del art. 31.2 de la LJCA para comprender que es así”.

## Reacciones internas / Jurisdicción C-A

---

### Si “Pérez López”

STSJ C-A And\Sevilla 30/09/16  
(r250/15)

**SJC-A Vigo 23/01/18 (r282/17):** Extinción por cobertura reglamentaria de plaza de funcionaria interina, pero indemnización de 20 días por concatenación fraudulenta de vinculaciones temporales. Aplica "sanción" ex "Pérez López"

### No “Pérez López”

STSJ C-A Mad 7/11/16 (r82/16), refiriéndose a esta doctrina comunitaria como “recomendaciones orientativas ofrecidas por el Tribunal de la Unión Europea”,

**¿Contratación administrativa irregular y Vis Atractiva jurisdicción social? STSJ/Soc Nav 15/2/18 (r47/18) - ex STS 20/10/11 (r4340/10); SJS/3 Pamplona 28/3/18 (n103/18)**

## Corrección del TJUE "de Diego Porras": Conclusiones AG (Grupo Norte Facility, C-574/16 [relevo] & Montero Mateos, C-677/16 [interinidad])

---

Indemnización es "condición de empleo" + pero juicio de comparación no permite equiparar indemnizaciones

– En el contrato de duración determinada

**“la pérdida de su puesto de trabajo (...) es esperable desde el principio y no supone en modo alguno una sorpresa.** El propio trabajador **ha participado en el acuerdo contractual** que, más tarde o más temprano, hace irremediablemente que su relación laboral finalice, aun cuando él quizá albergue la esperanza, en vista de la larga duración de su empleo temporal, de que su relación laboral se consolide como la de un trabajador empleado con carácter indefinido”.

– En cambio,

**“la extinción (anticipada) de una relación laboral —de duración determinada o de duración indefinida— como consecuencia de una decisión del empresario por una causa objetiva (por ejemplo, por dificultades económicas del empresario que hacen ineludible una reducción de plantilla) no es, por regla general, un acontecimiento que el trabajador pueda prever concretamente”.**

Además, en este caso, **la indemnización está pensada para compensar las expectativas frustradas sobre la continuidad de la relación laboral** (lo que no acontece en el contrato temporal, en los que la confianza en la continuidad “es mucho menos digna de protección”).

**Corrección del TJUE "de Diego Porras": SSTJUE 5/6/18, Grupo Norte Facility (C574/16) relevo; Montero Mateos (C677/16) interino (CL 4<sup>a</sup>)**

---

AATSJ GAL 05/04/17 (r4812/16); y  
02/11/16 (r2279/16): contrato relevo

AJS/33 MAD 21/12/16: contrato de  
interinidad por vacante

Concepción expansiva "condición de trabajo" (incluye indemnización por extinción del contrato)

Trabajadores temporales e indefinidos comparables

Razón objetiva que justifica trato diferenciado (término es distinto a extinción sobrevenida por causas objetivas y art. 52 ET se aplica a temporales e indefinidos)

## **Corrección del TJUE "de Diego Porras": SSTJUE 5/6/18, Grupo Norte Facility (C574/16) relevo; Montero Mateos (C677/16) interino (CL 4<sup>a</sup>)**

---

### **Ojo Ap. 64 Montero Mateos (Nueva saga!):**

Tribunal Remitente debe evaluar si "imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificarlo como contrato fijo"

### **¿Qué es inusualmente larga? [STSJ CyL\Vall 11/06/18 (r833/18)]:**

+ de 2 años (art.15.5 ET)

+ de 3 años (art. 15.1 ET y 70.1 EBEP)

### **¿Qué es finalización imprevisible?**

¿Obra y servicio determinado (vinculado a una contrata), cobertura por vacante AAPP? ¿Condición?

### **¿Regla distinta a art. 15.5 y DA 15 ET?**

## Reacciones internas "Montero Mateos"

### Sector Público: Reconocimiento de los 20 días

---

#### Interinos por vacante

– **STSJ CyL\Vall 11/06/18 (r833/18)**: sentencia que aplicando la doctrina Montero Mateos, acaba reconociendo la indemnización del art. 53 ET a la extinción del contrato de una interina por vacante de la Biblioteca Pública de Zamora al producirse la cobertura reglamentaria de la plaza.

[Se califica el contrato como fijo, pero no se reconoce la improcedencia]

En términos similares, **SSTSJ CyL\Vall (2) 12/07/18 (r1066/17; r982/18)**; **Cant 26/06/18 (r291/18)**; y **CAT 9/07/18 (r1862/18)**

# Reacciones internas "Montero Mateos"

## Sector Público: Reconocimiento de los 20 días

---

### Indefinidos no fijos

- **STSJ Madrid 22/06/18 (r878/17)**: extinción de interino por vacante por cobertura reglamentaria de la plaza calificado como INF tras 12 años. Se le reconoce indemnización de 20 días a pesar de que ha sido contratado de nuevo sin solución de continuidad.
- **STSJ CLM 26/06/18 (r410/18)**: reconocimiento de oficio de 20 días a interina por vacante cuya relación se ha extinguido por cobertura reglamentaria de la plaza y es declarada indefinida no fija al superarse el plazo del art. 70 EBEP en virtud de la STS 28/03/18. No obstante, la sentencia sugiere que, en la medida que los INF vuelven a ser temporales, es posible que deba volver a reconocérseles la indemnización del art. 49.1.c ET.
- **SJS/33 Madrid 28/06/18 (n260/18)**: sentencia que da resuelve el caso Montero Mateos reconociendo la indemnización de 20 días en virtud de la doctrina de la STS 28/03/17, al entender que la trabajadora interina por vacante es INF.
- **STSJ MAD (2) 26/06/18 (r56/18; r607/18)**: extinción de contrato de interina por vacante. Se aplica la doctrina de la STS 28/03/18 (y, por ende, reconoce una indemnización de 20 días) por entender que la sanción derivada del uso abusivo de la contratación temporal se manifiesta en la calificación de la relación como INF.

En términos similares, **SSTSJ Madrid 8, 19, 21 y 29/06/18 (r843/18; r922/17; r879/17; r152/18); 20/07/18 (r224/18); Galicia 27/06/18 (r896/17); AND\Gra 21/06/18 (r363/18).**

# Reacciones internas "Montero Mateos"

## Sector Público: Reconocimiento de 8 días

---

### Interinos por vacante (declarados INF ex art. 70.1 EBEP + Montero Mateos)

#### STSJ AND\Sev 25/10/18 (r3737/17):

Extinción por cobertura de vacante (interno desde 2008 a 2016).

Se entiende que es un contrato sometido a condición/temporal.

Reconoce indemnización de oficio en base a:

- Ppio de efectividad (caso Martínez/Castrejana);
- SSTS 6/10/15 (r2592/14); 31/03/15 (r2156/14); y 4/02/16 (r2638/15); [y Post Diego Porrás] STS 7/11/16 (r766/2016); y [calificando INF como indefinidos] STS 28/03/17 (r1664/15)

Indemnización de 8 días (ex DT 8ª ET); no puede mantenerse indemnización de 20 días ex STS 28/3/17 (porque INF ya no son temporales - ex STS 2/4/18 (r27/17))

# Reacciones internas "Montero Mateos"

## Sector Público: **NO** Reconocimiento de los 20 días

---

### Interinos (y a la espera de "de Diego Porras 2")

- **STSJ Madrid 16/07/18 (r370/18)**: interina por sustitución cuyo contrato se extingue por cobertura reglamentaria de la plaza. No se reconoce indemnización porque la duración ha sido inferior a 3 años y al no superarse el plazo legal no puede afirmarse que ha sido "inusualmente larga".

– **STSJ GAL 29/06/18 (r4627/17)**: En aplicación de la doctrina "Montero Mateos", se desestima el reconocimiento de la indemnización de 20 días reconocida a una limpiadora interina de la Xunta en la instancia en virtud de la doctrina "de Diego Porras".

En términos similares, **SSTSJ GAL (2) 26 y (2) 29/06/18 (r4242/17; r5182/17; r891/18; y rec. 4627/2017); AST 29/06/18 (r998/18); CAT 11/06/18 (r3436/18)**.

– **STSJ PV 26/06/18 (r1182/18)**: En aplicación de la doctrina "Montero Mateos", se desestima el reconocimiento de la indemnización de 20 días reconocida a una trabajadora interina del CONSORCIO HAURRESKOLAK en la instancia en virtud de la doctrina "de Diego Porras".

En términos similares, **SSTSJ PV 11, (2) 12, (2) 19/06/18 (r1118/18; r1118/18; r992/18; r1160/18; y r1111/18)**.

# Reacciones internas "Montero Mateos"

## Sector Público: **NO** Reconocimiento de los 20 días

---

### Interinos por vacante (y a la espera de "de Diego Porras 2")

- **STSJ Mad 21/06/18 (r888/17)**: no procede indemnización a interna por vacante cuyo contrato tras 7 años se ha extinguido por cobertura reglamentaria de la plaza porque, sin solución de continuidad, ha sido contratada de nuevo.

– **STSJ MAD 19/07/18 (r185/18)**: no procede indemnización ex STS 28/03/18 a extinción por cobertura por vacante de interina que ha permanecido en esta situación durante 13 años, pues, no existe irregularidad alguna en la temporalidad. No procede aplicar “de Diego Porras” a la luz de “Montero Mateos”, siendo irrelevante la discusión sobre si, sin solución de continuidad, es ella quien obtuvo, en el proceso de consolidación de empleo, la misma plaza que venía ocupando interinamente.

– **STSJ MAD 19/07/18 (r1432/17)**: en extinción de contrato de interino por cobertura de vacante no procede indemnización. En términos similares, STSJ AND\Sev 28/06/18 (r2050/17).

– **SSTSJ Madrid (3) 19/07/18 (r1499/17; r79/18; y r1345/17)**: se niega la extensión de la indemnización prevista a los indefinidos no fijos porque no existe irregularidad alguna en la contratación temporal. En términos similares, STSJ MAD 2/07/18 (r235/18).

– **STSJ PV 19/06/18 (r1152/18)**.

## Reacciones internas "Montero Mateos"

**Sector Público: NO** Reconocimiento de los 20 días

---

### Funcionarios interinos

– SAN C-A 20/09/18 (r19/18): se desestima reclamación de cantidad, derivada del cese de la relación de interinidad, correspondiente a los servicios prestados en el Juzgado Central de Instrucción nº 5, desde el 20-12-1995, hasta el 28-2-2014, porque en virtud de la doctrina “de Diego Porras” no hay trabajador comparable (a los funcionarios de carrera no les corresponde indemnización) y, además, esta doctrina comunitaria ha sido objeto de matización a raíz del caso “Montero Mateos”.

## Reacciones internas "Montero Mateos"

Sector Privado: **NO** Reconocimiento de los 20 días

---

### ETT

- **STSJ PV 26/06/18 (r1240/18)**: finalización de contrato de obra y servicio. Ante el reconocimiento de la indemnización de 20 días en la instancia, admite el recurso de la empresa por entender que debe reconsiderar su doctrina a la luz del caso Montero Mateos.

## Reacciones internas "Montero Mateos"

**Sector Privado: ¿Contrato indefinido?**

---

**SSTS 17/06/08 (r4426/06); y 23/09/08 (r2126/07)**

“mientras el mismo contratista es titular de la contrata, sea por prórroga o por nueva adjudicación, no puede entenderse que haya llegado a su término la relación laboral”

**Ojo contratas anteriores a RD Ley 10/2010 (no aplicación límite art. 15.1.a ET)**

## Reacciones internas "Montero Mateos"

**Sector Privado:** ¿Contrato indefinido?

---

**SSTS (4) 19/07/18 (r823/17; r824/17; r972/17; y r1037/17) [Ponentes: A. V. Sempere; L. Arastey; J. M. López García; y M. L. Segoviano]**

En este caso, aplicación art. 15.1 a) ET con anterioridad a la redacción dada por el RD Ley 10/2010 (ex DT 1ª DR Ley 10/2010)

No limitación duración contrata (en el caso, 14 años!)

**Nueva matización doctrinal:** "autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa' pedida por el legislador para legitimar el recurso a esta modalidad contractual **deja de concurrir cuando la contrata se nova y es sucedida por otra diversa**" (aunque trabajador desarrolle mismas funciones).

# Reacciones internas "Montero Mateos"

## Sector Privado: ¿Contrato indefinido?

---

**SSTS (4) 19/07/18 (r823/17; r824/17; r972/17; y r1037/17) [Ponentes: A. V. Sempere; L. Arastey; J. M. López García; y M. L. Segoviano]**

– D 1999/70: ¿"inter privados"; relaciones preexistentes (1999)?

– ap. 64, el TJUE evaluar si un contrato temporal debe ser recalificado como fijo dada la "imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga".

¿"Montero Mateos"?

– Rec. 824/17 y 972/17 [Ponentes: L. Arastey; y J. M. López García] se habla, sin citar al caso "Montero Mateos", de "expectativa de finalización del mismo se torna excepcionalmente remota dado el mantenimiento inusual y particularmente largo".

– Rec. 823/17 y 1037/17 [Ponentes: A.V. Sempere y M. L. Segoviano] se habla (sin citar tampoco este caso en este estadio) de: "prologada duración de la colaboración empresarial, la expectativa de finalización del mismo se torna excepcionalmente remota".

## Reacciones internas "Montero Mateos"

### Sector Privado: ¿Contrato indefinido?

---

SSTS (4) 19/07/18 (r823/17; r824/17; r972/17; y r1037/17) [Ponentes: A. V. Sempere; L. Arastey; J. M. López García; y M. L. Segoviano]

¿"Montero Mateos"?

Rec. 823/17 [Ponente: Magistrado A.V. Sempere], *obiter dicta*, se afirma:

“el caso resuelto es diverso al que surge cuando aparece una obra o servicio con duración excepcionalmente larga, sin prórrogas o novaciones del inicial acuerdo de colaboración entre empresas. En tal supuesto, seguramente, el abuso de temporalidad solo puede marcarlo el legislador puesto que los agentes económicos que conciertan la colaboración entre sí omiten pactos adaptativos posteriores”.

# (10) CP pendientes...

---

**ATS 25/10/17 (r3970/2016), "Diego Porras 2"**

¿Debe abonarse indemnización del art. 49.1.c ET a interinos ex Cláusula 5ª?

**ATS\C-A 4/05/18 (r326/17):**

cuestión prejudicial que se plantea a propósito del personal eventual adscrito a las secretarías del Presidente, Vicepresidente y Vocales del Consejo General del Poder Judicial:

# (10) CP pendientes...

---

**AATSJ Galicia (2) 27/12/17 (r3245/17; y r3105/17); y 29/12/17 (r2970/2017): fin obra y servicio vinculado a contrata + despido objetivo indefinidos**

**ATSJ Galicia 12/04/18 (r3105/17): cuestión prejudicial que se plantea a propósito de un “Contrato de predoctorado”,**

**ATSJ Galicia 5/04/17 (r4812/16): contrato de relevo**

# **(10) CP pendientes...**

---

**AAJC-A MAD/8 y 14 de 30/1/18 (p193/17); y 16/2/18 (p205/17): 9 CP + sugiere 45 días para fin de nombramientos sucesivos abusivos**

**AJC-A MAD/8 de 8/06/18 (p125/17): 7 CP**

# Puntos de conflicto/casación

---

**STSJ MAD 05/10/16 (r264/14)** – resolución caso “de Diego Porras” + **ATS 25/10/17 (r3970/16)** ["Diego Porras 2"].

**ATS\C-A 5/3/18 (r5801/17)**: admisión a trámite RC para determinar si cese de un funcionario interino tiene o no derecho a indemnización

# Puntos de conflicto/casación

---

**STS 28/03/17 vs STS 2/4/18:** ¿qué indemnización a INF en cobertura reglamentaria de plaza?

**Sobre derecho a indemnización en fin contrato e inicio de nueva relación**

por un lado SSTSJ Madrid 5,12 y 17/06/17, r344/17; r374/17; y r551/17);

por otro, STSJ PV 18/07/17 (r1474/17).

# Puntos de conflicto/casación

---

**Sobre los límites del principio de congruencia procesal (¿Primacía derecho UE vs. Principios Procesales?)**

por un lado, STSJ CAT 30/12/16 (r3593/16);

por otro lado – entre otras -, STSJ PV 15/11/16 (r1990/16).

# Valoración final

---

## La Justicia europea reconoce que se equivocó en la sentencia sobre la indemnización de los interinos

XAVIER GIL PECHARROMÁN | 17/02/2017 - 14:27 | 0 Comentarios

[Tweet](#) [Compartir](#) 733 [G+](#) 8 [Share](#) 853

- *El presidente del Tribunal reconoce que no entendieron bien el problema*
- *La próxima vez se abrirá un amplio debate y se emitirá nueva doctrina*

Más noticias sobre: [UNIÓN EUROPEA](#) [GALICIA](#) [INDEMNIZACIONES](#) [EMPLEO](#) [CANARIAS](#) [▼](#)



Foto:Koen Lenaert, presidente del TJUE. EFE

# Valoración final

---

**CONFILEGAL**

Lunes 03 de Abril de 2017

---

TRIBUNALES | ABOGADOS | MUNDO JUDICIAL | DIVULGACIÓN | FIRMAS

---

> Marketing > Abogados > Un trabajador de la Sanidad Pública encadena 578 contratos temporales en 17 años

---



## **Un trabajador de la Sanidad Pública encadena 578 contratos temporales en 17 años**

# Valoración final

---

<b>tasa</b>	<b>2006: 34,1%</b>
<b>temporalidad</b>	<b>2013: 23,4%</b>
	<b>2014: 24%</b>
	<b>2017: 26,71%</b>

Una corrección "técnica" necesaria / una oportunidad de política legislativa perdida

Problema estructural que exige corrección normativa inaplazable (no es razonable emplazar a los Tribunales su corrección)

Sector privado: valoración incentivos de los operadores económicos (en especial costes de gestión de la extinción) / valorar comportamiento estratégico.

Sector Público: urge adopción de medidas legislativas contra el abuso en la temporalidad

 Federació de Municipis de Catalunya  
Seminari Sobre Relacions Col·lectives

# Sobre la indemnització dels contractes temporals en l'administració pública: la revisió del TJUE de la doctrina De Diego Porras

**Ignasi Beltran de Heredia Ruiz**  
Professor Agregat i Titular d'Universitat Acreditat

 @ibdehere  
Blog: [www.ignasibeltran.com](http://www.ignasibeltran.com)

Barcelona, 31 d'octubre 2018

# Moltes gràcies!

## LAS RETRIBUCIONES Y LA JORNADA DE TRABAJO DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS DESPUÉS DE LA LEY DE PRESUPUESTOS DE 2018

Jesús FUENTETAJA  
Catedrático de Derecho Administrativo (UNED)

Seminario de Relaciones colectivas  
Barcelona, 31 octubre 2018

SUMARIO: I.- LEYES DE PRESUPUESTOS Y FUNCIÓN PÚBLICA.- 1.- Exprimiendo el título competencial "bases y coordinación de la actividad económica".- 2.- Leyes de Presupuestos y gestión y regulación de la Función Pública.- 2.1. Límites materiales a las leyes de presupuestos.- 2.2. Contenidos de vigencia permanente en las Leyes de presupuestos.- 3.- El II Acuerdo Gobierno-Sindicatos para la mejora del empleo público y las condiciones de trabajo (marzo 2018).- II.- LAS RETRIBUCIONES EN LA LEY DE PRESUPUESTOS DE 2018.- 1.- Breve referencia al marco jurídico del régimen retributivo en la Función Pública.- 2. Los límites a los incrementos de las retribuciones del personal y de los costes de personal.- 2.1. Incremento fijo.- 2.2. Incremento en función del PIB.- 2.3. Incremento orientado a fines .- 3.- Excepciones a la limitación de incrementos.- 3.1. Adecuaciones por puestos.- 3.2. Adecuaciones por programas.- 3.3. Adecuaciones derivadas de la normativa.- 3.4. Incremento de masa salarial v. incremento de retribuciones concretas.- 3.5. Restablecimiento de las retribuciones minoradas en cuantías no previstas en las normas básicas del Estado.- 4.- Las pagas extraordinarias: venturas y desventuras.- 3.1. El largo y tortuoso camino de la paga extraordinaria de diciembre de 2012.- 3.2.- La incidencia de la normativa presupuestaria en la configuración de las pagas extraordinarias.- 5.- Aportaciones a planes de pensiones.- 6.- Prestación económica por incapacidad temporal.- III. LA JORNADA LABORAL EN LA LEY DE PRESUPUESTOS DE 2018.- 1.- La triple dimensión de la jornada laboral en la Función Pública.- 2.- La regulación de la jornada laboral en el EBEP y su devenir durante la crisis.- 2.1. Competencia del Estado para establecer la jornada laboral de los empleados públicos de todas las Administraciones.- 2.2. La cuantificación básica de la jornada laboral.- 2.3. La regulación de la jornada laboral en Leyes de Presupuestos.- 3.- La Jornada Laboral en la Ley de Presupuestos de 2018.- 3.1. Las diferentes jornadas de trabajo previstas en la Ley de Presupuestos de 2018.- 3.2. ¿Puede el Estado fijar como supletoria una jornada laboral general.- 3.3. La jornada del personal laboral.- 3.4. Bolsa de horas de libre disposición con fines de conciliación.

## I.- LEYES DE PRESUPUESTOS Y FUNCIÓN PÚBLICA.

La Ley de Presupuestos de 2018 es el último hito de la incidencia del legislador presupuestario sobre la Función Pública. Desde su específico título competencial y, sobre todo, conforme a su genuina función y contenido, la ley presupuestaria no sólo explícitamente ordena los gastos de personal sino que también implícitamente ha afectado el régimen jurídico sustantivo del estatuto funcional. En el contexto económico de los últimos años, esta doble incidencia ha sido particularmente acusada en relación con los elementos del régimen del empleo público con mayor repercusión en el gasto público, como son las retribuciones, la oferta de empleo público y la jornada laboral.

Prescindiendo en este estudio de la segunda de ellas, nos centraremos en las otras dos, partiendo necesariamente del carácter de la intervención del Estado en la materia tanto en lo que respecta al título competencial que ostenta (bases y coordinación de la actividad económica) como en lo relativo al instrumento formal de actuación (ley de presupuestos), pues uno y otro determinan el contenido y alcance de la regulación que el Estado puede hacer de las retribuciones y de la jornada laboral en el sector público. Ahora bien, esta intervención del Estado vía leyes de presupuesto ha venido condicionada y casi predeterminada por el grave escenario de crisis económica en el que se ha encontrado nuestro país en los últimos años.

En efecto, en los últimos años y en el marco de las actuaciones encaminadas a luchar contra la crisis económica que padece España, el empleo público ha sido objeto de diferentes medidas de carácter económico (suspensión de la paga extraordinaria, reducción de permisos, amortizaciones de plazas, etc.) que, sin embargo, apenas han abordado los problemas estructurales de que adolece la Función Pública de nuestras Administraciones. El impulso innovador que en su momento pretendió el Estatuto Básico del Empleado Público de 2007 en aspectos como el control del desempeño de los funcionarios, la reconceptualización de las carreras administrativas o la profesionalización de las funciones de dirección de Políticas Públicas y de gestión de recursos humanos en las Administraciones Públicas quedó truncado por la crisis económica y por la falta de interés en delimitar los espacios respectivos de la Política y de la Administración.

La crisis económica y su incidencia sobre el empleo público ha producido la distracción del debate profundo sobre los problemas de la Función Pública. En efecto, las actuaciones en materia de Función Pública han tenido más un carácter coyuntural que estructural, bloqueando los desarrollos normativos en las distintas Administraciones Públicas para implantar el EBEP. El epitome de esta superficial aproximación a la Función Pública en la última legislatura lo constituye la innecesaria y postrera aprobación de un nuevo Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público (Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre), pero su manifestación más

perfecta viene dada por la utilización de las Leyes de Presupuesto anuales para encauzar la Política de personal, violentando incluso el texto y el espíritu del régimen sustantivo funcional.

De ahí que sea necesario analizar, en primer lugar, al alcance en la Función Pública de la confluencia del título material competencial a cuyo amparo se dictan las Leyes de Presupuestos, así como de los límites intrínsecos de este instrumento formal.

### **1.- Exprimiendo el título competencial "bases y coordinación de la actividad económica"**

La perspectiva economicista de la Función Pública que ha sido preponderante en los últimos años llevó al Legislador estatal, casi de forma natural, a reconducir su amparo constitucional al título constituido por las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, haciendo un seguro uso pero también un cierto abuso del mismo, lo que ha obligado al Tribunal Constitucional a aclarar recientemente el alcance del mismo en relación con la afectación, primero, al régimen de licencias y, segundo, al de la jornada de trabajo en el sector público.

Recordemos que el art. 149.113 reviste particular importancia en la Función Pública por cuanto por cuanto resulta esencial para dar cobertura competencial a los límites retributivos contenidos en las Leyes de presupuestos generales del Estado para todo el personal al servicio del sector público, expresados a través de topes máximos globales referidos al incremento de su masa retributiva (STC 195/2006, de 22 de junio). Se trata de una facultad necesaria para la fijación de la política económica general por parte del Estado ex art. 149.1.13 CE por cuanto se trata de una medida dirigida a contener la expansión relativa de uno de los componentes esenciales del gasto público. Para ello el Estado puede tanto establecer topes máximos a los incrementos retributivos de los funcionarios autonómicos, como decantarse por la congelación salarial en un ejercicio concreto (STC 222/2006, de 6 de julio), o incluso reducir o suprimir un determinado concepto retributivo (STC 8/2015, de 30 de abril). En cualquier caso, el establecimiento de topes salariales por el Estado en ejercicio de esta competencia no predetermina unilateralmente las cuantías retributivas de cada funcionario dependiente de cada Administración, individualmente considerado, sino que se refiere de forma genérica y abstracta al volumen total de las retribuciones de todo el personal al servicio de las Administraciones públicas, y no de un grupo de ellos individualmente considerado.

Pero donde más ha explorado el Estado los límites de este título competencial en relación con la Función Pública ha sido –como decíamos– en materia de permisos y licencias y de jornada de trabajo. Abordaremos más adelante esta última, aunque fuera

de las primeras medidas que cronológicamente adoptó en diciembre de 2011<sup>1</sup>. El caso es que la estela de amparo competencial en el art. 149.1.13 fue seguida en julio de 2012 para reducir los permisos y licencias de los funcionarios públicos.

En efecto, el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, amparase en esos títulos competenciales la célebre reducción de permisos y vacaciones de los funcionarios públicos, reduciendo los días de libre disposición a tres, eliminando la posibilidad de su aumento en función de la antigüedad y estableciendo una cifra homogénea de días de vacaciones (y no el mínimo de 22 días hábiles, superable por cada Administración)<sup>2</sup>.

La Sentencia 156/2015, de 9 de julio de 2015, tuvo que aclarar la imposibilidad de amparar tales actuaciones al amparo del art. 149.1.13<sup>a</sup>, remitiéndola con más precisión al art. 149.1.18<sup>a</sup>, puesto que los preceptos relativos a las vacaciones, licencias y permisos se configuran como derechos de los funcionarios públicos. Y aunque la reducción de esos permisos y vacaciones "se enmarca en una norma de amplio contenido que, como se menciona en la exposición de motivos del Real Decreto-ley 20/2012, responde a la necesidad de hacer frente a las circunstancias económicas de crisis que padece nuestro país, adoptando medidas que tiendan a la racionalización del gasto de personal de las Administraciones públicas y a un mejor aprovechamiento de los recursos humanos y de personal de que disponen", esa justificación de alcance general "no llega hasta el extremo de que el concreto precepto de referencia que ahora enjuiciamos pueda encontrar amparo en la competencia del Estado sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE)".

Merece la pena reproducir la argumentación del Tribunal Constitucional:

"En efecto, en el caso de la regulación sobre los permisos y vacaciones de los funcionarios públicos no se dan las razones que justifiquen el encuadre competencial de determinadas medidas de contención de gastos de personal vinculadas específicamente a la cuantificación y a la limitación de las retribuciones del personal al servicio de las Administraciones públicas en el título recogido en el art. 149.1.13 CE (motivos recogidos en la temprana STC 63/1986, de 21 de mayo, FJ 11, y reiterados luego en múltiples ocasiones). Así, si bien este Tribunal ha afirmado que "la

<sup>1</sup> Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público,

<sup>2</sup> Medidas revertidas finalmente por el Real Decreto-Ley 10/2015, de 11 de septiembre, que vuelve a cifrar los días de libre disposición en 6 e introduce sendas Disposiciones Adicionales 14<sup>a</sup> y 15<sup>a</sup> en el Estatuto Básico del Empleado Público, sobre permiso por asuntos particulares por antigüedad y sobre días adicionales de vacaciones por antigüedad. En virtud del primero, las Administraciones Públicas podrán establecer hasta dos días adicionales de permiso por asuntos particulares al cumplir el sexto trienio, incrementándose, como máximo, en un día adicional por cada trienio cumplido a partir del octavo, mientras que, por la segunda Disposición Adicional, cada Administración Pública podrá establecer hasta un máximo de cuatro días adicionales de vacaciones en función del tiempo de servicios prestados por los funcionarios públicos.

cuantificación y la limitación de las retribuciones del personal al servicio de las Administraciones públicas no se integran, desde un punto de vista material, en el régimen estatutario de los funcionarios públicos ... en primer lugar, porque dichas retribuciones, no sólo alcanzan a los funcionarios públicos, sino también a todo el personal al servicio del sector público; y, en segundo término, porque su carácter coyuntural y su eficacia limitada en el tiempo impiden integrarlas en la relación de servicio que delimita dicho régimen estatutario", hay que tener en cuenta que ninguna de estas razones concurren en el presente supuesto, donde el régimen de permisos y vacaciones de los funcionarios públicos se ha regulado en el precepto impugnado con una vocación de permanencia y no meramente coyuntural, como era la que examinó la STC 63/1986 anteriormente citada, en la que se analizaba la medida transitoria de establecer un límite porcentual al incremento anual de las retribuciones de los funcionarios públicos de las distintas Administraciones fijado en la Ley de presupuestos generales del Estado para un año determinado. En el caso de autos -concluye la Sentencia-, las medidas que se adoptan en materia de permisos y de vacaciones tienen un carácter estructural y permanente y no tratan de dar solución a una problemática transitoria, por lo que, con claridad, la nueva regulación de referencia responde al título competencial del Estado recogido en el art. 149.1.18 CE".

Sin embargo, la manifestación más perfecta de acción del Estado desde el título competencial de intervención en la económica lo constituye formalmente la ley de presupuestos, cuyo contenido y alcance es necesario advertir para entender y valorar su incidencia sobre las retribuciones y la jornada laboral de los empleados del sector público.

## **2.- Leyes de Presupuestos y gestión y regulación de la Función Pública.**

La incidencia de las Leyes de Presupuestos, del Estado y de las Comunidades Autónomas, no se limitan a la dimensión económica de cuantificar el gasto sino que han pretendido incidir cualitativamente en el régimen jurídico de la Función Pública, suspendiendo los efectos del mismo o, incluso, alterando implícitamente la regulación del empleo público. Para comprender esta última posibilidad es imprescindible analizar brevemente el contenido y efectos de las leyes de presupuestos, pues determinan su singularidad y al mismo tiempo sus límites para poder incidir en el régimen jurídico de la Función Pública.

### **2.2. Límites materiales a las leyes de presupuestos.**

La jurisprudencia constitucional es sólida y constante en relación con los límites materiales a las leyes de presupuestos, tanto en su formulación abstracta y general como en sus aplicaciones concretas y específicas al ámbito de la Función Pública.

Así, para el Tribunal Constitucional considera que, "por sus especiales características de tramitación y contenido, una ley de presupuestos no puede contener

cualquier clase de normas sino sólo aquellas relativas a la ordenación de los ingresos y gastos del Estado o la Comunidad" (STC 99/2018, de 19 de septiembre). A partir de esta premisa, la jurisprudencia constitucional considera que el contenido de el contenido de las leyes de presupuestos puede ser de dos tipos, propio y eventual (SSTC 152/2014, de 25 de septiembre y 9/2013, de 28 de enero).

El **contenido propio** (o 'núcleo esencial') del presupuesto estará integrado por la previsión de ingresos y la habilitación de gastos para un ejercicio económico, así como por las normas que directamente desarrollan y aclaran los estados cifrados, esto es, las partidas presupuestarias propiamente dichas. Este contenido es esencial, porque conforma la identidad misma del presupuesto tal y como se deriva del art. 134 de la Constitución, por lo que la ordenación jurídica del gasto público que aquel realiza implica una doble reserva: de dicho contenido a la ley de presupuestos y de ésta a aquel, cuestión esta última que no obstante puede verse desbordada por la utilización de las leyes de presupuestos para incluir contenido ajeno a la naturaleza y finalidad de éstas.

Es lo que la jurisprudencia constitucional ha denominado **contenido eventual** de las leyes de presupuestos; es decir, disposiciones adicionales (en todos los sentidos) que presentan un carácter contingente por cuanto resulta innecesaria su inclusión en leyes de presupuestos al no constituir una ordenación directa del gasto. Sin embargo, su relativa vinculación con éste ampara formalmente su presencia en las leyes de presupuestos por considerar que "guardan una relación directa con los ingresos o gastos del Estado, responden a los criterios de política económica del Gobierno o, en fin, se dirigen a una mayor inteligencia o mejor ejecución del presupuesto" (STC 248/2007, de 13 de diciembre).

No es baladí la inclusión de contenidos no relacionados directamente con la ordenación jurídica del gasto no sólo por "la restricción de competencias del poder legislativo, propia de las leyes de presupuestos" (STC 123/2016, de 23 de junio) sino también "para salvaguardar la seguridad jurídica que garantiza el art. 9.3 CE, esto es, la certeza del Derecho que exige que una ley de contenido constitucionalmente definido, como es la ley de presupuestos generales, no contenga más disposiciones que las que corresponden a su función constitucional (STC 152/2014, de 25 de septiembre).

De ahí que el Tribunal Constitucional considere que, para que una disposición tenga cabida en una ley de presupuestos en cuanto que contenido eventual de la misma, es necesario que guarde bien una conexión económica -relación directa con los ingresos o gastos del Estado o vehículo director de la política económica del Gobierno- o presupuestaria -para una mayor inteligencia o mejor ejecución del presupuesto- (STC 217/2013, de 19 de diciembre). Sólo esta conexión económica o presupuestaria con la ordenación jurídica de ingresos y gastos ampara que la ley de presupuestos sea utilizada como un instrumento para la adaptación circunstancial de normas que

impliquen una modificación sustantiva de determinadas parcelas del Ordenamiento jurídico (STC 123/2016, de 23 de junio).

Así, en relación con el régimen jurídico de la Función Pública (STC 152/14, de 25 de septiembre), el Tribunal Constitucional ha admitido que se incluyan en una ley de presupuestos, por ejemplo, medidas que tengan como finalidad y consecuencia directa la reducción del gasto público (STC 65/1990, de 5 de abril, relativa a normas de incompatibilidad de percepción de haberes activos y de pensiones), o su aumento (STC 237/1992, de 15 de diciembre, relativa al incremento de retribuciones salariales para el personal al servicio de las Administraciones públicas), reglas de creación de complementos retributivos para determinados cargos públicos (STC 32/2000, de 3 de febrero), o, en fin, disposiciones que establecen la sujeción al derecho privado de la red comercial de una entidad pública empresarial como loterías y apuestas del Estado (STC 217/2013, de 19 de diciembre).

Pero no ha admitido, en cambio, incluir en una ley de presupuestos medidas relativas a los procedimientos de acceso de los funcionarios sanitarios locales interinos a la categoría de funcionarios de carrera (STC 174/1998, de 23 de julio,); modificación del sistema de provisión de puestos de trabajo del personal sanitario (STC 203/1998, de 15 de octubre); la fijación de la edad de pase a la situación de segunda actividad de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía (STC 234/1999, de 16 de diciembre); la regulación de los requisitos de titulación necesaria para acceder al Cuerpo Superior de Auditores del Tribunal de Cuentas (STC 9/2013, de 28 de enero); o, más recientemente, el establecimiento del régimen de exención de guardias del personal estatutario sanitario de atención especializada (STC 99/2018, de 19 de septiembre).

En la medida en que se fuercen estos límites y se relativice la vinculación económica o presupuestaria de los contenidos de las Leyes de Presupuestos, éstas constituirán una manifestación más de Legislador "excéntrico" en el régimen jurídico sustantivo del estatuto funcional. En efecto, el fenómeno de establecer disposiciones puntuales sobre dicho estatuto en sedes legislativas ajenas al mismo corre el riesgo de que aquellas se inserten con dificultad en el Derecho de la Función Pública, cuando no resulten equívocas o equivocadas. Es el caso de la previsión recogida en el hoy art. 71.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, según la cual al alteración del despacho de los asuntos sin seguir el orden riguroso de incoación de los mismos dará lugar a la responsabilidad disciplinaria del funcionario infractor y, en su caso, a la remoción en su puesto de trabajo, sin saberse bien si el Legislador del procedimiento administrativo está tipificando una nueva sanción administrativa o una nueva causa de remoción del puesto de trabajo obtenido por concurso (aunque en este caso, dicha causa de remoción no estaría causada por la inadecuación al puesto o por su desempeño negativo).

O, sin salirnos del tema objeto de este trabajo, la definición sustantiva de los derechos retributivos de los funcionarios interinos que hace la Ley de Presupuestos Generales de 2018, en lo que respecta a la Administración General del Estado<sup>3</sup>, resultaría incompatible con el Derecho europeo, pues al establecer que aquellas estarán integradas por las retribuciones básicas y los trienios, más “las retribuciones complementarias que correspondan al puesto de trabajo que desempeñen, *excluidas las que estén vinculadas a la condición de funcionario de carrera*”, estaría olvidando la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que prohíbe discriminaciones por razón de la temporalidad de la relación, que en última instancia es lo que subyace en ese inciso según el cual habría retribuciones que se derivarían de la “condición de funcionario de carrera”, sin saber bien hoy día cuales serían, máxime cuando el Tribunal de Justicia ya ha reconocido el complemento retributivo vinculado a la categoría subjetiva que estructura la carrera horizontal<sup>4</sup> y se discute en casación ante el Tribunal Supremo si los funcionarios interinos tienen derecho al reconocimiento del grado personal y a la garantía retributiva que implica respecto a un mínimo complemento de destino<sup>5</sup>.

Sea como fuere, el Legislador presupuestario no ha dudado en incidir en el régimen sustantivo del estatuto funcional no sólo obligando a contextualizar aquel (como señaló el Tribunal Constitucional respecto a las previsiones del EBEP relativas a la jornada de trabajo) sino también dotándolo de un contenido concreto, bien cuantificando derechos abstractos recogidos en la normativa funcional (como en el caso de las pagas extraordinarias), bien acometiendo directamente una regulación sustantiva completa (como en el caso de la jornada laboral, según veremos más adelante).

## **2.2. Contenidos de vigencia permanente en las Leyes de presupuestos.**

Merece la pena señalar, siquiera brevemente, otro problema que presenta el contenido de las leyes de presupuesto, en particular respecto a la Función Pública. Nos referimos a la vigencia indefinida o permanente de algunas de sus disposiciones, desbordando así la anualidad en principio propia de toda Ley de Presupuestos.

No es este el momento de analizar esta problemática, sino de destacar la relevancia que este fenómeno adquiere para la Función Pública, bien por la inclusión

---

<sup>3</sup>Los funcionarios interinos incluidos en el ámbito de aplicación del EBEP percibirán las retribuciones básicas, incluidos trienios, correspondientes al grupo o subgrupo en el que esté clasificado el Cuerpo o Escala, en el que hayan sido nombrados como interinos y las retribuciones complementarias que correspondan al puesto de trabajo que desempeñen, excluidas las que estén vinculadas a la condición de funcionario de carrera, o bien las aprobadas por el Ministerio de Hacienda y Función Pública en el caso de los funcionarios interinos que no ocupan puesto, siendo de aplicación a este colectivo lo dispuesto en el párrafo B) del apartado uno de este artículo (art. 22).

<sup>4</sup>Centeno, 22 marzo 2018 (C-315/17).

<sup>5</sup>STSJ de Andalucía, de 11 de noviembre de 2016 (núm. rec. 2145/2015), que reconoce el grado personal a los funcionarios interinos y cuya casación ha sido admitida en ATS de 12 de febrero de 2018 (núm. rec. 1781/2017).

en las Leyes de Presupuestos de regulación que directa o indirectamente incide en el régimen sustantivo del estatuto funcional (v.gr. jornada de trabajo; prohibiciones de ingresos atípicos; etc.), bien por la repetición de disposiciones específicas que lejos de obedecer a una inercia legislativa, articulan opciones de Política de personal (v.gr. regulación y gestión del complemento de productividad; etc.).

### 3.- El II Acuerdo Gobierno-Sindicatos para la mejora del empleo público y las condiciones de trabajo (marzo 2018).

Para dar una visión completa del contexto de la Ley de Presupuestos para 2018, es imprescindible hacer referencia al II Acuerdo Gobierno-Sindicatos para la mejora del empleo público y las condiciones de trabajo, de 9 de marzo de 2018<sup>6</sup>, que recoge previsiones de gran importancia en materia de retribuciones, de oferta de empleo público y de jornada de trabajo.

En materia retributiva, plantea un horizonte temporal a tres años para su progresiva incorporación a las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado. Destaca, en particular, la vinculación de la parte variable de los incrementos retributivos al crecimiento de la economía española y, en el caso del tercer y último ejercicio, también al cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria.

#### ANEXO RESUMEN DE RETRIBUCIONES PERÍODO 2018-2020

Evolución PIB	2018	2019	2020	Acumulad
Fijo(para2018con	1,75	2,25	2,00	6,12
PIB igual a 2,1 % .....	1,75	2,30	2,20	6,38
PIB igual a 2,2 % .....	1,75	2,35	2,40	6,64
PIB igual a 2,3 % .....	1,75	2,40	2,60	6,90
PIB igual a 2,4 % .....	1,75	2,45	2,80	7,16
PIB igual superioral(3,1%/2,5%/2,5%).....	1,75	2,50	3,00	7,42
Fondos adicionales(0,20%/0,25%/0,30%).....	1,95	2,75	3,30	8,21
Total anualescenariodemínimos(fijomásfondosadicionales	1,95	2,50	2,30	6,90
0,55%adicionalporcumplimentodedéficiten2020.....	No	No	3,85	8,79
Total anual escenario de máximos	1,95	2,75	3,85	8,79

En materia de Oferta de Empleo Público, se continúa con la política de reducción de la temporalidad con medidas encaminadas no sólo a la reducción de dicha temporalidad estructural sino también a la estabilización del personal afectado<sup>7</sup>.

<sup>6</sup>Resolución de 22 de marzo de 2018, de la Secretaría de Estado de Función Pública, por la que se publica el II Acuerdo Gobierno-Sindicatos para la mejora del empleo público y las condiciones de trabajo

<sup>7</sup>Destaca, en particular, la previsión de que articulación de los procesos selectivos que se convoquen para la reducción de la temporalidad estructural y de la estabilización del personal garantizarán el cumplimiento de los principios de libre concurrencia, igualdad, mérito, capacidad y publicidad, serán objeto de negociación en cada una de las Administraciones Públicas. Pero lo más trascendente es que señala que, en el marco de la negociación colectiva, se podrá también establecer ñque podrá ser objeto de valoración en la fase de concurso, entre otros méritos, en su caso, el tiempo de servicios prestados a la Administración.

Y en tercer lugar, se abordan cuestiones atinentes a las condiciones de trabajo del empleo público, como la jornada laboral, la lucha contra el absentismo, el régimen retributivo durante las situaciones de incapacidad temporal y medidas adicionales de conciliación laboral y profesional.

Todos estos aspectos se ha visto reflejados en la Ley de Presupuestos Generales de 2018, si bien limitaremos nuestro estudio a las retribuciones y a la jornada laboral del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

## **II.- LAS RETRIBUCIONES EN LA LEY DE PRESUPUESTOS DE 2018.**

### **1.- Breve referencia al marco jurídico del régimen retributivo en la Función Pública<sup>8</sup>.**

El sistema retributivo configurado en la Ley de Funcionarios del Estado de 1964 distinguió unas retribuciones de carácter subjetivo (por la pertenencia al Cuerpo) y otras de carácter objetivo (vinculadas al puesto), si bien las primeras eran regladas (sueldo, trienios y pagas extraordinarias), mientras que las segundas (complementos de destino, de dedicación especial, las gratificaciones y los incentivos) se caracterizaban por la discrecionalidad en su atribución<sup>9</sup>. Esta estructura retributiva fue aprovechada por la Ley 30/1984 para adecuarla al reparto de competencias que se derivaba de la Constitución de 1978, de manera que las retribuciones regladas se consideraron básicas y, por tanto, de determinación uniforme por el Estado, mientras que las vinculadas al puesto se deferían a la potestad de autoorganización de las distintas entidades político-administrativas, ya sea para su configuración legislativa, ya para su concreción administrativa en las correspondientes relaciones de puestos de trabajo.

El Estatuto Básico del Empleado Público de 2007 consolidó los aspectos fundamentales del sistema, con dos matices: la remisión regulatoria de las retribuciones complementarias dentro de unos parámetros a las leyes de las diversas administraciones públicas y la elevación de la cuantía de las pagas extraordinarias, que se incrementan, añadiendo a la retribución básica, los trienios y las retribuciones complementarias, salvo los complementos establecidos por el grado de interés, iniciativa o esfuerzo con que el funcionario desempeña su trabajo y el rendimiento o resultados obtenidos y los servicios extraordinarios prestados fuera de la jornada normal de trabajo. Serían, pues, pagas completas.

El Estatuto Básico reitera la prevención frente a las subidas excesivas de las retribuciones de los empleados públicos, dado el extraordinario peso que las mismas

---

<sup>8</sup>Vid. PARADA, R. y FUENTETAJA, J., *Derecho de la Función Pública*, Civitas, 2017.

<sup>9</sup>NIETO, A.: «La retribución de los funcionarios en España. Historia y actualidad» en *Revista de Occidente*, Madrid, 1967.

tienen en sus presupuestos. A este efecto se establecen dos cautelas, ya vigentes (art. 21 TREBEP). La primera, que las cuantías de las retribuciones básicas y el incremento de las cuantías globales de las retribuciones complementarias de los funcionarios, así como el incremento de la masa salarial del personal laboral, deberán reflejarse para cada ejercicio presupuestario en la correspondiente Ley de Presupuestos de cada Administración. Y la segunda, que no podrán acordarse incrementos retributivos que globalmente supongan un incremento de la masa salarial superior a los límites fijados anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el personal. Por tanto, cada Administración puede no solo acordar incrementos retributivos hasta cumplir dicho límite sino también distribuir internamente el presupuesto por conceptos retributivos.

## **2. Los límites a los incrementos de las retribuciones del personal y de los costes de personal.**

La Ley de Presupuestos de 2018 ha establecido tres tipos de incrementos: uno fijo, otro condicionado al crecimiento del PIB nacional y un último finalizado a determinados objetivos, con un montante fijo y otro condicionado al superávit presupuestario.

### **2.1. Incremento fijo.**

En el caso del incremento fijo, la Ley de Presupuestos Generales del Estado establece que, en el año 2018, las retribuciones del personal al servicio del sector público no podrán experimentar un incremento global superior al 1,5 por ciento respecto a las vigentes a 31 de diciembre de 2017, 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.

### **2.2. Incremento en función del PIB.**

Hace unos años, apenas traspasado el umbral de la crisis económica, se preguntaba el Prof. CASTILLO BLANCO si podían aún ligarse los incrementos retributivos de los empleados públicos al IPC<sup>10</sup>, como había sido tradicional para calcular el porcentaje de subida. Cuestionamientos de ese estilo se inspiraban particularmente para potenciar los incrementos particularizados de las retribuciones

---

<sup>10</sup>CASTILLO BLANCO, F.: «Las perspectiva retributivas de los empleados públicos en 2012: previsiones legales, perspectivas y posibilidades de negociación colectiva», Ponencia presentada en el Seminario sobre relaciones colectivas organizado por la Federación de Municipios de Cataluña, Barcelona, 28 de octubre de 2011 [[http://cemical.diba.cat/es/publicaciones/ficheros/F\\_Castillo\\_perspectiva\\_retributiva\\_2012.pdf](http://cemical.diba.cat/es/publicaciones/ficheros/F_Castillo_perspectiva_retributiva_2012.pdf)]

según el rendimiento y la productividad del funcionario, aunque también podían entenderse como una referencia al crecimiento económico del país, que es lo que ha introducido la Ley de Presupuestos de 2018.

En efecto, además del incremento fijo, la Ley de Presupuestos Generales del Estado permite un incremento salarial adicional, con efectos de 1 de julio, del 0,25 % "*si el incremento del Producto Interior Bruto (PIB) a precios constantes en 2017 alcanzara o superase el 3,1 por ciento*".

La Ley específica que se considera que se ha producido tal crecimiento del PIB si así lo certifica la "estimación avance del PIB de cada año publicada por el Instituto Nacional de Estadística (INE)", en cuyo caso por Acuerdo del Consejo de Ministros se aprobaría la aplicación de este incremento salarial, pudiendo a continuación cada Administración autonómica y local proceder a su vez efectuar dicho incremento en su ámbito respectivo<sup>11</sup>.

Teniendo en cuenta que el Instituto Nacional de Estadística publicó el 30 enero de 2018 la "Estimación avance del PIB trimestral. Base 2010. Cuarto trimestre de 2017", señalando que la tasa anual de PIB se situaba en el 3,1% en el cuarto trimestre de 2017, certificándolo así con fecha 6 de julio –al día siguiente de la entrada en vigor de los Presupuestos Generales del Estado, el Consejo de Ministros decidió, apenas una semana después, hacer uso de esta posibilidad de incremento ligado al PIB. Bien es cierto que el 6 de septiembre de 2018 el Instituto Nacional de Estadística dio a conocer la estimación avance para 2017 de la Contabilidad Nacional Anual, conforme a la cual el PIB español, en realidad, creció en volumen un 3,0% respecto a 2017.

### **2.3. Incremento orientado a fines.**

Junto al incremento fijo del 1,5 % y al condicionado al crecimiento del PIB, la Ley de Presupuestos también prevé un incremento finalizado a determinados objetivos. Se trata de un incremento que deberá ser establecido por cada Administración, limitándose la Ley de Presupuestos Generales del Estado a autorizar el mismo.

Cuantitativamente, este incremento finalizado se cifra en el 0,2 % de la masa salarial, pudiendo llegar al 0,3 % en las Administraciones y resto de entidades del sector público en situación de superávit presupuestario en el ejercicio 2017. Por superávit presupuestaria habrá que atenerse a la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, cuyo artículo 11 regula la

---

<sup>11</sup>oUna vez publicado el avance del PIB por el INE y, previa comunicación a la Comisión de Seguimiento del Acuerdo para la mejora del empleo público y de condiciones de trabajo de 9 de marzo de 2018, mediante Acuerdo del Consejo de Ministros se aprobará, en su caso, la aplicación del incremento. Del citado Acuerdo se dará traslado a las Comunidades Autónomas, a las Ciudades Autónomas y a la Federación Española de Municipios y Provincias.

instrumentación del principio de estabilidad presupuestaria. Ahora bien, la Ley de Presupuestos Generales del Estado no establece exigencias formales o procedimentales para declarar tal situación de superávit, sin remitirse siquiera a los datos emitidos por la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal.

Teleológicamente, la Ley de Presupuestos Generales del Estado señala una serie de fines a los que destinar este en incremento en cuestión. Si bien, no se trata de un elenco cerrado, pues señala que, "entre otras medidas", tales fines podrán consistir en:

- la implantación de planes o proyectos de mejora de la productividad o la eficiencia;
- la revisión de complementos específicos entre puestos con funciones equiparables;
- la homologación de complementos de destino o
- la aportación a planes de pensiones.

### **3.- Excepciones a la limitación de incrementos.**

El apartado Siete del art. 18 de la Ley de Presupuestos ::: recoge una previsión ya clásica en el seno de la regulación de los costes de personal en la legislación presupuestaria básica del Estado, incluyendo una cláusula de excepción a las limitaciones de incrementos retributivos. Conforme a la misma, tales limitaciones deben entenderse *"sin perjuicio de las adecuaciones retributivas que, con carácter singular y excepcional, resulten imprescindibles por el contenido de los puestos de trabajo, por la variación del número de efectivos asignados a cada programa o por el grado de consecución de los objetivos fijados al mismo"*.

El objeto de la excepción es, pues, la realización de adecuaciones en las retribuciones, no la regulación completa o novedosa de las mismas. Tales adecuaciones, por lo demás, se sujetan a una condición formal y a otra material.

- Formalmente, las adecuaciones deben ser singulares y excepcionales, no generales<sup>12</sup> y habituales. Por tanto, la cláusula no ampara una nueva valoración generalizada de los puestos de trabajo, modificando en consecuencia la RPT e incrementando consecuentemente las retribuciones complementarias en aquellos incluidas<sup>13</sup>
- Materialmente, las adecuaciones deben derivarse objetivamente bien de los contenidos de los puestos de trabajo (v.gr. un considerable aumento funcional

---

<sup>12</sup>STSJ de Cataluña, de 19 de mayo de 2005 (núm. rec. 1579/2000),

<sup>13</sup>STSJ de las Islas Baleares, de 25 de marzo de 2015 (núm. rec. 209/2014).

de tareas adscritas al puesto<sup>14</sup>), bien de programas que hayan experimentado una variación del número de efectivos asignados o por el grado de consecución de los objetivos fijados al mismo.

Pero no basta que las adecuaciones sean formalmente singulares y excepcionales y materialmente se refieran a puestos y programas, sino que además es necesario que aquellas sean imprescindibles<sup>15</sup>, lo que parece indicar que sean imperativas para la Administración (v.gr. ejecución de sentencias que reconozcan derechos retributivos a un funcionario) y que no resulten del ejercicio de su potestad discrecional de autoorganización (v.gr. creación o variación jurídica de puestos que determinarían posteriormente para su efectividad adecuaciones retributivas).

Por otra parte, en la medida en que se trata de una excepción la regla general limitativa de incrementos retributivos, se exige una motivación individualizada<sup>16</sup> de la necesidad de la adecuación en referencia al puesto concreto o al programa en cuestión.

### **3.1. Adecuaciones por puestos.**

El carácter singular que se exige a los supuestos de hecho impone que, tratándose de puestos de trabajo, no ampare –como hemos visto– las adecuaciones retributivas que sean consecuencia de una nueva relación de puestos de trabajo y de la revalorización de las retribuciones<sup>17</sup>.

En este sentido, hay que recordar que la jurisprudencia ha dejado claro que no son las relaciones de puestos de trabajo las que tienen que respetar los límites de incremento retributivo fijados en las Leyes de Presupuestos generales del Estado, sino los presupuestos específicos de la Administración. Es decir, que una cosa es que se apruebe o se modifique una relación de puestos de trabajo con unas previsiones retributivas determinadas y otra muy diferente que dichas previsiones retributivas se puedan ver efectivamente reflejadas en los correspondientes presupuestos, entre otras razones y precisamente por la existencia de límites al incremento de esos presupuestos. Lo que no es lícito es crear la causa de la excepción al incremento mediante una nueva relación de puestos de trabajo.

Y es que, siendo distintos instrumentos las Relaciones de Puestos de Trabajo y los Presupuestos, aunque necesariamente vinculados, aquellas no pueden ser conceptualizadas como “disposiciones de mera ejecución de las previsiones contenidas en las Relaciones de Puestos de Trabajo ya que resulta perfectamente

---

<sup>14</sup>STSJ de las Islas Baleares, de 29 de septiembre de 2015 (núm. rec. 247/2014).

<sup>15</sup>STSJ de Castilla y León, de 10 de marzo de 2016 (núm. rec. 540/2015).

<sup>16</sup>STSJ del País Vasco, de 2 de mayo de 2018 (núm. rec. 966/2017).

<sup>17</sup>STS de 17 de septiembre de 2012 (núm. rec. 2838/2011).

posible que dichas Relaciones no queden ejecutadas en su totalidad en el ejercicio presupuestario correspondiente por diferentes motivos y circunstancias, entre los cuales, sin duda alguna, se encuentra la imposibilidad legal de aplicarlas íntegramente en atención a la limitación que pueda fijarse legalmente para cada ejercicio presupuestario<sup>18</sup>.

### **3.2. Adecuaciones por programas.**

Mucho más imprecisa es la referencia a los programas como supuesto material de excepción a las limitaciones de incrementos retributivos, por lo que deja un mayor margen de discrecionalidad a las Administraciones.

En efecto, el concepto "programa" que ampararía aumentos de costes de personal no sólo ha tomado forma como articulación concreta de políticas públicas sino también como actuaciones de Política de personal. Estas últimas son las más difíciles de justificar para impedir que se consideren subterfugios fraudulentos para soslayar la limitación de la ley presupuestaria básica.

Tal fue el caso de los fondos formalmente destinados a nutrir programas de modernización y productividad del personal, que por su montante suponían un 0'6% de incremento retributivo adicional en el presupuesto de las entidades locales vascas que lo aprobaron. El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en numerosas sentencias<sup>19</sup>, considera que, en sí mismo, tal fondo no puede justificarse al amparo de la excepción prevista en la Ley de Presupuestos del Estado en la medida en que se trata de "un fondo que se distribuye por igual entre todos los empleados públicos del ayuntamiento", amén de recordar que el mismo tiene su origen en una recomendación de la Asociación de Municipios Vascos que "reconoce expresamente que el objetivo del fondo es el de paliar en parte la pérdida de poder adquisitivo sufrido por los empleados públicos", concluyendo el Tribunal que "lo que se ha hecho no es sino, de forma encubierta, intentar incrementar las retribuciones de los empleados públicos por encima del límite legalmente previsto".

### **3.3. Adecuaciones derivadas de la normativa.**

La regulación de la cláusula delimita materialmente los supuestos de los que se derivaría la necesidad de adecuar, singular y excepcionalmente, las retribuciones, supuestos que hacen referencia al puesto de trabajo o a un programa desarrollado por la Administración en cuestión. Pese a la restricción interpretativa que exige toda excepción, lo cierto es que la cláusula no recoge todos los supuestos por los

---

<sup>18</sup>SSTS, de 7 de noviembre de 2007 (rec. núm. 533/2003); de 28 de junio de 2011 (rec. núm. 6756/2009); de 30 de junio de 2011 (5133/2009).

<sup>19</sup>Por ejemplo, SSTSJ del País Vasco, de 11 de septiembre de 2017 (núm. rec. 331/2017).

necesariamente debe procederse a una adecuación retributiva incluso por encima de los límites presupuestarios fijados por ley presupuestaria.

Nos referimos a las exigencias derivadas de la aplicación de la propia normativa reguladora del régimen funcional. Así, en materia de carrera, el desarrollo profesional de los funcionarios puede suponer mejoras objetivas y subjetivas de necesaria trascendencia económica. Y aunque se ha pretendido eventualmente desligar la consecuencia retributiva de la carrera objetiva y subjetiva considerando que aquella se vería bloqueada o suspendida por las limitaciones presupuestaria, lo cierto es que ello implicaría un vaciamiento sustantivo del derecho subjetivo del funcionario.

Tal fue el razonamiento que hace la STSJ del País Vasco, de 9 de mayo de 2018<sup>20</sup>, respecto a una convocatoria de desarrollo profesional del Servicio de Salud Vasco que había sido suspendida por las medidas de restricción y contención del gasto, donde la sentencia de instancia había reconocido el derecho del personal participante en dicha convocatoria a que se resolvieran las mismas con el reconocimiento de nivel de desarrollo profesional que correspondiera, según lo establecido legal y reglamentariamente, pero dejando sin efectos económicos tales reconocimientos, extremo este del fallo que precisamente el recurrido.

Para la Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, nos encontraríamos ante una convocatoria de desarrollo profesional, pero no ante una disposición encaminada a incrementar las retribuciones del personal al servicio del Servicio Vasco de Salud.

"Se trata, simplemente, de una convocatoria de desarrollo profesional destinada a asignar a los interesados el nivel de carrera que les corresponda. Lógicamente, esa asignación de un nivel de carrera profesional ha de ir acompañada de la adecuación de las retribuciones a ese reconocimiento. Sin embargo, ello no supone que se haya producido ningún incremento de retribución. En efecto los salarios y complementos del nivel en cuestión se mantienen. Otra cosa es que haya de abonarse a los empleados conforme al nivel profesional que tengan reconocido. De hecho, en ese artículo 19 [de la Ley de Presupuestos] no se menciona que no se puedan llevar a cabo procedimientos de desarrollo profesional o que, en caso de llevarse a cabo, estos no lleven aparejados los correspondientes efectos económicos. Es cierto que su apartado undécimo prevé la suspensión de los pactos, acuerdos o convenios que lleven aparejado un incremento retributivo. Sin embargo, como ya hemos explicado, no nos encontramos ante un supuesto de aumento salarial, sino ante una convocatoria de desarrollo profesional. Por tanto, el caso enjuiciado no tendría cabida en este supuesto. A partir de ahí, no cabe hacer una interpretación extensiva de la norma en perjuicio de los trabajadores. Tampoco cabe recurrir a una norma de una comunidad autónoma diferente que, evidentemente, no es aplicable al caso que ahora nos ocupa. Lo cierto es que el legislador no ha incluido este supuesto entre las prohibiciones contempladas en ese precepto. En consecuencia, no cabe realizar, como hace la sentencia, una disociación

---

<sup>20</sup>Rec. Núm. 43/2018.

entre el desarrollo profesional y sus efectos económicos. Ello por cuanto la norma no ha previsto tal eventualidad.

Por otro lado, el Tribunal Supremo también ha considerado que **las limitaciones presupuestarias no pueden amparar la inactividad reglamentaria que impida desarrollar el derecho a la carrera de los funcionarios públicos**. Así lo declaró la STS de 5 de abril de 2018 en relación con los funcionarios de las Escalas de los Organismos Públicos de Investigación de la Administración General del Estado, creadas por la Ley 14/2011 de 1 junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación. Dicha Ley incluía en sus disposiciones el reconocimiento del derecho a la carrera profesional del personal investigador funcionario, con las consiguientes repercusiones en sus retribuciones complementarias.

Para el Tribunal Supremo, el incumplimiento de la obligación de desarrollo de la carrera profesional de estos funcionarios no puede justificarse en la prohibición de incremento de gasto por retribuciones de personal, pues dicha prohibición va dirigida a evitar actuaciones o iniciativas de incrementos retributivos por parte de las Administraciones, pero frente a ello debe prevalecer el cumplimiento de la obligación legal de desarrollo de la carrera profesional y régimen retributivo que sigue vigente y que ha sido desconocida por la Administración sin que fuese suspendida, modificada o suprimida. Y recordando la doctrina constitucional según la cual "lo que no puede hacer la Ley de presupuestos es, sin modificar previamente la norma legal que regula el régimen sustantivo de una determinada parcela del ordenamiento jurídico, desconocerlo, procediendo a efectuar una aplicación distinta a la prevista en la norma cuya aplicación pretende" (STC 248/2007, de 13 de diciembre), la Sala concluye que "una Ley de Presupuestos no puede, sin una modificación que lo ampare, servir de apoyo a la Administración para desconocer el régimen jurídico establecido en la Ley 14/2011, de 1 de junio, y no cumplir con la expresa obligación de desarrollo normativo que la viene impuesta para la efectividad de los derechos que dicha Ley otorga a los colectivos profesionales a que afecta".

### **3.4. Incremento de masa salarial v. incremento de retribuciones concretas.**

En la lógica de las excepciones antes reseñadas subyace una argumentación que ha sido desarrollada particularmente respecto al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas. En efecto, las retribuciones de este colectivo se determinan conforme de acuerdo con la legislación laboral, el convenio colectivo y el contrato de trabajo, debiendo respetarse la prohibición de incrementos retributivos que globalmente supongan un aumento de la masa salarial superior a los límites fijados anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el personal (art. 27 del TREBEP en relación con el art. 21 del TREBEP).

Sin embargo, la jurisprudencia Social ha considerado que esos topes afectan y vinculan a las partes negociadoras de los convenios, no impidiendo que determinadas partidas salariales o las retribuciones concretas de determinados trabajadores no puedan alcanzar un incremento superior<sup>21</sup>, pues la limitación gira sobre la masa salarial bruta en su conjunto, no sobre las retribuciones individualizadas de cada trabajador<sup>22</sup>.

Particularmente claro al respecto ha sido la Sala de lo Social del Tribunal Supremo<sup>23</sup>, al señalar que "masa salarial" es un concepto presupuestario acuñado precisamente para los convenios colectivos en el sector público con el objetivo de evitar que se produzcan en ese ámbito subidas anuales de la masa salarial bruta que sean superiores al porcentaje fijado en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

Ahora bien, "las limitaciones de las leyes de presupuestos anuales sobre la subida de la masa salarial afectan a lo que está dentro del poder de disposición de las partes sociales, como es lo relativo a la fijación de la cuantía concreta de los salarios, pero no constituyen un argumento que pueda elevarse frente al cumplimiento de las disposiciones establecidas con carácter imperativo por la legislación laboral vigente, porque en ese caso los actos del empresario no tienen naturaleza voluntaria y dispositiva, sino que son actos debidos. Es decir, los actos unilaterales del empleador público y los pactos individuales o colectivos suscritos por el mismo, en cuanto entran dentro de su poder de disposición, quedan limitados por las prescripciones de la Ley de Presupuestos. Pero tales limitaciones no son aplicables cuando se trata de actos debidos, esto es, de aplicación pura y simple de las prescripciones legales. De convertir el tope de subida de la masa salarial establecido en la Ley de Presupuestos Anuales no en un límite a la autonomía individual o colectiva para regular lo que entra dentro de su poder de disposición, sino en un obstáculo al puro y simple cumplimiento de la legislación laboral, sus efectos serían exorbitantes."

A partir de aquí, la conclusión del Tribunal Supremo es clara: "el artículo 21 EBEP, en cuanto establece que no podrán acordarse incrementos retributivos que globalmente supongan un incremento de la masa Salarial superior a los límites fijados anualmente en la LPGE, no impide a los trabajadores reclamar las retribuciones que conforme a los servicios prestados les correspondan, puesto que son cuestiones distintas, de un lado, la negociación colectiva y las limitaciones que a la misma le impongan las Leyes de Presupuestos, y, de otro, los derechos individuales de los trabajadores. Son los convenios colectivos negociados por la Administración los que deben tener presente dos limitaciones específicas en relación con su contenido: los límites a los incrementos salariales y la materia de Seguridad Social complementaria. De superar dichos máximos, incurrirían en ilegalidad, tal como refiere el citado artículo 21 EBEP .".

---

<sup>21</sup> STSJ de Andalucía, de 22 de marzo de 2012 (1555/2010).

<sup>22</sup> STSJ de Castilla-La Mancha, de 15 de septiembre de 2009 (núm. rec. 1104/09).

<sup>23</sup> SSTs de 16 de diciembre de 2010 (núm. rec. 240/09) y de 16 de febrero de 2011 (núm. rec. 100/10).

### **3.5. Restablecimiento de las retribuciones minoradas en cuantías no previstas en las normas básicas del Estado**

En la línea de recuperación de retribuciones reducidas durante la crisis económica, la Ley de Presupuestos Generales del Estado facilita que a aquellas Administraciones que hubiesen “minorado las retribuciones de sus empleados en cuantías no exigidas por las normas básicas del Estado o que no hayan aplicado los incrementos retributivos máximos previstos en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado” en esos años, que restablezcan “las cuantías vigentes antes de la minoración o las que correspondan hasta alcanzar el incremento permitido en las Leyes de Presupuestos” (DA cuadragésima primera).

Y a tal fin, “las cantidades que se devenguen en aplicación de esta medida no tendrán la consideración de incrementos retributivos de los regulados en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado”, lo que incluso parece indicar que la medida se pretende que tenga una vigencia plurianual y no sólo para el año 2018. Quizás ello sea debido a que para recuperar esas cantidades minoradas en su día materialmente debe disponer la Administración en cuestión de los fondos necesarios, pero formalmente además la propia Ley de Presupuestos Generales del Estado impone que “esta medida sólo podrá aprobarse por las Administraciones y entidades que cumplan los objetivos de déficit y deuda, así como la regla de gasto, en los términos que resultan del artículo 17 apartados 3 y 4 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera”.

## **4.- Las pagas extraordinarias: venturas y desventuras.**

La incidencia más ostensible de las normativa presupuestaria ha sido de carácter cuantitativo, incluyendo como tal la propia reducción a cero por suspensión de las correspondientes a 2012. Sin embargo, la normativa presupuestaria de estos últimos años también ha tenido una incidencia cualitativa que ha deformado el sentido de la regulación de las pagas extraordinarias en el régimen del Estatuto Básico. Ambos fenómenos, en suma, han propiciado una reflexión técnico-jurídica de la conceptualización de las pagas extraordinarias en el seno del sistema retributivo de los funcionarios públicos.

### **4.1. El largo y tortuoso camino de la paga extraordinaria de diciembre de 2012.**

Cuando el artículo 2 Real Decreto 20/2012 de 13 de julio de Medidas para Garantizar la Estabilidad Presupuestaria y de Fomento de la Competitividad, dispuso que los funcionarios no percibirían en el mes de diciembre las cantidades incluidas en la paga extraordinaria en concepto de sueldo y trienios, así como tampoco las otras

cuantías correspondientes al resto de los conceptos retributivos que integran aquella (como la paga adicional del complemento específico), estaba abriendo conscientemente una conflictividad social con el personal que reivindicaría inmediatamente su recuperación, pero también estaba creando inconscientemente una conflictividad judicial con los funcionarios que reclamaban la parte de dicha paga que podían considerar devengadas en la fecha de entrada en vigor de la medida.

A) La conflictividad judicial por la parte de la paga extraordinaria que se encontraría devengada a fecha de la entrada en vigor del Real-Decreto 20/2012 ha obligado a los Tribunales a una disección técnico-jurídico que ha permitido profundizar en la naturaleza y características de esta retribución concreta.

Los Tribunales concluyeron pronto la imposibilidad de afectar a la parte proporcional de la paga extraordinaria devengada a la fecha en que entró en vigor la norma. En su razonamiento, los Tribunales distinguieron tres momentos en la vida de esta retribución<sup>24</sup>: primero, el de la perfección o generación del derecho, que tiene lugar en cuanto transcurre tiempo de servicios dentro del período de devengo; el de la liquidación, que se efectúa en las fechas concretas establecidas mediante el cálculo o cómputo de servicios prestados; y, por último, el del pago del derecho, perfeccionado y liquidado, que se produce en la nómina de los meses establecidos. Además, teniendo en cuenta que el eje del "devengo", concepto de origen tributario, radica en marcar el momento en que nace la obligación de pago, se explica que el legislador fije el devengo de las pagas extraordinarias en Junio y Diciembre pues esa nómina será la que incorporará la obligación de pago por la Administración. "Así pues, a efectos expositivos, podría afirmarse que en el caso específico de las pagas extraordinarias se produce un devengo acumulativo, parcial o a cuenta (día a día) y un devengo acumulado, total y final (al vencimiento)".

Esta construcción se basaba en la conceptualización de las pagas extraordinarias en el ámbito laboral<sup>25</sup>, que el Orden de lo contencioso-administrativo asumió para el ámbito funcional<sup>26</sup>, considerando que "en el caso de la paga extraordinaria y otras

<sup>24</sup>Por todas, STSJ de Galicia, de 11 de marzo de 2015.

<sup>25</sup>STS 21 de abril de 2010 (Sala de lo Social): "las pagas extraordinarias constituyen una manifestación del llamado salario diferido, se devengan día a día, aunque su vencimiento tiene lugar en determinados meses del año, y su importe debe equipararse al salario regularmente percibido por el trabajador, no constituyendo meras expectativas, por lo que los trabajadores, demandantes, tienen derecho a su percepción, no pudiendo tener la norma efecto retroactivo".

<sup>26</sup>Como señala el ATS de 2 de abril de 2014 (rec. núm. 63/2013), "puede confirmar esta Sala, y precisamente por el indudable carácter fragmentario y disperso de la normativa sobre función pública en vigor desde fechas lejanas que la existencia de una proximidad de razón entre el ordenamiento de funcionarios y el ordenamiento laboral avala, en una consideración integradora del ordenamiento jurídico general, aplicar los criterios jurisprudenciales madurados en el ámbito laboral conforme a un principio de unidad del ordenamiento. Recuerda el TS en dicho Auto sus Sentencias de 16 y 17 de diciembre de 1991, pues según él "iniciaron una línea jurisprudencial, no alterada hasta hoy, que se inclinó, precisamente, por la aplicación analógica de la doctrina jurisprudencial creada en el ámbito de los tribunales del orden jurisdiccional laboral". Según tales Sentencias, "el vehículo anual de las Leyes de Presupuestos ha servido además, en los últimos ejercicios, para efectuar un proceso paulatino de aproximación del cómputo de las retribuciones de los funcionarios públicos a la determinación global de las retribuciones directas e indirectas que rige en el ámbito laboral."

retribuciones extraordinarias vinculadas a ella -en forma similar al contemplado-se está ante una retribución que constituye una contraprestación de un trabajo ya realizado y que, por tanto, guarda una evidente vinculación a la efectiva prestación laboral, sin perjuicio de que se haga efectiva, con carácter general, con periodicidad semestral"<sup>27</sup>.

B) Por su parte, la recuperación política de la paga extraordinaria de diciembre 2012 ha sufrido unas vicisitudes legislativas y administrativas desiguales según cada Administración.

La Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 se suma a la saga de medidas anteriores, estableciendo que las Administraciones que no hubieran abonado la totalidad de las cantidades efectivamente dejadas de percibir como consecuencia de la supresión de la paga extraordinaria de diciembre de 2012 podrán proceder a dicha devolución, "teniendo en cuenta su situación económico-financiera"<sup>28</sup>, conforme a las condiciones y requisitos establecidos en diferentes normas presupuestarias anteriores<sup>29</sup>

#### **4.2.- La incidencia de la normativa presupuestaria en la configuración de las pagas extraordinarias.**

Una de las reivindicaciones clásicas de los funcionarios públicos ha sido la de que las pagas extras sean cuantitativamente íntegras respecto a las ordinarias mensuales que perciben. En efecto, la evolución de las pagas extraordinarias en el Derecho positivo, desde la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la Reforma de la Función Pública -que señalaba que estarían integradas "*por un importe mínimo de cada una de ellas de una mensualidad de sueldo y trienios*" [art. 2. c)]- ha venido marcada por la reivindicación de su incremento a través de la progresiva incorporación a su cuantía del "complemento de destino" y del "complemento específico" en cuanto que

---

Frente al sistema de la Ley 31/1965, que condicionaba el devengo de la paga extraordinaria al hecho de que su preceptor se encontrase en servicio activo el día 1 de los meses de julio o diciembre (criterio no modificado por el artículo 23.2.c) de la Ley 30/1984 y que pudo todavía inspirar el artículo 17 del Real Decreto 33/1986), la consideración de las pagas extraordinarias de los funcionarios del Estado como remuneraciones proporcionales al tiempo trabajado se manifiesta ya con cierta claridad en lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 33/1987, de 24 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988. Es indudable la aplicabilidad de este último precepto a los supuestos de hecho que aquí se enjuician y del mismo resulta que cuando el tiempo de servicios prestados por un funcionario no comprenda la totalidad de los seis meses anteriores el importe de la paga se deducirá en un cientochoavo por cada día en su importe. Igual criterio sigue el artículo 36.6 de la misma Ley de Presupuestos para 1988 para los casos de los funcionarios que realicen una jornada de trabajo disminuida, con lo que sienta un cómputo de globalidad de las retribuciones que es idéntico al que, en el ámbito laboral, ha llevado a la jurisprudencia a incluir las retribuciones indirectas o proporcionales al tiempo trabajado entre las cantidades a deducir en supuestos de huelga

<sup>27</sup>ATS de 2 de abril de 2014 (rec. núm. 63/2013).

<sup>28</sup>Disposición adicional cuadragésima. Recuperación de la paga extraordinaria y adicional del mes de diciembre de 2012.

<sup>29</sup>En primer lugar, la disposición adicional décima segunda de la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015; en segundo lugar, el artículo 1 del Real Decreto-ley 10/2015, de 11 de septiembre, por el que se conceden créditos extraordinarios y suplementos de crédito en el presupuesto del Estado y se adoptan otras medidas en materia de empleo público y de estímulo a la economía; y, en tercer lugar, en la disposición adicional duodécima de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016

componentes de las mismas, aunque en este último caso, en realidad, no se verificase tanto en cuanto que componente de la paga extraordinaria como en calidad de "paga adicional del complemento específico".

La equiparación de las nóminas extraordinarias respecto a las ordinarias también fue propuesta por el Comité de Expertos del Estatuto Básico del Empleado Público<sup>30</sup> y esa intencionalidad subyace en la regulación del hoy Texto Refundido de 2015, que articularía lo que enfáticamente proclama la Exposición de Motivos del Estatuto Básico del Empleado Público: "Además, el Estatuto satisface una antigua y permanente reivindicación de los funcionarios determinando que la cuantía de las pagas extraordinarias comprende una mensualidad completa de las retribuciones básicas y de las complementarias de carácter fijo, derecho que ya disfrutaban hoy en muchos casos los empleados con contrato laboral".

Según el art. 22.4 del TREBEP, "*Las pagas extraordinarias serán dos al año, cada una por el importe de una mensualidad de retribuciones básicas y de la totalidad de las retribuciones complementarias, salvo aquéllas a las que se refieren los apartados c) y d) del artículo 24*", esto es, las que se establezcan en cada Administración para retribuir, respectivamente, "el grado de interés, iniciativa o esfuerzo con que el funcionario desempeña su trabajo y el rendimiento o resultados obtenidos" y "los servicios extraordinarios prestados fuera de la jornada normal de trabajo". Se trata, por tanto, de una retribución mixta al combinar retribuciones básicas y retribuciones complementarias, lo que afecta competencialmente a su doble origen cuantificador, pues al Estado sólo le competen las primeras.

Si, en términos generales, se considera que aquellos dos últimos elementos excluidos de la paga extraordinaria resultan en gran medida contingentes en la retribución del funcionario público, se puede legitimamente entender que el régimen jurídico que recoge el Estatuto Básico del Empleado Público establece la integridad de las pagas extraordinarias semestrales en relación con la paga ordinaria mensual. Sin embargo, la normativa presupuestaria ha operado una disociación cuantitativa y cualitativa sobre las pagas extraordinarias, al prescindir del régimen jurídico sustantivo de éstas a la hora de cuantificarlas.

En efecto, a partir de la primera medida que se adopta para la contención y corrección del déficit público - Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo en relación ya con la paga de diciembre de 2010- "se produce una desconexión cuantitativa del 'Sueldo' y 'Trienios' como 'Conceptos Retributivos' y como 'componentes' de las 'Pagas

---

<sup>30</sup>Por lo que se refiere a las pagas extraordinarias, deben alcanzar, siquiera sea gradualmente, el importe de una mensualidad íntegra de las retribuciones de cada funcionario, incluidas las retribuciones complementarias de carácter fijo (p. 156).

Extraordinarias"<sup>31</sup>. Por ejemplo, la Ley 6/2018, de 3 de julio, establece, por un lado, una cuantía para el sueldo y el trienio mensual de la nómina ordinaria (por cierto, en aras de la transparencia, cifrada en cómputo anual) y, por otro lado, cifra el componente de sueldo y trienio de las pagas extraordinarias con unas cuantías reducidas respecto a aquellas, en unos porcentajes resultantes respecto a las pagas ordinarias mensuales que oscilan entre el 61% para el Subgrupo A1 y el 99% para el Subgrupo C2, pasando por el 72% del Subgrupo A2 y el 86 % para el Subgrupo C1 y el Grupo B, en un ejemplo claro de lo que MAURI ha denominado significativamente "política de proporcionalidad inversa"<sup>32</sup>.

## 5.- Aportaciones a planes de pensiones.

El artículo del 29 del Estatuto Básico del Empleado Público previó desde su aplicación que las Administraciones Públicas pudieran destinar cantidades -hasta el porcentaje de la masa salarial que se fije en las correspondientes Leyes de Presupuestos Generales del Estado- a financiar aportaciones a planes de pensiones de empleo o contratos de seguro colectivos que incluyeran la cobertura de la contingencia de jubilación, para el personal incluido en sus ámbitos, de acuerdo con lo establecido en la normativa reguladora de los Planes de Pensiones. Tales cantidades destinadas a financiar aportaciones a planes de pensiones o contratos de seguros tendrán a todos los efectos la consideración de retribución diferida.

Ya la Disposición Adicional segunda del Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, incluía la previsión social complementaria del personal al servicio de las administraciones, entidades y empresas públicas. Esta Disposición permitía ya a las Administraciones públicas no sólo promover planes de pensiones de empleo sino también realizar aportaciones a los mismos, así como a contratos de seguro colectivos, incluidos los formalizados por mutualidades de previsión social empresarial, con el fin de instrumentar los compromisos u obligaciones por pensiones vinculados a las contingencias de jubilación, incapacidad laboral total y permanente y muerte, referidos a su personal funcionario o laboral o en relación de servicios regulada por normas administrativas estatutarias. Sin embargo, ya esta norma advertía que esta posibilidad se debía actuar conforme a las correspondientes habilitaciones presupuestarias o a las eventuales autorizaciones normativas y administrativas que se pudieran establecer. Finalmente, señaló que las prestaciones abonadas a través de planes de pensiones o contratos de seguros colectivos, incluidos los formalizados por mutualidades de previsión social empresarial, no tendrían la consideración de pensiones públicas ni se computarían a efectos de limitación del señalamiento inicial o fijación de la cuantía máxima de las pensiones públicas.

<sup>31</sup>PICO, M.: ¿Qué fue de las «Paga Extraordinaria» de los funcionarios públicos con la crisis? en *Revista de Derecho. UNED*, núm 13, 2013, p. 348.

<sup>32</sup>MAURI, J.: «L'ocupació pública després de la crisi» en *Revista catalana de dret públic*, nº 56, 2018, p. 62.

De hecho, cuando el Estatuto Básico del Empleado Público reguló en 2007 esta posibilidad de aportaciones a planes de pensiones y a contratos de seguro colectivo recogía una práctica que se observa ya en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2004, que estableció en su artículo 19.3 que las Administraciones que no dispusieran ya de un plan de pensiones, podrían destinar hasta un 0,5 % de la masa salarial –que no computaría a efectos del límite retributivo global fijado en dicha Ley- a financiar aportaciones a planes de pensiones de empleo o contratos de seguro colectivos que incluyan la cobertura de la contingencia de jubilación, para el personal incluido en sus ámbitos. Posteriormente las Leyes de Presupuestos para los años 2010 y 2011 redujeron el importe al 0,3 %.

Sin embargo, el apartado 3 del art. 2 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, suspendió esta posibilidad de realizar aportaciones a planes de pensiones o contratos de seguros colectivos, medida que estaba amparada en la propia regulación del EBEP y del Texto Refundido de Planes y Fondos de pensiones y que, lejos de constituir una medida aislada que incidiera sobre un único concepto retributivo, se insertaba en el ámbito de una decisión general de política económica, que transcendía a cada uno de los conceptos retributivos que integran la masa salarial de los empleados públicos, incluidas, por tanto, las retribuciones diferidas<sup>33</sup>.

La Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2018 permite ahora que, en el sector público se puedan realizar aportaciones a planes de pensiones de empleo o contratos de seguro colectivos, siempre que no se supere el incremento global resultante de todos los elementos que lo integran (incremento fijo, incremento en función del PIB e incremento finalizado).

## **6.- Prestación económica por incapacidad temporal.**

Por último y para finalizar este primer bloque dedicado a las retribuciones, señalar la posibilidad que recoge la Disposición adicional quincuagésima cuarta, relativa a la prestación económica en la situación de incapacidad temporal del personal al servicio de las Administraciones Públicas y organismos y entidades públicas dependientes de las mismas.

La aproximación que hace la Disposición Adicional en cuestión a la siempre compleja gestión de la incapacidad temporal es doble. Por un lado, contempla un posible aumento retributivo para derogar la estrategia que se había instaurado al inicio de la crisis de penalizar económicamente la incapacidad temporal para evitar los

---

<sup>33</sup>STC 215/2015, de 22 de octubre.

fraudes que propicia<sup>34</sup>; pero precisamente para evitar éstos, exige a las Administraciones medidas para justificar las ausencias<sup>35</sup> y la aprobación de un plan de control del absentismo<sup>36</sup>.

Limitándonos a reseñar la medida retributiva que recoge la DA 154, cada Administración Pública<sup>37</sup> podrá determinar, previa negociación colectiva, las retribuciones a percibir por el personal a su servicio o al de los organismos y entidades públicas dependientes, en situación de incapacidad temporal y en el caso del personal funcionario al que se le hay expedido licencia por enfermedad. El objetivo es que, durante la incapacidad temporal, el funcionario pueda seguir percibiendo el cien por cien de sus retribuciones, lo que, según se trate de funcionarios incluidos en el Régimen General de Seguridad Social o en el de Mutualismo Administrativo, se articularía vía complemento retributivo<sup>38</sup> o vía regulación<sup>39</sup>, respectivamente.

En todo caso, la DA 154 permite que se establezcan diferentes escenarios retributivos en función del tipo de contingencia que haya dado lugar a la incapacidad temporal o a la duración de la misma, pero sin que por ellos el funcionario pueda ser perjudicado en el tratamiento que reciba por parte del régimen que en el que esté incluido. A tal fin, se recuerda la obligación de la Administración de garantizar la equivalencia de percepciones mediante el abono complementario de las retribuciones arriba indicadas.

### **III. LA JORNADA LABORAL EN LA LEY DE PRESUPUESTOS DE 2018.**

#### **1.- La triple dimensión de la jornada laboral en la Función Pública.**

<sup>34</sup>El 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, estableció que durante los 3 primeros días de la situación de incapacidad temporal se percibiría como máximo el 50 % de las retribuciones, cuando la situación derivase de una contingencia común.

<sup>35</sup>Por las distintas Administraciones Públicas deberá regularse la forma de justificación de las ausencias por causa de enfermedad o que den lugar a una incapacidad temporal, mediante la exigencia del correspondiente parte de baja o documentación acreditativa, según proceda, desde el primer día de ausencia (DA 154, apartado 3).

<sup>36</sup>Cada Administración Pública diseñará un plan de control del absentismo, que deberá ser objeto de difusión pública, a través del respectivo Portal de Transparencia. En dicho portal serán igualmente objeto de publicación los datos de absentismo, clasificados por su causa, con una periodicidad al menos semestral (DA 154, apartado 4)..

<sup>37</sup>Por ejemplo, para la Administración General del Estado, Real Decreto 956/2018, de 27 de julio (BOE de 30 de julio)

<sup>38</sup>Respecto al personal funcionario incluido en el Régimen General de Seguridad Social y al personal estatutario y laboral, se podrá establecer un complemento retributivo desde el primer día de incapacidad temporal que, sumado a la prestación del Régimen General de la Seguridad Social, alcance hasta un máximo del cien por cien de sus retribuciones fijas del mes de inicio de la incapacidad temporal.

<sup>39</sup>Respecto al personal funcionario incluido en el Régimen de Mutualismo Administrativo, de acuerdo con el régimen retributivo establecido en su normativa, además del subsidio de incapacidad temporal, cada Administración Pública podrá acordar, previa negociación colectiva, para el período de tiempo que no comprenda la aplicación del subsidio de incapacidad temporal, la percepción de hasta el cien por cien de las retribuciones, básicas y complementarias, correspondientes a sus retribuciones fijas del mes de inicio de la incapacidad temporal. Durante la percepción del subsidio por incapacidad temporal, éste podrá ser complementado por el órgano encargado de la gestión de personal, previa negociación colectiva, hasta alcanzar como máximo el cien por cien de las retribuciones que el funcionario hubiera percibido el mes de inicio de la incapacidad temporal.

La jornada laboral del personal al servicio de las Administraciones Públicas presenta una triple dimensión, cada una de las cuales determina unas consecuencias diferentes en el seno del empleo público.

- La **dimensión económica** de la jornada laboral permite formalmente su regulación en las Leyes de Presupuestos, dada su repercusión indirecta en los costes de personal.
- La **dimensión subjetiva** de la jornada, por su parte, reconduce a ésta al ámbito de los derechos y obligaciones de los empleados públicos, por lo que forma parte del núcleo esencial del régimen estatutario de los funcionarios públicos. Manifestación de esta dimensión subjetiva sería la competencia del Estado para regular la jornada por su consideración de elemento básico del régimen funcional (art. 149.1.18 CE), pero la misma se difumina a efectos de conceptualizarla como contenido esencial del régimen estatutario sometido a reserva material de ley (art. 103.3 CE), en uno de los extraños ejemplos que muestran que uno y otro precepto carecen de ámbitos objetivos coextensos. Por lo demás, esta dimensión subjetiva de la jornada impone su sometimiento al procedimiento de negociación colectiva.
- La **dimensión objetiva**, por último, incardina la jornada en la potestad de autoorganización de la Administración, lo que tiene una gran importancia no sólo a efectos de configurar aspectos instrumentales de la jornada (como sus modalidades de prestación) sino también para derivar su regulación cuantitativa de la autonomía político-organizativa de cada Administración, lo que permitiría incluso a éstas determinar la jornada del personal laboral, pese a ser competencia exclusiva del Estado (ex. Art. 149.1.7 CE).

Estas tres dimensiones y las consecuencias que se derivan de ellas se observan en la nueva regulación de la jornada laboral en el sector público establecida por la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Pero también explican las distintas opciones de configuración legislativa y administrativa que ha padecido desde el Estatuto Básico del Empleado Público de 2007, pues la diversa ponderación de cada una de las dimensiones inherentes a la jornada determina, en última instancia, obedece a finalidades y objetivos que varían en función de las prioridades del Legislador según el contexto político o, recientemente, económico.

Por ello, y para entender la nueva regulación de la jornada, es preciso analizar la evolución de su regulación en el último decenio.

## **2.- La regulación de la jornada laboral en el EBEP y su devenir durante la crisis económica.**

Hasta la aprobación del Estatuto Básico del Empleado Público de 2007, la jornada laboral del personal al servicio de la Administración General del Estado sería la que reglamentariamente se estableciera (art. 78 Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964), jornada que se aplicaba a la Administración local en virtud del art. 94 de la Ley de Bases de Régimen Local de 1985. En cuanto a las Comunidades Autónomas, se entendía que asumían la potestad de fijación de la misma en virtud de su autoorganización, tal y como reflejaban las respectivas Leyes de Función Pública autonómicas.

Con la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, la fijación de la jornada se recondujo a la potestad de autoorganización de cada Administración, pues su artículo 47 estableció que *"Las Administraciones Públicas establecerán la jornada general y las especiales de trabajo de sus funcionarios públicos"*.

Sin embargo, al estallar la crisis económica, se potenció la dimensión económica de la jornada para hacer de ella uno de los elementos clave de las medidas que se adoptaron para reducir costes.

Así, 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, señaló que, a partir del 1 de enero de 2012 y para el conjunto del sector público estatal, la jornada tendría un promedio semanal no inferior a las 37 horas y 30 minutos. La situación fue especialmente compleja en la Administración Local, por la descompensación temporal de la Legislación básica de régimen local y por la Legislación básica de régimen funcional (EBEP). La contradicción, pues, estaba servida. El artículo 94 de la LBRL indudablemente básico<sup>40</sup>, no había sido formalmente derogado por el EBEP, pero éste remitía a la autonomía organizativa de cada Administración la fijación de la jornada laboral, alimentando la munición de los que, al amparo de la autonomía local, pretendieron sacudirse la nueva jornada semanal fijada por el Real Decreto Ley 20/2011.

La confusión apenas duró unos meses: los que tardó el Estado en aprobar la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 2012, que impuso la jornada laboral para todas las Administraciones Públicas, con carácter básico, al amparo solidario del 149.1.18 y 149.1.13. Con esta inercia legislativa, no es de extrañar que el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, amparase en esos mismos títulos competenciales la célebre reducción de permisos y vacaciones de los

---

<sup>40</sup>La jurisprudencia de forma reiterada viene manteniendo ininterrumpidamente que es aplicable a las corporaciones locales por la relación que guarda la jornada con las retribuciones de los funcionarios: SSTS de 8 de octubre de 2007 y de 18 de junio de 2007 (rec. núm. 3051/2002), dictadas ya vigentes el Estatuto Básico del Empleado Público. Antes de ello, SSTS de 15 de marzo de 2007 (rec. núm. 1533/2002) o de 5 de febrero de 1991 (rec. núm. 507/1989), que explícitamente califica como básico el artículo 94 de la LBRL.

funcionarios públicos, reduciendo los días de libre disposición a tres, eliminando la posibilidad de su aumento en función de la antigüedad y estableciendo una cifra homogénea de días de vacaciones (y no el mínimo de 22 días hábiles, superable por cada Administración)<sup>41</sup>.

Sin embargo, esta nueva regulación planteó una conflictividad constitucional que hacía referencia a la competencia del Estado para fijar la jornada laboral de todas las Administraciones Públicas, a la cuantificación de la misma y a la utilización de la Ley de Presupuestos como instrumento formal para proceder a dicha regulación.

### **2.1. Competencia del Estado para establecer la jornada laboral de los empleados públicos de todas las Administraciones.**

En efecto, algunas Comunidades Autónomas cuestionaron la medida, bien presentando un recurso de inconstitucionalidad (Cataluña), bien aprobando leyes autonómicas que establecían una duración de la jornada laboral diferente (Castilla-La Mancha). En ambos casos, la actuación autonómica se basaba en discutir la competencia del Estado tanto para fijar la jornada laboral al amparo del artículo 149.1.18ª sino también para hacerlo conforme al art. 149.1.13, pues el Estado entiende que el establecimiento de la jornada laboral tiene un contenido económico así como un ahorro directo sobre el gasto público.

Sin embargo, la STC 99/2016, de 25 de mayo, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado por la Comunidad Autónoma de Cataluña, parte de la premisa de que lo decisivo a efectos competenciales es el contenido material de la norma y no los fines instrumentales de carácter económico que persiga. Por ello, para el Tribunal, aunque se trate de una medida efectivamente dirigida a contener el gasto público en materia de personal, en realidad la norma “no solo establece una jornada mínima de trabajo del personal del sector público —fijada en treinta y siete horas y media semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual— sino que adicionalmente se añade que las modificaciones de jornada que conlleve la adaptación a esa nueva medida —es decir, las ampliaciones— “no supondrán incremento retributivo alguno”. Con ello puede concluirse que la norma impugnada tiene un contenido mixto, pues no sólo —aunque sí principalmente— establece una regulación sustantiva de las condiciones de trabajo de los empleados del sector público, sino que

---

<sup>41</sup>Medidas revertidas finalmente por el Real Decreto-Ley 10/2015, de 11 de septiembre, que vuelve a cifrar los días de libre disposición en 6 e introduce sendas Disposiciones Adicionales 14ª y 15ª en el Estatuto Básico del Empleado Público, sobre permiso por asuntos particulares por antigüedad y sobre días adicionales de vacaciones por antigüedad. En virtud del primero, las Administraciones Públicas podrán establecer hasta dos días adicionales de permiso por asuntos particulares al cumplir el sexto trienio, incrementándose, como máximo, en un día adicional por cada trienio cumplido a partir del octavo, mientras que, por la segunda Disposición Adicional, cada Administración Pública podrá establecer hasta un máximo de cuatro días adicionales de vacaciones en función del tiempo de servicios prestados por los funcionarios públicos.

también recoge una previsión retributiva expresa para aquellos supuestos en los que el trabajador/funcionario aumente su jornada a treinta y siete horas y media”.

Una vez sentada esta premisa, el Tribunal considera que la regulación presenta un carácter estructural y permanente y que, por tanto, no va dirigida a dar solución a una problemática transitoria. En consecuencia, esta regulación encuentra fundamento en la competencia estatal reconocida en los arts. 149.1.18 y 149.1.7 CE, en relación, respectivamente, con los funcionarios y el personal laboral al servicio del sector público, por resultar más específicos que el que, con carácter más genérico, recoge el art. 149.1.13 CE.

La Sentencia entiende que esta previsión “viene a modular el marco derivado de los arts. 47 y 51 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del estatuto básico del empleado público (reproducidos ahora en el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre), de tal forma que la libertad que esos preceptos otorgan a las Administraciones públicas para establecer la jornada de trabajo de su personal se ejerce ahora en el contorno predeterminado por la norma impugnada, al fijar ésta una jornada mínima”. Y es que la Ley 2/2012 no derogaba ni modificaba el Estatuto Básico del Empleado Público, sino que venía a ser una previsión añadida al régimen jurídico de la Función Pública establecido por éste. Pues para el Tribunal Constitucional:

“No cabe duda de que la fijación de la duración mínima de la jornada de trabajo constituye una previsión integrada en la esfera “de los derechos y deberes” de los funcionarios (STC 163/2012, de 20 de septiembre, FFJJ 6 y 9), quedando justificada su determinación por el Estado como normativa básica en tanto estamos ante una medida que garantiza una mínima homogeneidad en un aspecto central del régimen estatutario funcional como es el tiempo de trabajo o dedicación exigible a todo funcionario, sin que además el legislador haya establecido límite en cuanto a su período de aplicación (STC 156/2015, de 9 de julio, FJ 8). No olvidemos también que “[e]ste Tribunal ya ha tenido ocasión de declarar ‘como principio básico la utilización racional del funcionariado existente’, así como ‘básicas aquellas normas que sean necesarias para garantizar la efectividad de dicho principio’ (STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 42)” (STC 8/2010, de 27 de abril, FJ 4). Asimismo, el hecho de que la previsión examinada no se hubiera contemplado en el estatuto básico del empleado público no constituye obstáculo para que, en virtud de la competencia normativa indicada, el legislador estatal proceda a su posterior incorporación en la disposición ahora cuestionada, debiendo recordar que, según este Tribunal ha señalado, “siendo mudables las bases (STC 1/2003, de 16 de enero), también lo es, en correspondencia inevitable, el ámbito disponible por la legislación de desarrollo” (STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 60), habiendo afirmado que “la determinación de lo que deba reputarse como básico para delimitar el ámbito correspondiente del título competencial del Estado aplicable a una materia no puede hacerse en términos de relación” (STC 156/2015, de 9 de julio, FJ 8)”.

Esta doctrina ha sido mantenida y reforzada en la Sentencia del Tribunal Constitucional 158/2016, de 22 de septiembre de 2016, que declara inconstitucionales sendas Leyes de Castilla-La Mancha de 2014 y 2015, que reducían la jornada laboral a 35 horas, pues en la medida en que el Estado impuso 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, sí sería admisible 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, mientras que resultaría incompatible con aquella norma estatal una norma autonómica que determine una duración de la jornada de trabajo que sea inferior.

## **2.2. La cuantificación básica de la jornada laboral.**

El establecimiento por el Estado de la jornada laboral para todas las Administraciones planteaba también el problema de si esa cuantificación horaria eliminaba el margen de actuación de las Comunidades Autónomas, vaciando en consecuencia su competencia y pudiendo por tanto considerarse inconstitucional. El Tribunal Constitucional aplica a esta cuestión de la jornada laboral la solución que dio al caso de la fijación por el Estado de los días de permisos y licencias en su Sentencia 156/2015, de 9 de julio.

Dicha Sentencia enjuició la nueva redacción que dio el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, al art. 48 del EBEP, al eliminar el carácter supletorio de la legislación básica, con el confesado objetivo de eliminar las subastas competitivas al alza en materia de permisos y licencias, vista la generosa regulación autonómica y local, por no hablar de la imprudente plasmación en acuerdos colectivos, aunque significativamente, la conflictividad constitucional se plasmara en un supuesto limitativo<sup>42</sup>, tal y como analizaremos más adelante al hilo del carácter supletorio de la jornada laboral fijada por la Ley de Presupuestos Generales del Estado de 2018.

No obstante, esa operación no estuvo exenta de conflictividad constitucional, pues el mencionado Real Decreto-Ley 20/2012, al establecer la misma regulación no sólo cualitativa (ámbito objetivo y subjetivo) sino también cuantitativa (duración temporal concreta y no márgenes o umbrales de ulterior decisión por cada Administración), eliminaba –en principio– cualquier posibilidad de capacidad reguladora a cada Administración para su Función Pública. Sin embargo, la STC 156/2015, de 9 de julio, consideró que el Estado no elimina el margen de actuación de las Comunidades Autónomas cuando recurre a técnicas básicas cuantificadoras (como hizo el Real Decreto-ley 20/2012 en relación con los permisos y licencias de los funcionarios públicos, al cifrar de forma homogénea los días de unos y otras), pues “permite a

---

<sup>42</sup>SSTC 181/2012, de 15 de octubre, y 191/2012, de 29 de octubre,

aquellas optar por fijar la forma y manera de su utilización estableciendo, por ejemplo, si los permisos del art. 48 o los turnos de vacaciones del art. 50 LEEP pueden, los primeros, disfrutarse dentro o fuera de determinadas fechas del calendario anual o sin unirlos a los de vacaciones; y los segundos, en determinados periodos de tiempo, por días sueltos o estableciendo un mínimo de días consecutivos etc. Es decir, la norma estatal, aun fijando la duración de los diferentes tipos de permisos, no cierra toda posibilidad de desarrollo y aplicación a las Comunidades Autónomas de la normativa básica sobre esta materia".

Al amparo de esta concepción cuantitativa de lo básico, la **Sentencia 99/2016, de 25 de mayo**, consideró en consecuencia que "el carácter mínimo de la jornada prevista en la norma cuestionada deja todavía margen de maniobra a las Comunidades Autónomas para el ejercicio de su competencia en este ámbito, pues el precepto estatal no cierra ni la posibilidad de ampliar la duración fijada dentro de los topes permitidos, ni tampoco la determinación de los criterios de organización y distribución del tiempo de trabajo que finalmente se establezca [...]. Por lo demás, ese margen de maniobra que deja abierto la previsión impugnada facilita la pertinente adaptación a la diversidad de tareas y actuaciones administrativas, lo que contribuye a apreciar que, pese a lo también apuntado por los recurrentes, el principio de eficacia ex art. 103.1 CE no queda contrariado por una norma, como la cuestionada, que se limita a establecer una jornada mínima de trabajo en el empleo público en términos meramente cuantitativos, sin acarrear incremento retributivo alguno y potenciando el ahorro en el gasto público".

Por último, de gran interés para comprender el alcance cuantitativo y cualitativo de la legislación básica del Estado en materia de jornada laboral en la Función Pública resulta la conflictividad constitucional producida a raíz del Real Decreto-Ley 14/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes de racionalización del gasto público en el ámbito educativo. En efecto, una serie de Sentencias del Tribunal Constitucional (26/2016, de 18 de febrero; 54/2016, de 17 de marzo; 67/2016, de 14 de abril; 84/2016, de 28 de abril) ha reforzado el alcance de la legislación básica funcional desde la organización sectorial del servicio público en cuestión, en este caso, el docente, de forma que, adonde no llega el art. 149.1.18<sup>a</sup>, lo hace el art. 149.1.30 de la Constitución. Esto lo observamos con claridad en lo que respecta a la fijación de la jornada lectiva de los profesores.

En efecto, el art. 3 de Real Decreto-Ley fija con carácter básico, por primera vez, la jornada lectiva semanal del profesorado de enseñanzas no universitarias, en los centros docentes públicos y concertados. Para el Tribunal Constitucional, este precepto persigue garantizar el derecho a la educación en su dimensión prestacional y fija un criterio de coordinación que el Estado puede establecer en ejercicio de sus competencias básicas en materia de educación, pues una de las previsiones básicas dirigidas a definir y hacer efectivo el nivel prestacional financiado con fondos públicos

en el ámbito de la enseñanza es la determinación cuantitativa de las horas lectivas que debe impartir el personal docente. El carácter único del sistema educativo en todo el territorio nacional puede reclamar, al tratarse de centros sostenidos con fondos públicos, un tratamiento mínimamente homogéneo del ejercicio de la tarea docente dentro de la jornada laboral del profesorado, medida que tiene por finalidad garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en materia de educación, que han de desarrollarse en el marco básico que establezca el Estado. Supone así un mínimo común denominador normativo en materia de programación docente, que, además, garantiza una continuidad en el proceso de aprendizaje de los alumnos, proceso para el que el régimen de dedicación del profesorado no resulta inocuo o indiferente.

A esta perspectiva organizativa de la Función Pública educativa se añade el estatuto funcional de derechos y obligaciones, de forma que el Tribunal Constitucional complementa su argumento para el caso específico de los profesores con la condición de funcionarios públicos, respecto a los cuales el legislador estatal se encontraría además legitimado para fijar la jornada lectiva en virtud del título competencial ex art. 149.1.18 CE: " las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos incluyen, en principio, la normación relativa a los derechos y deberes de los funcionarios y no cabe duda de que la fijación de la jornada de trabajo constituye una previsión integrada en esta esfera. La determinación de la parte lectiva de la jornada del personal docente, incluido el aspecto relativo a la compensación con horas complementarias, con carácter básico, se justifica porque con ello se logra una mínima y fundamental homogeneidad en un aspecto sustancial de su régimen funcional, máxime si se trata de funcionarios de ámbito estatal que pueden prestar servicio en cualquier parte del sistema educativo" (STC 84/2016, de 28 de abril, FJ. 5).

El hecho de que se cuantifique tanto la jornada (con carácter mínimo) como las horas complementarias con que se compensa el posible exceso lectivo (aquí con carácter máximo), así como el margen de organización y concreción del total de la dedicación del profesor, cuya carga lectiva podría incluso aumentarse, es lo que permite al Tribunal Constitucional considerar que el Decreto-Ley no cierra a las Comunidades Autónomas toda posibilidad de desarrollo y aplicación de la normativa básica sobre la materia.

"En cambio, puramente organizativa es la limitación temporal para el nombramiento de profesores interinos para la sustitución transitoria de profesores, que sólo será aplicable en caso de ausencias superiores a diez días lectivos. Según el Tribunal Constitucional, en tanto que relativa a situaciones de vacío temporal en la impartición de docencia, la norma se incardina no el régimen funcional sino la organización del servicio público educativo (art. 149.1.30 CE), "dado que persigue garantizar una mínima homogeneidad en el proceso de sustitución del profesorado a través del establecimiento de una regla básica relativa a los medios humanos disponibles, a efectos de determinar y hacer

efectivo el nivel prestacional de la enseñanza financiado con fondos públicos". Y aunque se reducen las atribuciones que corresponden a las Comunidades Autónomas, no se vacían de contenido, puesto que, respetando ese límite, cada Comunidad Autónoma puede seguir regulando las sustituciones de profesores. Así, sería posible un cierto desarrollo por parte de las Administraciones educativas, pues puede entenderse que se trata de un plazo mínimo, que no puede ser reducido por las Administraciones educativas, y no se regula el resto de cuestiones que afectan al régimen de sustitución (STC 84/2016, de 28 de abril, FJ. 5)<sup>s</sup>.

### **2.3. La regulación de la jornada laboral en Leyes de Presupuestos.**

Aunque el Tribunal Constitucional señalara que la regulación de la jornada laboral se incardinaba no en la competencia estatal para establecer las bases y coordinación de la actividad económica (dimensión económica de la jornada) sino en la que le otorga la potestad de fijar el régimen estatutario básico de los funcionarios (dimensión subjetiva de la jornada), no por ello la jornada laboral deja de tener un contenido o vinculación económica o presupuestaria que autoriza su regulación formal en una Ley de Presupuestos.

En la STC 99/2016, de 25 de mayo, el recurrente alegaba que la regulación de la jornada en la Ley de Presupuestos 2/2012 no respondía ni al contenido esencial ni al contenido eventual de una ley de presupuestos. Más aún, la contradicción que la nueva regulación en sede presupuestaria producía con la establecida en sede de régimen estatutario básico (art. 47 EBEP), vulneraría la doctrina constitucional según la cual una ley de presupuestos no puede, sin modificar previamente la norma legal que regula el régimen sustantivo de una materia, proceder a efectuar una aplicación distinta de la allí prevista.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en su razonamiento, enfatiza la dimensión económica de la jornada, señalando que la regulación presupuestaria de la misma "va acompañada en la norma cuestionada por la previsión expresa de que las modificaciones de jornada que se lleven a cabo para adaptarse a esta medida 'no supondrán incremento retributivo alguno, encontrándonos ante una previsión que, en su conjunto tiene la evidente finalidad de contribuir a la contención del gasto público. No existe duda, por tanto, de que la disposición impugnada tiene una conexión directa con los gastos del Estado y con los criterios de política económica, pues, al tiempo que prohíbe establecer incrementos retributivos en el supuesto regulado, potencia el ahorro económico en la cobertura de las necesidades de personal en el sector público". La Ley de Presupuestos Generales del Estado de 2018, en cambio, no es tan nítida a la hora de mencionar expresamente una vinculación presupuestaria de la medida.

### **3.- La Jornada Laboral en la Ley de Presupuestos de 2018.**

En la senda de reversión de medidas adoptadas durante la crisis económica, la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2018, en su Disposición Adicional centésima cuadragésima cuarta (DA 144), ha establecido una nueva regulación de la jornada laboral en el sector público, al amparo indiscriminado de todas las bases competenciales posibles -149.1.7.<sup>a</sup>, 149.1.13.<sup>a</sup> y 149.1.18.<sup>a</sup> de la Constitución-, afirmando claramente que tiene carácter básico.

Sin embargo, su contenido y alcance plantean una serie de cuestiones que trascienden su mera exposición descriptiva. En efecto, la nueva regulación de la jornada de trabajo en el Sector Pública pivota sobre la distinción de jornadas en función de su calificación y, por ello, de su eficacia.

### 3.1. Las diferentes jornadas de trabajo previstas en la Ley de Presupuestos de 2018.

En primer lugar, nos encontramos con la **jornada de trabajo general**, que se computa en cuantía anual pero que se establece en promedio semanal, cuantitativamente cifrada en treinta y siete horas y media y cualitativamente no sólo amparando de forma explícita jornadas especiales sino también permitiendo de forma implícita la configuración efectiva de su prestación al amparo de la potestad de autoorganización de cada Administración Pública.

Sin embargo, la potenciación de esta potestad de autoorganización trasciende la mera configuración instrumental de la jornada para autorizar incluso a cada Administración<sup>43</sup> a "establecer en sus calendarios laborales, previa negociación colectiva, otras **jornadas ordinarias de trabajo distintas** de la establecida con carácter general, o un reparto anual de la jornada en atención a las particularidades de cada función, tarea y ámbito sectorial, atendiendo en especial al tipo de jornada o a las jornadas a turnos, nocturnas o especialmente penosas".

Esta posibilidad de establecer una jornada ordinaria de trabajo distinta se supedita a dos condiciones cumulativas:

- 1) La primera, que en el ejercicio presupuestario anterior se hubieran cumplido los objetivos de estabilidad presupuestaria, deuda pública y la regla de gasto.
- 2) La segunda, que la aprobación de una jornada de trabajo distinta a la general afecte al cumplimiento por cada Administración del objetivo de que la temporalidad en el empleo público no supere el 8 % de las plazas de naturaleza estructural en cada uno de sus ámbitos.

En última instancia son estas dos condiciones, directa e indirectamente vinculadas a objetivos económicos-presupuestarios y al control de costes de personal,

---

<sup>43</sup>Que a su vez podrán autorizar a sus entidades de derecho público o privado y organismos dependientes a aprobar igualmente una jornada ordinaria de trabajo distinta a la general básica.

las que formalmente ampararían que la jornada laboral del sector público aparezca regulada en una Ley presupuestaria, por mucho que se trate de una regulación sustantiva de la cuestión.

La LPG 2018 no sólo permite que cada Administración pueda establecer jornadas de trabajo distintas a la ordinaria, sino que además ni siquiera fija umbrales mínimos o máximos para su cuantificación. Respecto a estos segundos, habrá que atenerse a las previsiones del Ordenamiento: para el personal laboral, las 40 horas del Estatuto de los Trabajadores (art. 34.1); pero para el personal funcional, nuestro Derecho no recoge previsión alguna, por lo que sería directamente aplicable el límite máximo establecido en la Directiva (2003/88/CE), del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, que lo cifra en una duración media de trabajo que no exceda de 48 horas por cada período de siete días.

Por último, la DA 144 recoge una previsión especial para la **jornada de trabajo en la Administración local**, según la cual, *"de acuerdo con la normativa aplicable a las entidades locales [recordemos, el art. 94 LBRL], y en relación con lo previsto en este apartado [la recién explicada posibilidad de jornadas ordinarias distintas por Administración], la regulación estatal de jornada y horario tendrá carácter supletorio en tanto que por dichas entidades se apruebe una regulación de su jornada y horario de trabajo, previo acuerdo de negociación colectiva"*.

Por tanto, sin derogar formalmente el art. 94 LBRL, lo vacía potencialmente de eficacia al declararlo "supletorio". Esta regla especial para la Administración local era necesaria para alcanzar el objetivo que se ha fijado el Legislador –la de atribuir a cada Administración la potestad de fijarse la jornada de trabajo sin cumplir las condiciones establecidas en la Ley–, pues de lo contrario se volvería a reproducir el debate teórico y práctico de coexistencia de las legislaciones de régimen local y de régimen estatutario que se planteó con el Real Decreto-Ley 20/2011, pero agudizado por terciar una regulación en sede legislativa presupuestaria. Neutralizada la eficacia formal y material del art. 94 de la LBRL, al transformarla en supletoria, las Administraciones locales tienen ahora vía libre para fijar su jornada de trabajo, siempre y cuando –insistimos– cumplan las dos condiciones previstas en la Ley de Presupuestos de 2018 relativas a la situación económico-presupuestaria y a la temporalidad estructural de la entidad.

### 3.2. ¿Puede el Estado fijar como supletoria una jornada laboral general?

Aunque la jornada general básica sólo se califica explícitamente como supletoria respecto a la Administración local, lo cierto es que tiene la misma caracterización para el resto de Administraciones si no aprobaran una jornada general distinta. En suma, la jornada general cifrada en 37 horas y media por la Ley de Presupuestos de 2018 bien puede considerarse una jornada básica supletoria, lo que nos obliga a cuestionarnos si

ello no resulta contradictorio intrínsecamente desde la perspectiva de las bases y si el Estado puede regular como supletoria una jornada laboral.

La utilización de la técnica legislativa básica siempre ha sido fuente de problemas, pues su extensión y su intensidad se ven sometidas a un juicio de proporcionalidad que, aunque puede resistir un análisis jurídico, ello no le priva de la crítica política. En el caso de la actual concreción de la legislación básica del régimen funcionarial (tanto la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público como el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba su texto refundido), la misma se caracteriza por la acusada restricción de su intensidad normativa: aunque el Estatuto Básico regule prácticamente todos los aspectos extensivos del régimen funcionarial, en realidad no establece el «Estatuto» de la Función Pública, pues tal institución deberá ser regulada por el Legislador competente según el orden constitucional de distribución de competencias. En particular, el Legislador autonómico. De ahí que el Estatuto básico del Empleado Público respondiera a una concepción de la legislación básica no ya limitada sino incluso ineficaz, pues también recoge previsiones que no pasan de ser autorizaciones superfluas (como la organización de la selección o de la negociación colectiva vía órganos permanentes) o regulaciones que, en un principio, eran más bien supletorias.

Tal era el caso del artículo 48.1 del EBEP relativo a los permisos de los funcionarios. Según la redacción original del mismo, las Administraciones Públicas determinarían los supuestos de concesión de permisos a los funcionarios públicos y sus requisitos, efectos y duración. Ahora bien, «*en defecto de legislación aplicable*» de esas Administraciones Públicas, «los permisos y su duración serán, *al menos,*» los que aparecen en dicho precepto. Independientemente de la ambigüedad sobre si los permisos deben ser regulados por reglamento (en virtud del llamamiento a las «Administraciones Públicas») o por ley (utilización de la expresión «legislación aplicable»), lo destacable es que la regulación completa y exhaustiva que hace el EBEP sobre los permisos de los funcionarios no constituía un mínimo común normativo para todo el territorio nacional porque sean las bases que informen la legislación de Función Pública de Estado y Comunidades Autónomas sino que se configuraba, primero, como normativa supletoria que sólo regiría «en defecto de legislación aplicable» y, segundo, como normativa superable o limitable por la normativa o por el convenio colectivo. Cada Ley podía o no regular los permisos de los funcionarios. Si no lo hacía, se aplicaba supletoriamente la legislación básica. Pero si lo hacía, era libre de introducir mejoras al alza o incluso empeoramientos a la baja.

Así se manifestó en el asunto que debió resolver la STC 181/2012, de 15 de octubre, confirmada poco después por la STC 191/2012, de 29 de octubre, que tuvo que manifestarse sobre la técnica legislativa utilizada por la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, con motivo de una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en

relación con el art. 26 a) de la Ley del Parlamento de Cataluña 8/2006, de 5 de julio, de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del personal al servicio de las Administraciones públicas, al considerar que podía contradecir lo dispuesto en el art. 48.1 h) del EBEP dado que la norma autonómica solo prevé el derecho a la reducción de la jornada para el cuidado de un menor de seis años, mientras que el Estatuto Básico lo reconocía por entonces en el caso de un menor hasta los doce.

El Tribunal Constitucional descartó que el problema consistiera en apreciar la naturaleza materialmente básica del precepto del Estatuto Básico, pues la solución de la contradicción normativa la daba el propio Estatuto Básico al prever que lo dispuesto en el art. 48.1 h) del EBEP se aplicaba en defecto de normativa de las distintas Administraciones vigente al momento de la entrada en vigor de la Ley del estatuto básico del empleado público. Es decir, «es el propio legislador estatal el que permite que las Administraciones públicas determinen los supuestos de concesión de permisos a los funcionarios públicos y sus requisitos, efectos y duración. Y sólo «en defecto de legislación aplicable» los permisos y su duración serán, al menos, los establecidos en el citado precepto. Por lo que respecta al presente caso, se trata del permiso por razones de guarda legal, cuando el funcionario tiene el cuidado directo de algún menor de doce años». Por tanto, la legislación básica del Estatuto Básico, en este aspecto concreto (aunque también en otros de su articulado), se aplica supletoriamente «en defecto de legislación aplicable»

Pero el Tribunal Constitucional va más allá y pasa, a continuación, a formular retóricamente que el problema no radica tanto en el precepto autonómico cuanto en el propio precepto básico, en la medida en que pudiera exigirsele no haber autolimitado su eficacia hasta el punto de sólo desplegar efectos «en defecto de legislación aplicable». De hecho, tal planteamiento estaba implícito en la propia cuestión de inconstitucionalidad que invocaba la igualdad de derechos de todos los funcionarios para considerar básico el artículo 48.1 h) del EBEP, por afectar a «un beneficio o derecho social» que los poderes públicos tienen la obligación de asegurar, en este caso, la protección social económica y jurídica de la familia (art. 39.1 CE). En efecto, de producirse tal vulneración de la igualdad, ésta se produciría no como consecuencia de la regulación autonómica sino en virtud de la técnica utilizada por el EBEP para afirmar su eficacia sólo «en defecto de legislación aplicable», eficacia que produciría un diferente trato normativo en materia de permisos dependiendo de la regulación existente en cada Comunidad Autónoma. En última instancia, como bien señala el Tribunal Constitucional, «el verdadero trasfondo de la cuestión es la discrepancia sobre la forma en que el legislador estatal ha decidido ejercer en este caso la competencia básica que le atribuye el art. 149.1.18 CE».

En efecto, «de admitir que la limitación a seis años de la edad del menor para el disfrute del permiso por razones de guarda legal supone una diferencia de trato para los empleados públicos de la Administración pública de la Generalitat, frente a los

empleados públicos del Estado o de otras Comunidades Autónomas que han establecido la edad del menor en doce años, lo cual constituiría una diferencia no justificada generadora de una discriminación a juicio del Fiscal General del Estado, tal supuesta discriminación vendría provocada por la propia regulación estatal, de considerarse como básica la norma que la propicia, y no, como se pone de manifiesto en sus alegaciones, por no haberse visto corregida de conformidad con el art. 136 del actual Estatuto de Autonomía de Cataluña, en cumplimiento del mandato contenido en el art. 9.2 CE. Es al Estado a quien corresponde, en el ejercicio de su competencia ex art. 149.1.18 CE, realizar la concreción de lo básico con el margen de apreciación y oportunidad política que ello supone. Y el Estado, respetando el orden constitucional, goza de completa libertad para establecer con carácter general las bases de una determinada materia, sin que su acción legislativa en este extremo, plasmación de una legítima opción política, pueda ser fiscalizada por este Tribunal Constitucional, que no es un juez de la oportunidad, salvo que traspase los límites que para esa acción legislativa resulten del bloque de la constitucionalidad (STC 1/2003, de 16 de enero, F. 8)».

La regulación de la jornada en la Ley de Presupuestos Generales de 2018 obedece a la misma estructura aplicativa: en defecto de regulación por cada Administración, se aplica la jornada básica fijada por el Estados para todo el Sector Público. Sin embargo, aunque el Tribunal Constitucional no cuestionara la constitucionalidad de la técnica básica supletoria, lo cierto es que es intrínsecamente contradictoria con su finalidad institucional de establecer una uniformidad de regulación.

Más aún, la previsión constitucional de que “el derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas” (art. 149.3 in fine), en cuanto que mecanismo que por su genuina y primigenia eficacia subviene a la seguridad jurídica en un Ordenamiento compuesto evitando lagunas en el mismo, no puede prescindir de la evolución de la jurisprudencia constitucional sobre la supletoriedad del Derecho estatal. Aquella evolución ha limitado la eficacia de la cláusula constitucional de supletoriedad<sup>44</sup>, hasta el punto de impedir al Estado no sólo aprobar normativa estatal con eficacia meramente supletoria (salvo los casos excepcionales encaminados a garantizar la ejecución del Derecho europeo<sup>45</sup>) sino también derogar tal normativa<sup>46</sup>.

De ahí que constitucionalmente sea discutible la posibilidad de que el Estado fije una jornada básica supletoria para el Sector Público. Por lo que, llegados a este punto, cabría plantearse por qué el Legislador de 2018 no ha recuperado simplemente la regulación del art. 47 del EBEP, si en última instancia su intención es claramente atribuir

---

<sup>44</sup>SSTC 15/1989, de 26 de enero; 147/1991, de 20 de junio; 118/1996, de 27 de junio

<sup>45</sup>SSTC 79/1992, de 28 de mayo; 130/2013, de 4 de junio y 135/2013, de 6 de junio.

<sup>46</sup>STC 61/1997, de 20 de marzo

a cada Administración la posibilidad de aprobar su propia jornada de trabajo para su personal.

Y es aquí donde cobra sentido la eficacia supletoria de la medida. Y es que, recordemos, para poder aprobar su propia jornada laboral distinta de la básica, cada Administración debe cumplir unos requisitos económico-presupuestarios singularizados (estabilidad presupuestaria, deuda pública y regla de gasto) y de temporalidad estructural de su plantilla (máximo 8%). De esta forma, se incentiva el cumplimiento de estos objetivos y se sanciona su incumplimiento con la aplicación de la jornada básica supletoria. Es decir, lo supletorio como sanción, a diferencia de la supletoriedad originaria del Estatuto Básico en 2007, que estaba vinculada más bien a garantizar un mínimo homogéneo de derechos como permisos, vacaciones y licencias.

### **3.3. La jornada del personal laboral.**

El diseño de la fijación de la jornada presente un punto complejo en lo que respecta al personal laboral. La posibilidad de que el Estado establezca la jornada de este personal se ampara en su competencia exclusiva sobre Legislación laboral (art. 149.1.7 CE), competencia de la que carecerían las Comunidades Autónomas<sup>47</sup> y las entidades locales<sup>48</sup> para su regulación, abocando necesariamente a su determinación mediante convenio colectivo (art. 34.1 ET). Sin embargo, la potenciación de la dimensión objetiva de la jornada permitiría a las Administraciones públicas sin competencia sobre legislación laboral regular esta cuestión como expresión de su potestad de autoorganización.

Con independencia de las tímidas asunciones competenciales en algunos Estatutos de Autonomía respecto al personal laboral al servicio de sus Administraciones autonómicas<sup>49</sup>, la jurisprudencia constitucional ha terminado por reconocer a las Comunidades Autónomas un cierto margen de regulación respecto a su personal laboral.

Así, el ATS 55/2016, de 1 de marzo, señaló que aunque no cabe duda de que el art. 149.1.7 CE reserva al Estado la facultad exclusiva en cuanto a la producción de las normas (legales y reglamentarias) que disciplinan la materia laboral con carácter general, ello no impediría normativa autonómica que tuviera "una finalidad más

---

<sup>47</sup>STS de 24 de marzo de 2010.

<sup>48</sup>STSJ de Cataluña, de 11 de junio de 2002.

<sup>49</sup>En efecto, algunos Estatutos de Autonomía sí han reconocido competencia a las Comunidades Autónomas en lo relativo al aspecto organizativo de esa relación laboral. Así, el art. 136 del Estatuto de Autonomía de Cataluña y el 76.2 c) del Estatuto de Autonomía de Andalucía, que atribuyen a la Comunidad Autónoma en cuestión «la competencia exclusiva, en materia de personal laboral, para la adaptación de la relación de puestos de trabajo a las necesidades derivadas de la organización administrativa y sobre la formación de este personal». Esta previsión estatutaria recoge una tendencia permanente de las Comunidades Autónomas por afirmar su competencia al amparo de la dimensión organizativa en la que se inserta la relación laboral en las Administraciones Públicas, tendencia que ha obligado en numerosas ocasiones a la jurisprudencia a delimitar ambas realidades.

modesta, que podría calificarse de interna o doméstica, ligada a condiciones concretas reconocidas al personal laboral al servicio de la propia Comunidad Autónoma de las Illes Balears, en el marco de las competencias que su Estatuto de Autonomía le atribuye para la organización de su propio personal laboral y de la disciplina presupuestaria en relación con los gastos de personal, sin perjuicio de las competencias estatales ex art. 149.1 CE. En suma, como pone de manifiesto la Fiscal General del Estado, se trata, efectivamente, de una medida de gestión del personal propio que, en modo alguno, invade la legislación laboral estatal"

Pues lo contrario "llevaría a un entendimiento prácticamente ilimitado e inasumible del concepto de "legislación laboral", por lo que son legítimas normas autonómicas que no incidan sobre la materia "legislación laboral" en el sentido del art. 149.1.7 CE, por no proceder a una regulación laboral general, sino a condiciones concretas de los empleados públicos de la propia Comunidad Autónoma, sin afectar a la estructura básica y general de la normativa social ni a sus categorías nucleares. Y tampoco si no tiene por objeto fijar condiciones de trabajo que alteren los mínimos indisponibles establecidos por la legislación estatal.

Sobre esta base, la STC 158/2016, de 22 de septiembre, tras salvar la constitucionalidad de la medida del Estado de fijar la jornada de trabajo del personal laboral del Sector Público al amparo del art. 149.1.7 CE, salva también la competencia de las Comunidades Autónomas para que, "en el marco de sus competencias para la organización de su propio personal laboral, puedan adoptar las decisiones que estimen oportunas sobre las condiciones de trabajo de ese personal, sin perjuicio de las competencias estatales ex art. 149.1 CE".

### **3.4. Bolsa de horas de libre disposición con fines de conciliación.**

En el seno de la regulación básica de la jornada de trabajo, la DA 11 permite a cada Administración, previa negociación colectiva, regular una bolsa de horas de libre disposición acumulables entre sí, de hasta un 5 % de la jornada anual, con carácter recuperable en el periodo de tiempo que así se determine.

El disfrute de estas horas de libre disposición se encuentra finalizado a la adopción de medidas de conciliación para el cuidado y atención de mayores, discapacitados, e hijos menores, en los términos que en cada caso se determinen.

La Administración respectiva deberá regular el periodo de tiempo en el que se generará la posibilidad de hacer uso de esta bolsa de horas, los límites y condiciones de acumulación de la misma, así como el plazo en el que deberán recuperarse<sup>50</sup>.

Igualmente, y en el caso de cuidado de hijos menores de 12 años o discapacitados, podrá establecerse un sistema específico de jornada continua.

S

---

<sup>50</sup>Por ejemplo, en Andalucía se ha establecido que la bolsa de horas de libre disposición se puede recuperar de forma presencial en los 3 meses siguientes o bien de forma no presencial a través de formación *on line*, en de la Plataforma habilitada al efecto por el Instituto Andaluz de Administración Pública.

# 2<sup>a</sup>

sessió

**28/11/18**

La configuració dels òrgans de selecció del personal laboral i funcionari de les administracions públiques.

**J. Javier Cuenca Cervera**, doctor en Ciència Política, professor associat del Departament de Ciència Política i de l'Administració de la Universitat de València.

Criteris socials en la nova Llei de Contractes del Sector Públic.

**Susana Rodríguez Escanciano**, catedràtica de Dret del Treball i de la Seguretat Social de la Universitat de Lleó.

Els llocs de treball del futur en el sector públic.

**Mikel Gorriti Bontigui**, doctor en Psicologia, responsable de RRHH de la Direcció General de la Funció Pública del Govern Basc.

# LA CONFIGURACIÓN DE LOS ÓRGANOS DE SELECCIÓN DEL PERSONAL LABORAL Y FUNCIONARIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

J. Javier Cuenca Cervera  
Universitat de València  
**Barcelona. 28/XI/2018**

# OBJETIVOS

1. MOSTRAR EL CAMBIO DE CONTEXTO EN RELACIÓN CON LA CONFIGURACIÓN DE LOS ÓRGANOS TÉCNICOS DE SELECCIÓN, EN ESPECIAL EN LAS ENTIDADES LOCALES
2. EXPLORAR POSIBLES INNOVACIONES A ESCALA MICRO, ORGANIZATIVA, EN TANTO OTROS NIVELES DE GOBIERNO ARTICULAN LA PROFESIONALIZACIÓN DE LA SELECCIÓN

1. INTRODUCCIÓN: ¿UN PROBLEMA DESENFOCADO?
2. EL NUEVO CONTEXTO DEL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO
3. LAS INNOVACIONES POSIBLES DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LOS GESTORES
4. CONCLUSIONES

# 1. INTRODUCCIÓN: ¿UN PROBLEMA DESENFOCADO?

## LA SERPIENTE DE VERANO...

*Ofensiva contra unas oposiciones del siglo XIX: “Memorizar temas ya no Sirve de nada”* **EL CONFIDENCIAL. 16/07/2018**

[https://www.elconfidencial.com/espana/2018-07-15/oposiciones-administracion-elitismo-funcionarios\\_1592680/](https://www.elconfidencial.com/espana/2018-07-15/oposiciones-administracion-elitismo-funcionarios_1592680/)

*¿Siguen teniendo sentido los temarios memorísticos en las oposiciones?* **LA VANGUARDIA. 31/08/2018**

<https://www.lavanguardia.com/economia/management/20180831/451268546515/oposiciones-temarios-memoristicos.html>

*La junta se desvincula de las oposiciones de los expertos que convocó para reformar el sistema de oposiciones en Andalucía* **ABC. 22/08/2018**

[https://sevilla.abc.es/andalucia/sevi-junta-desvincula-opiniones-expertos-convoco-para-reformar-sistema-oposiciones-andalucia-201808221426\\_noticia.html](https://sevilla.abc.es/andalucia/sevi-junta-desvincula-opiniones-expertos-convoco-para-reformar-sistema-oposiciones-andalucia-201808221426_noticia.html)

## ... Y LA REALIDAD

*“La plaza la hemos sacado para él...No te presentes”*

**EL PAÍS. 13/10/2015**

[https://elpais.com/politica/2015/10/09/actualidad/1444417483\\_324121.html](https://elpais.com/politica/2015/10/09/actualidad/1444417483_324121.html)

*El Tribunal de Cuentas alberga a varios grupos familiares de altos cargos*

**EL PAÍS. 9/06/2014**

[https://elpais.com/politica/2014/06/09/actualidad/1402333463\\_591562.html](https://elpais.com/politica/2014/06/09/actualidad/1402333463_591562.html)

*Denuncian la filtración de respuestas de los exámenes de médicos oncólogos*

**EL MUNDO-COMUNITAT VALENCIANA. 4/08/2018**

<https://www.elmundo.es/comunidad-valenciana/2018/08/04/5b647902268e3ef9158b4592.html>



# EL ELEFANTE EN LA HABITACIÓN



- ☞ ¿Es posible asegurar el mérito en un sistema de selección tan descentralizado, entidad a entidad y en donde, hasta ahora, no se exige justificación para designar un tribunal?
- ☞ ¿Podemos hablar realmente de garantía e independencia de los Órganos de Selección en un contexto como este?

# ORDENACIÓN DEL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO (la “mirada clásica”: Sánchez Morón, 2016:123 y ss.)

## ☑ LOS SISTEMAS SELECTIVOS

↪ Oposición/Concurso-Oposición/Concurso

## ☑ LOS ÓRGANOS DE SELECCIÓN

↪ Configuración tribunales: requisitos y designación

## ☑ LOS PROCEDIMIENTOS SELECTIVOS

↪ Convocatoria, admisión, celebración pruebas, reclamaciones

## ☑ LOS REQUISITOS PARA EL ACCESO

↪ Nacionalidad, titulaciones, lenguas autonómicas

☞ Evidentemente resultan determinantes las técnicas de selección

☞ Pero no son solamente «el CÓMO» (las técnicas) sino «el QUIÉN» (las personas encargadas)

# LA CUESTIÓN DE LAS TÉCNICAS DE SELECCIÓN: UNA CUESTIÓN ACADÉMICAMENTE MADURA

☑ “SELECCIÓN Y RENDIMIENTO EN LA FUNCIÓN PÚBLICA”  
MANUEL BAGÜÉS. UC3M. 2010

[https://www.fedea.net/reformasestructurales/PDF/Seleccion\\_y\\_rendimiento\\_en\\_la\\_funcion\\_publica.pdf](https://www.fedea.net/reformasestructurales/PDF/Seleccion_y_rendimiento_en_la_funcion_publica.pdf)

☑ *ESTUDIO SOBRE LA FORMACIÓN PARA EL INGRESO EN LA  
FUNCIÓN PÚBLICA SUPERIOR*  
INAP. 2015

<https://bci.inap.es/material-la-formaci%C3%B3n-para-el-ingreso-en-la-funci%C3%B3n-p%C3%BAblica-superior-condicionantes-educativos>

☑ “SISTEMA DE SELECCIÓN PARA EL ACCESO A UNA FUNCIÓN  
PÚBLICA POSTBUROCRÁTICA” MIKEL GORRITI. 2011. IAAP

☑ “INNOVAR EN SELECCIÓN DESDE LA EVIDENCIA EMPÍRICA Y  
LAS NUEVAS COMPETENCIAS” MIKEL GORRITI. 2018. RVGPOP. IVAP

[http://www.ivap.euskadi.eus/r61-edrvop/es/contenidos/informacion/rvgp\\_ultimo\\_numero/es\\_def/index.shtml](http://www.ivap.euskadi.eus/r61-edrvop/es/contenidos/informacion/rvgp_ultimo_numero/es_def/index.shtml)

# EL SIGNIFICADO DE «MÉRITO» Y «CAPACIDAD»

(MORELL OCAÑA, 1998: 413 Y SS.)

## ✓ MÉRITO

↪ «Tiene una formulación objetivada: ha de poder aplicarse a todos. (...) es un añadido que se computa haciendo abstracción de la personalidad, sin tener en cuenta los rasgos que la individualizan. El mérito se refiere (...) al bagaje que cada uno ha adquirido y posee. (...) El sistema del mérito está pensado para valorar ese esfuerzo, no para seleccionar al más idóneo desde la perspectiva de la tarea a resolver»

## ✓ CAPACIDAD

↪ «Consiste en la determinación objetivada por la norma a partir (...) de dos parámetros: la aptitud física y mental y la conducta del sujeto»

### ☞ LA POSTURA DEL CONSEJO DE ESTADO

«(...) referida al concurso-oposición, cabe traer a colación la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 67/1989, de 16 de abril) considerando que la capacidad prevalece sobre el mérito, de modo que si no se demuestra el mínimo de capacidad exigido en la fase de oposición ya no se pueden tener en cuenta los méritos acreditados» (Dictamen 1489/1998, de 4 de junio)

# LA SELECCIÓN EN UN SISTEMA MERITOCRÁTICO

## 👉 LO POLÍTICO

La decisión de contratar: oportunidad de creación de la plaza y su configuración concreta

## 👉 LA DECISIÓN DE SELECCIÓN

- ↪ Decisión técnica, objetivada
- ↪ Modelo mixto pero con primacía del puesto de trabajo: EBEP, arts. 55, 61.2 y 75 y TRRL-1986, art. 133
- ↪ Principio racionalidad pruebas/puesto, esto es, entre el perfil y las dimensiones a valorar (arts.61.5 EBEP y 9 RD 896/1991, de 7 de junio)
- ↪ Depositada en los Órganos Técnicos de Selección, que disponen de un margen de apreciación

## LOS ÓRGANOS DE SELECCIÓN EN LA DOCTRINA DEL TC

### **Sentencia 193/1987, de 9 de diciembre**

 «La resolución de un concurso de méritos para cubrir una plaza vacante de funcionarios ha de hacerse de acuerdo con un criterio estrictamente técnico, valorando exclusivamente el mérito y la capacidad del aspirante a la plaza de que se trate, conforme establece el art. 103.3 de la Constitución. Criterio o juicio de naturaleza política en su caso, técnica en otros, opuestos entre sí, y emitidos, por lo demás, por órganos de carácter también diferente: un Ente o Corporación Local en el primer caso, una Comisión o Tribunal en el segundo» (FJ 4º)

### **Sentencia 174/1996, de 11 de noviembre.**

 «(...) Hemos afirmado que el discernimiento de esa idoneidad de los aspirantes a una plaza en la función pública ha de corresponder exclusivamente a órganos calificadores compuestos por personas dotadas de la debida preparación científica y técnica en la materia propia de cada función o cargo» (FJ 2º)

# LOS PRINCIPIOS PARA SU CONFIGURACIÓN (EBEP)

## ☑ REGLAS SOBRE LOS INTEGRANTES

- “
- ↪ POSITIVAS: IMPARCIALIDAD Y PROFESIONALIDAD (art. 55.2) y PARIDAD ENTRE HOMBRE Y MUJER (art. 60.1)
  - ↪ NEGATIVAS: EXCLUSIONES DE PERSONAL POLÍTICO, INTERINOS Y EVENTUALES (art. 60.2)

## ☑ REGLAS SOBRE SU ACTUACIÓN

- ↪ INDEPENDENCIA Y DISCRECIONALIDAD TÉCNICA (art. 55.2)
- ↪ A TÍTULO INDIVIDUAL Y SIN REPRESENTACIÓN DE INTERESES EXTERNOS (art. 60.3)

«Por *discrecionalidad técnica* hay que entender la capacidad autónoma de valoración de los méritos y capacidades de los candidatos por parte de los miembros del órgano de selección, dentro de los términos de las convocatorias y sus bases» (SÁNCHEZ MORÓN, M. 2007: 399)

**2. «LOS TIEMPOS ESTÁN  
CAMBIANDO»:  
EL NUEVO ESCENARIO DEL  
ACCESO AL EMPLEO  
PÚBLICO**

## EL CAMBIO DE ESCENARIO: DOS CORRIENTES SIMULTÁNEAS

### ➔ EL «JAQUE» AL DOGMA DE LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA

- ➔ La necesidad de la motivación de la decisión selectiva
- ➔ Las decisiones selectivas como «verdades interinas» (MAURI, 2018) susceptibles de ser superadas mediante prueba
- ➔ La superación de la diferencia entre «núcleo material de la decisión» y sus «aledaños»

### ➔ LA PRÁCTICA DE LOS ÓRGANOS DE CONTROL A PARTIR DE LAS LEYES DE TRANSPARENCIA

- ➔ Publicidad activa y derecho de acceso información pública
- ➔ Escrutinio de las decisiones públicas y criterios (EM LTBG)

La publicidad de los procesos selectivos como principio básico

*«(...) y precisamente porque la publicidad es una condición necesaria para asegurar el respeto de los principios de igualdad, mérito y capacidad, no puede afirmarse que haya fases del proceso selectivo de carácter privado» (STS de 22/11/2016, rec. 4453/2015)*

## ✓ Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

↪ SSTS 16/03/2015 (rec. 735/2014); 16/12/2015 (rec. 2914/2014) y 26/06/2014 (rec. 2399/2013)

## ☞ EXIGENCIAS ESENCIALES:

- a) Se ha de expresar el material o fuentes de información sobre los cuales ha de operar el juicio técnico
- b) Consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico
- c) Expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga preferencia a un candidato frente a los demás

JR CHAVES (2017), FONDEVILA (2017-2018), SÁNCHEZ MORÓN (2016) y MAURI (2018)

## 👉 Resolución 381/2015, de 13 enero. CTBG

- ↪ La documentación que ha sido generada por los entrevistadores y es determinante no tiene carácter auxiliar
- ↪ Acceder a la información no supone injerencia en el juicio del tribunal calificador (SJCCA, 159/2016, 28 de noviembre)

## 👉 Resolución CATPD 113/2017, 8 agosto

- ↪ Con más motivo se tiene derecho al acceso cuando información va referida a plantillas de corrección

## 👉 Resolución GAIP 4/2018, 10 enero

- ↪ Distinguir entre persona adjudicataria de la plaza y el simple aspirante
- ↪ Con la primera derecho a acceder a toda la “información profesional” relevante (sspp, títulos, experiencia, competencias personales). Todo, menos domicilio, estado civil, número de hijos o DNI

## EL SIGUIENTE ESLABÓN: LA «TRAZABILIDAD» DEL PROCEDIMIENTO

- ☞ *«La transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno deben ser los ejes fundamentales de toda acción política. Solo cuando la acción de los responsables públicos se somete a escrutinio, cuando los ciudadanos pueden conocer cómo se toman las decisiones que les afectan, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones podremos hablar del inicio de un proceso en el que los poderes públicos comienzan a responder a una sociedad que es crítica, exigente y que demanda participación de los poderes públicos»*
- ☞ *«Este sistema busca que los ciudadanos cuenten con servidores públicos que ajusten sus actuaciones a los principios de eficacia, austeridad, imparcialidad y, sobre todo, de responsabilidad»*

**(Exposición de motivos, Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia)**

- ☞ La exposición de motivos como parámetro de los consejos para indagar en la toma de decisiones y la rendición de cuentas
- ☞ ¿Cómo es nuestro proceso de designación de los miembros de los OTS ¿qué criterios? ¿son objetivables? ¿explicables?

## CONCLUSIÓN

### ➡ NO ES POSIBLE SEGUIR HACIENDO SELECCIÓN CON EL «AMATEURISMO» CON EL QUE SE FUNCIONA

↪ La complejidad del proceso de selección, la necesidad de dotar de criterios técnicos a la actuación del órgano, el acierto en la confección de pruebas y la transparencia exigida hacen problemático seguir funcionando con esquemas de *semi-amateurismo*

### ➡ NO ES CONVENIENTE AFRONTAR LAS EXIGENCIAS DE LA TRANSPARENCIA SIN RENDIR CUENTAS SOBRE CÓMO SE DESIGNAN LOS OTS

↪ Es necesario un procedimiento que explicita cómo y con qué criterios objetivos se designan las personas concretas y se garanticen los principios de imparcialidad, profesionalidad e independencia, que son el fundamento de la discrecionalidad técnica

# **3. LAS INNOVACIONES POSIBLES**

## LOS OBJETIVOS A CONSEGUIR

### ➡ GARANTIZAR LA EFICACIA DE LA SELECCIÓN

#### ➡ CAPACIDADES TÉCNICAS: ESPECÍFICAS Y GENERALES

➡ «Las personas que formen parte de aquellos órganos deben poseer, pues, un amplio conocimiento del área profesional en que estén incardinados los puestos o funciones a que se dirige la selección o un dominio de las técnicas y habilidades específicas de selección de personal, o ambas cosas al mismo tiempo» (ICEBEP, 2005, pág. 102).

#### ➡ CONOCIMIENTOS JURÍDICOS EN RELACIÓN CON EL PROCEDIMIENTO: ASEGURAMIENTO LEGAL

### ➡ GARANTIZAR LA INTEGRIDAD

#### ➡ GARANTÍA DE INDEPENDENCIA

➡ Órganos estables: profesionalización y rendición de cuentas

➡ Órganos “ad hoc”: voluntariedad y aleatoriedad

### 2 NIVELES DE INNOVACIÓN

☑ REFLEXIONES «DE LEGE FERENDA»

☑ MEJORAS A NIVEL ORGANIZATIVO «BOTTOM UP»

## Órganos estables

### ☑ SOBRE LOS ÓRGANOS PERMANENTES

- ✦ Art. 61.4 EBEP: “Las AAPP podrán crear órganos especializados y permanentes para la organización de procesos selectivos, pudiéndose encomendar estas funciones a los Institutos o Escuelas de Administración Pública”
- ✦ Art. 36.2.c LBRL (competencias diputaciones): “(...) y les presta apoyo en la selección y formación de su personal sin perjuicio de la actividad desarrollada en estas materias por la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas”

### LA COMISIÓN PERMANENTE DE SELECCIÓN DEL INAP (Orden APU/313/2005, de 7 de febrero)

- ☞ Encargada de los procesos selectivos de Cuerpos de Gestión, Sistemas e Informática, Administrativo y Auxiliar de la AGE
- ☞ Presidente, 7 vocales y secretario, 4 propuestos por DGFP y 3 y secretario por INAP, más órgano de apoyo
- ☞ Fija criterios de actuación, realiza proceso selectivo, califica y propone mejoras

# PROFESIONALIZACIÓN DE LOS OTS: ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES

## EL MODELO EN EL PANORAMA COMPARADO

MANUEL FÉREZ, RVGP-Nº especial 2/2018

La «*Merit System Protection Board*» en EEUU

La «*Civil Service Commision*» en Gran Bretaña

La *EPSO* en la Unión Europea

La «*Public Service Commision*» en Canadá

## ¿POR QUÉ NO UNA ADMINISTRACIÓN INDEPENDIENTE GARANTE DEL MÉRITO?

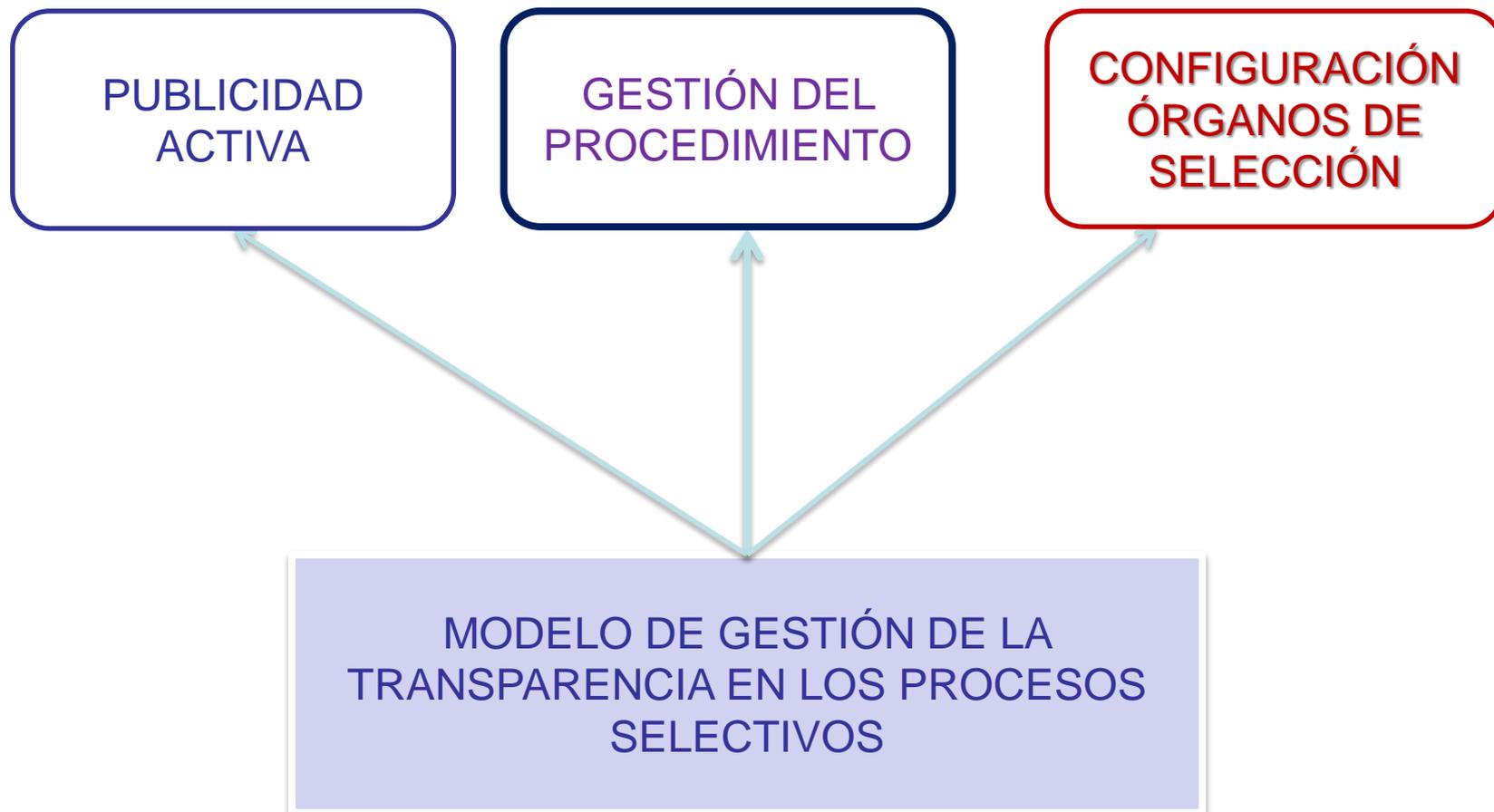
Arts. 109 y 110 ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Funciones de regulación y supervisión externa sobre actividades determinadas, que requieran en su desempeño de «independencia funcional» o «especial autonomía»

Norma con rango de Ley

Funciones de evaluación y resolución de reclamaciones

## UN MODELO PRÁCTICO DE MEJORA PARA LAS EELL



Liderazgo político y negociación colectiva (art. 37.1.c EBEP)

# REGULACIÓN PACTADA PARA MIEMBROS OTS: DIVAL

## 👉 **COMPOSICIÓN**

- ↪ Presidente y 4 vocales.
- ↪ Presidente: Jefe Servicio Personal. Secretario: técnico Servicio de Personal con voz pero sin voto
- ↪ 1 vocal GVA; 1 vocal; 1 vocal: responsable departamento
- ↪ Paridad: 2 hombres y 3 mujeres o viceversa

## 👉 **GARANTÍA IDONEIDAD Y PROFESIONALIDAD**

- ↪ Clasificación profesional igual o superior convocatoria
- ↪ Titulación de la misma área de conocimiento
- ↪ Curso de acreditación: capacitación aspectos técnicos, jurídicos y éticos

## 👉 **GARANTÍA INDEPENDENCIA**

- ↪ Procedimiento aleatorio que afectará, al menos, a dos de los cuatro vocales
- ↪ Sorteo periódico entre funcionarios que, voluntariamente hayan obtenido acreditación/capacitación

# REGULACIÓN MIEMBROS OTS: DIVAL (2)

## EL SORTEO

 Por ámbitos sectoriales, especialidades y subgrupos de clasificación:

- Administración General, Hacienda y Transparencia; Gestión Tributaria, Cooperación, Municipal y Asistencia a Municipios; Medio Ambiente, Carreteras e Infraestructuras; Cultura; Bienestar Social
- Personal de apoyo (auxiliares de servicios técnicos, ayudantes, conductores, subalternos, ordenanzas, conserjes) administrativo (auxiliares, administrativos y oficiales de recaudación), mandos intermedios (encargados, jefes de grupo, jefes de negociado, jefes de unidad técnica y jefes de sección), técnicos (superiores o medios de Escalas de Administración General y Especial)

 Participación constituye un mérito para la carrera en los términos que se concreten reglamentariamente

## EL CURSO DE ACREDITACIÓN/CAPACITACIÓN

### COMPETENCIAS A CONSEGUIR:

- **TÉCNICAS:** Familiarizarse con el diseño de pruebas de conocimiento, teóricas y prácticas, que sean válidas y fiables
- **JURÍDICAS:** Conocer los deberes y obligaciones de los integrantes de los OTS para asegurar su conformidad legal
- **ÉTICAS:** Interiorizar los valores que operan en el acceso al empleo público y estimular el compromiso con la transparencia de los integrantes de los OTS

### DURACIÓN:

- ↳ 20/25 horas, en 4 o 5 mañanas de 5 horas

### CONTENIDOS

- Introducción: diseño proceso selectivo. Monografías del puesto y perfiles profesionales. Fiabilidad y validez. Retos del proceso
- Aspectos técnicos (1): instrumentos y validez predictiva. Pruebas estandarizadas y pruebas de conocimiento: metodología y aplicación. Elaboración de preguntas: distractores y respuesta patrón
- Aspectos técnicos (2): pruebas prácticas: diseño de supuestos y casos. Pruebas de proyecto.
- Aspectos jurídicos: problemática. Órganos colegiados y roles. Documentación y actas. Motivación de las resoluciones. Reclamaciones. Jurisprudencia
- Aspectos éticos: código ético, gestión de la transparencia y la rendición de cuenta

# REGULACIÓN MIEMBROS OTS: DIVAL (4)

## EL CÓDIGO DE CONDUCTA

-  Que deberá ser suscrito íntegramente antes del inicio de cualquier convocatoria

## LA GUIA TÉCNICA

-  Descriptor de funciones y perfiles profesionales
-  Normas de constitución y funcionamiento órganos selección
-  Modelos de actas y documentos
-  Buenas prácticas
-  FAQ'S

## EL PUNTO DE INFORMACIÓN AL/LA ASPIRANTE

-  Link especializado para asegurar transparencia oposiciones
-  Actos y acuerdos OTS, modelos de exámenes, plantillas correctoras, información sobre temarios y en general cuanta información pública haga efectiva la transparencia

# REGULACIÓN DE LOS COMPONENTES DE LOS OTS (2): SANITAT GVA

## 👉 EL «COLEGIO» DE VOCALES

- ↪ Presidencia y secretaría: la Administración
- ↪ Está integrado por aquellas personas interesadas en formar parte, que cumplan con requisitos y Grado II o superior de la carrera y estén inscritas
- ↪ Convocatoria (anuncio) para inscripción y resolución
- ↪ Inscripción por categoría y especialidad profesional
- ↪ Designación por sorteo a cargo de la Comisión Asesora de Selección y Provisión, paritaria Admón-Sindicatos
- ↪ Cuenta para la carrera profesional

## 👉 «GUÍA DE TRANSPARENCIA, ACTUACIÓN Y BUENAS PRÁCTICAS»

## 👉 CONVOCATORIAS CONTENDRÁN FUENTES Y NORMATIVA EN QUE SE BASAN TEMARIOS PARA GARANTIZAR TRANSPARENCIA, SEGURIDAD Y ADECUACIÓN FUNCIONES PUESTOS

- ↪ Las preguntas deberán poder justificarse en fuentes y bibliografía

Orden 5/2018, de 20 de agosto (DOGV del 29), de desarrollo del Decreto 192/2017, de 1 de diciembre: Reglamento de Selección

## 👉 EL PAPEL DEL IVASPE EN LA GESTIÓN: LAS ENCOMIENDAS DE GESTIÓN

👉 Art. 57.2 LPL: *«Los ayuntamientos, tanto de forma individual como colectiva, podrán encomendar al órgano autonómico que tenga atribuida la titularidad de la competencia en materia de seguridad la realización de las pruebas de selección para el ingreso, ascenso y promoción en los cuerpos de policía local, en la forma que reglamentariamente se establezca»*

👉 Proyecto de Decreto del Consell por el que se regulan las encomiendas de gestión para la realización de pruebas unificadas (DOGV de 26 de octubre de 2018)

- Los ayuntamientos conservan titularidad competencia: son quienes nombran
- Los ayuntamientos aprueban OEP (requisito), Bases y nombran aspirantes seleccionados como funcionarios en prácticas
- Acuerdo del Pleno del ayuntamiento
- El Convenio como forma jurídica de la encomienda
- Realización pruebas unificadas

## 👉 EL ÓRGANO TÉCNICO DE SELECCIÓN (Semi-permanente)

- ↪ Presidencia, tres vocalías y una secretaría
- ↪ Presidencia: nombrada por Director AVSRE; 3 vocalías: 2 a propuesta de la FVMP y 1 a propuesta Director AVSRE. Composición paritaria
- ↪ Requisitos para ser vocal (proyecto Reglamento)
  - Ser personal FC de Cuerpo de PL, con título de Grado y ejercicio profesional de 15 años
  - Haber sido nombrado a partir de un sorteo, celebrado entre inscritos en una bolsa constituida al efecto, a partir convocatoria concurrencia pública, en la que se establecerán criterios objetivos para formar parte
  - Entre los criterios objetivos obligatorios estará el de «(...) haber obtenido la formación necesaria que se establecerá para el adecuado ejercicio de la función» (art. 36.1.c)
- ↪ La formación: **CURSO DE CAPACITACIÓN**, «(...) de al menos treinta horas de duración, que contemplará de modo suficiente los aspectos técnicos, jurídicos y éticos del acceso a la función pública»

# ORGANIZACIÓN DEL PROCESO

## 👉 LA FASE PREVIA

- 👉 Sistema selectivo: concurso-oposición con curso selectivo
- 👉 Para poder participar: haber superado «fase previa» convocada por el IVASPE, consistente en la realización de las “*pruebas físicas y psicotécnicas*” (art. 56.2 LPL-CV)

## 👉 EL CURSO BÁSICO

- 👉 Para poder participar: haber superado el «curso básico de capacitación» impartido por el IVASPE (200 horas)

👉 CON AMBOS REQUISITOS EL ASPIRANTE PUEDE PRESENTARSE A LAS CONVOCATORIAS, ORGANIZADAS POR EL PROPIO AYUNTAMIENTO, O ENCOMENDADAS AL IVASPE

👉 ES EL IVASPE EL QUE REALIZA ANUALMENTE LAS CONVOCATORIAS DE LA FASE PREVIA Y ACREDITA SU VALIDEZ DURANTE DOS AÑOS (arts. 57.3 y 59.3 LPL-CV)

# MEJORA TRANSPARENCIA: PROGRAMAS Y TEMARIOS

(S)

## ☞ DIRECCIÓN GENERAL DE TRÁFICO

↪ <http://.dgt.es/es/la-dgt/empleo-publico/oposiciones>

↪ Calificaciones, criterios de corrección para los distintos ejercicios, plantillas de respuestas, supuestos prácticos y casos prácticos (1999-2008/2011)

↪ Programas y temarios completos: arial 12 pts. Interlineado sencillo, espaciado 6, en torno a 25-30 págs. Tema, con indicación autor y en Word (no pdf)

## ☞ POLICÍAS Y BOMBEROS GVA

↪ «Manuales Básicos»

↪ 2316 páginas Bomberos: Operaciones extinción incendios de interior; riesgos naturales; uso recursos de emergencia; organización y gestión de la emergencia y PRL

↪ 2024 páginas Policía Local: jurídica y policía judicial; tráfico y policía administrativa; médico legal, policía científica y táctica policial; psicología y emergencias

Manual Básico  
**IVASPE**  
PARA BOMBEROS  
DE NUEVO INGRESO

M1; M2 M3 M4; M5 M6; M7  
Manual Básico  
**IVASPE**  
PARA POLICÍAS  
DE NUEVO INGRESO

# MEJORA TRANSPARENCIA: INSTRUCCIONES A LOS OTS

## 👉 ALGUNOS ASPECTOS A CONTEMPLAR

- ↪ Deberes de los miembros
- ↪ Funciones específicas: presidente, vocales, secretario
- ↪ Régimen de celebración de sesiones: actas, actuaciones previas
- ↪ Fases proceso selectivo
- ↪ Tratamiento reclamaciones
- ↪ También instrucciones para el personal colaborador
  - Llamamiento, comprobación identidad, hojas de examen
  - Incidencias, entrega de exámenes
  - Forma realización lectura pública
- ↪ Empleo de medios electrónicos de grabación de imagen y/o sonido



INSTITUTO NACIONAL DE  
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

## MANUAL DE SELECCIÓN ABREVIADO PARA LOS MIEMBROS DE LOS TRIBUNALES SELECTIVOS



Manual de Instrucciones  
y Buenas Prácticas  
de los Tribunales de Selección

### III. Otras Resoluciones

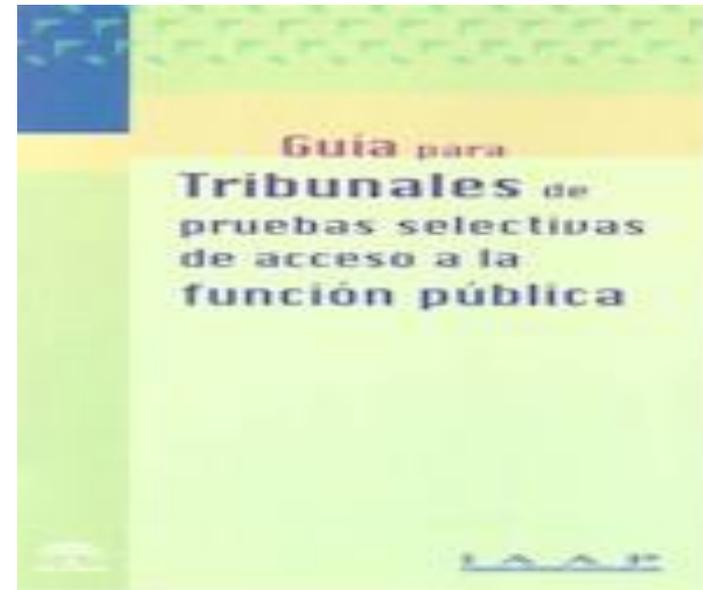
#### Consejería de Presidencia, Justicia e Igualdad

**868** *Dirección General de la Función Pública.- Resolución de 19 de febrero de 2018, por la que se establece el Protocolo General de Actuación para el desarrollo de pruebas selectivas de personal funcionario y laboral en el ámbito de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Canarias.*

El acceso al empleo público se configura en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho fundamental de manos del artículo 23 de la Constitución Española.

Los poderes públicos deben promover las condiciones que permitan el libre ejercicio por parte de la ciudadanía de sus derechos, así como remover los obstáculos que lo impidan o dificulten.

Conforme al citado precepto constitucional, el acceso al empleo público debe producirse en condiciones de igualdad entre quienes aspiren al mismo, a través de procedimientos públicos y de libre concurrencia.



# MEJORA TRANSPARENCIA: COLABORACIÓN GOBIERNOS LOCALES INTERMEDIOS

## 👉 EL CABILDO DE GRAN CANARIA

↪ Convocatoria de Listas de Reserva para vacantes en los municipios de la isla

↪ [http://cabildo.grancanaria.com/-/noticia-el-cabildo-convoca-un-nuevo-proceso-de-seleccion-de-personal-para-interinidades-y-sustituciones-en-gran-canar-3?redirect=http%3A%2F%2Fcabildo.grancanaria.com%2Frecursos-humanos-y-empleo-publico%3Fp\\_p\\_id%3D101\\_INSTANCE\\_8TA3L9FJE9Fd%26p\\_p\\_lifecycle%3D0%26p\\_p\\_state%3Dnormal%26p\\_p\\_mode%3Dview%26p\\_p\\_col\\_id%3Dcolumn-7%26p\\_p\\_col\\_count%3D2](http://cabildo.grancanaria.com/-/noticia-el-cabildo-convoca-un-nuevo-proceso-de-seleccion-de-personal-para-interinidades-y-sustituciones-en-gran-canar-3?redirect=http%3A%2F%2Fcabildo.grancanaria.com%2Frecursos-humanos-y-empleo-publico%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_8TA3L9FJE9Fd%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-7%26p_p_col_count%3D2)

## 👉 LA DIPUTACIÓN DE VALENCIA (DIVAL)

↪ Asistencia técnica en los procesos de selección previo Acuerdo de Adhesión del Pleno y previa la negociación colectiva en la Mesa General (art. 34.2)

## 👉 LA DIPUTACIÓN DE BARCELONA (DIBA)

↪ Personal técnico para órganos de selección

*Medidas de asistencia técnica en procesos centrales GRH, especialmente, selección* (pág. 97 y ss. **LIBRO VERDE GOBIERNOS LOCALES INTERMEDIOS**. 2011. Con Cita del Informe sobre el Empleo Público Local, 2009.)  
Ambos, Fundación Democracia y Gobierno Local. Barcelona

# CONCLUSIONES

- I. Asistimos a un debate sobre las técnicas de selección idóneas en materia de acceso al empleo público ante la apertura propia del nuevo ciclo económico
- II. Sin embargo, el debate sobre las técnicas está cojo si no incluimos la cuestión de los órganos de selección
- III. Algo completamente necesario cuando la jurisprudencia sobre la discrecionalidad técnica y la práctica de los consejos de transparencia ha aumentado las exigencias de actuación
- IV. Dos son las cuestiones a mejorar. De un lado, la capacitación técnica de los integrantes de los órganos de selección. De otro, la garantía de su independencia.
- V. El mejor camino es la profesionalización, creando órganos permanentes y estables, al modo de la EPSO o la Comisión Permanente de Selección
- VI. En ausencia de órganos permanentes, formación y aleatoriedad pueden ser una solución en la búsqueda de criterios objetivos, de «trazabilidad» en la forma de designación de los OTS
- VII. Todo ello sin descuidar mejora de temarios, solución de reclamaciones y en general, la transparencia del proceso

¡GRÀCIES!

[j.javier.cuenca@uv.es](mailto:j.javier.cuenca@uv.es)

## CRITERIOS SOCIALES EN LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

**Susana Rodríguez Escanciano**

*Catedrática de Derecho del Trabajo*

*y de la Seguridad Social.*

Universidad de León

Índice: **1.- EL PUNTO DE PARTIDA: LA DEVALUACIÓN DE LAS CONDICIONES LABORALES DE LOS EMPLEADOS AL SERVICIO DE EMPRESAS CONTRATISTAS Y CONCESIONARIAS. 2.- LA TRANSVERSALIDAD DE LAS CLÁUSULAS SOCIALES EN LA LEY 9/2017. 3.- BUSCANDO A UN EMPRESARIO-ADJUDICATARIO SIN TACHA. 4.-LA EXCLUSIÓN DE OFERTAS ANORMALMENTE BAJAS: EL CUMPLIMIENTO DE LOS CONVENIOS SECTORIALES EN CUANTO A CONDICIONES SALARIALES SE REFIERE. 5.- PRESUPUESTO BASE DE LA LITACIÓN. 6.-CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN. LA MODULACIÓN DEL PARÁMETRO “MEJOR CALIDAD/PRECIO” EN BENEFICIO DE LOS TRABAJADORES. 7.- UTILIZACIÓN DE CRITERIOS DE DESEMPATE DE CONTENIDO SOCIAL A LA HORA DE ADJUDICAR EL CONTRATO. CLARAS MEDIDAS DE FOMENTO DEL EMPLEO EN FAVOR DE LOS COLECTIVOS MÁS NECESITADOS.**

7.1.- Empresas que den ocupación a trabajadores discapacitados. 7.2.- Empresas de inserción. 7.3.- Entidades sin ánimo de lucro. 7.4.- Organizaciones de comercio justo. 7.5.- Empresas que promueven el principio de igualdad de trato entre mujeres y Hombres. 7.6.- Preferencias supletorias. **8.- CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN. 9.- POSIBLE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO POR IMPAGOS SALARIALES. 10.- SUCESIÓN DE CONTRATISTA Y SUBROGACIÓN EMPRESARIAL: SINTONÍAS Y DIVERGENCIAS ENTRE LA NORMATIVA LABORAL Y LA ADMINISTRATIVA.**

10.1.- Cesación del adjudicatario en la prestación del servicio público anteriormente descentralizado. 10.2.- Cesión voluntaria de la contrata. 10.2.1.- Exigencias administrativas. 10.2.2.- Sucesión de empresa: requerimientos laborales. A) Supuestos en los que la actividad requiere una infraestructura o equipamiento. B) Contratas intensivas en mano de obra. La “sucesión de plantilla”. C) La incidencia de la negociación colectiva. 10.3.- Sucesión de contratas tras un proceso de licitación. 10.3.1.- Pertinencia y publicidad. 10.3.2.- Condiciones aplicables tras la subrogación. 10.3.3.- Responsabilidades salariales del contratista saliente. 10.4.- Reinternalización. 10.4.1.- La aplicación de los postulados generales en virtud de la Directiva 2001/23. 10.4.2.- Las dificultades para la asunción del personal afectado por el trasvase. A) Condiciones legales. B) Incidencia de las cláusulas convencionales. C) Los vetos a la asunción voluntaria de efectivos. D) Legislación administrativa y presupuestaria sobre prohibición de consolidación como personal propio. La inconstitucionalidad de la disposición adicional 26ª de la Ley 3/2017. E) El estatus de los trabajadores incorporados. **11.- LOS PELIGROS LABORALES DERIVADOS DEL ENCADENAMIENTO DE CONTRATAS.**

11.1.- La admisibilidad de la subcontratación como postulado de la legislación administrativa. 11.2.- Imputabilidad global frente a la Administración del adjudicatario inicial a la luz de la Ley de Contratos del Sector Público. 11.3.- Las responsabilidades desde el punto de vista del Derecho del Trabajo. 11.4.- El limitado juego del principio de solidaridad empresarial. 11.5.- El concepto “propia actividad” como requisito sine qua non para generar la corresponsabilidad. 11.6.- La inquietante regla de la subsidiariedad. 11.7.- Situaciones de desprotección.

## **1.- EL PUNTO DE PARTIDA: LA DEVALUACIÓN DE LAS CONDICIONES LABORALES DE LOS EMPLEADOS AL SERVICIO DE EMPRESAS CONTRATISTAS Y CONCESIONARIAS**

Cierto es que las Administraciones han aprovechado de forma recurrente las posibilidades que ofrece el sistema de contratación pública, llegando a estar presente en casi todas sus actividades, tanto en las precisas para el funcionamiento ordinario de las propias entidades como en las necesarias para dispensar a los ciudadanos las prestaciones o servicios a cargo, por ley o por asunción voluntaria. No menos verdad resulta que el concierto con empresas contratistas o concesionarias, que aportan sus medios humanos y materiales a la prestación de la encomienda pública asumida provoca un acusado adelgazamiento de la estructura burocrática y del organigrama administrativo con un importante beneficio en cuanto a costes directos de personal de gran interés a efectos de conseguir la ansiada sostenibilidad presupuestaria y estabilidad financiera.

Además, esta frecuente opción por la prestación indirecta de servicios por medio de sujetos privados, quienes, tras un procedimiento reglamentado abierto a la competencia, asumen la realización de parcelas asociadas a las prerrogativas de las Administraciones, ha provocado una dinamización de la economía fruto de un curioso fenómeno de reconversión empresarial desde antiguas empresas contratistas dedicadas básicamente al contrato de obras públicas, que tiene por objeto la construcción, conservación o mantenimiento de una edificación, hacia entidades dedicadas a la gestión integral de contratos públicos, de modo que se han creado organizaciones productivas, o más frecuentemente, grupos de corporaciones multiservicios que se ofrecen como constructores y gestores integrales de actividades de todo tipo (desde la limpieza viaria o la recogida de basuras, gestión de residuos, mantenimiento de parques o instalaciones públicas, vigilancia, alumbrado, etc.).

Ahora bien –y como aspecto menos positivo--, no cabe desconocer tampoco que los empresarios licitadores han venido realizando en muchas ocasiones ofertas *low price* basadas en unas condiciones de trabajo progresivamente devaluadas. La rebaja de los precios de los contratos públicos en los momentos de restricciones presupuestarias va a afectar de manera directa y negativa sobre las condiciones laborales de los trabajadores, que se ven perjudicadas, no sólo en la vertiente salarial, sino también en otros aspectos como una mayor inestabilidad en el empleo (pues la modalidad habitual de contratación es el vínculo para obra o servicio determinado), un importante incremento de la carga de trabajo o una definición más polivalente de las funciones a realizar, circunstancias que se agravan ante un modelo de selección de contratistas o concesionarios que imponía una clara preferencia por los aspectos económicos. La precarización de las condiciones de este colectivo en aspectos salariales, jornada y carga de trabajo ha venido siendo manifiesta, al igual que el incremento de la siniestralidad, tanto por la mayor presión en el desarrollo de la actividad como por la menor inversión en prevención de riesgos laborales, pues el interés empresarial se centrará en conseguir sus objetivos al menor coste posible logrando garantizar un margen de beneficios. De la misma manera, la privatización perjudica la protección colectiva de estos trabajadores, pues, de una parte, van a quedar excluidos del ámbito de representación de los órganos constituidos en la Administración, y, de otra, por la forma en que prestan sus servicios singularmente a término, las posibilidades de que sean representados por los órganos de la

empresa adjudicataria también resultan escasas. Ello sin olvidar, como pauta general, que las condiciones laborales aplicables a los empleados serán las propias de su sector o –casi siempre-- de su empresa, por lo general mucho peores que las previstas en el convenio de la Administración para la que realmente se trabaja, quedando sometidos a una continua rotación y viendo impedida la generación de antigüedad en el puesto de trabajo y la promoción profesional.

Es más, el carácter amplio del objeto empresarial de las empresas multiservicios que se postulan como posibles adjudicatarias dificulta en muchas ocasiones encuadrar a estas corporaciones en el marco de una concreta regulación convencional sectorial, permitiendo, de algún modo, la selección empresarial de la norma convencional aplicable atendiendo al escurridizo criterio de la actividad preponderante<sup>1</sup>, con el fin último de evitar la aplicación del convenio colectivo de la empresa cliente, es decir, la Administración Pública comitente. En otros casos, a los trabajadores de las empresas multiservicios se les aplica el convenio colectivo empresarial propio, que, como regla general, va a incorporar condiciones laborales inferiores al de sector. En fin, en materia de Seguridad Social, el retroceso también es claro: la capacidad recaudatoria del sistema es menor por los salarios bajos, de forma que las cotizaciones más reducidas repercuten en las futuras bases reguladoras y la temporalidad afecta a carreras de cotización que ponen difícil la consecución de los períodos de carencia necesarios para tener derecho a las prestaciones, por no hablar de una protección social complementaria inexistente dada la debilidad negocial.

## **2.- LA TRANSVERSALIDAD DE LAS CLÁUSULAS SOCIALES EN LA LEY 9/2017**

La temporalidad y la devaluación generalizada en las condiciones laborales de los trabajadores al servicio de las empresas contratistas y concesionarias, acompañada en muchas ocasiones de impagos de salarios y de falta de ingreso de las cotizaciones a la Seguridad Social por los empresarios adjudicatarios, han intentado ser corregidos por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), que transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/24, de 26 de febrero, pues, precisamente, uno de sus postulados fundamentales es la aplicación transversal de consideraciones sociales en todo el proceso de contratación, sin olvidar afianzar, al tiempo, el cumplimiento de la garantía de la libre competencia, intentando evitar que los licitadores busquen el incumplimiento de las condiciones laborales como medio para reducir costes, objetivo este último a salvaguardar por la Comisión Interministerial para la incorporación de criterios sociales en la contratación pública (Real Decreto 94/2018, de 2 de marzo).

Con la intención de dar cumplimiento al objetivo de “diseñar un sistema de contratación pública más eficiente, transparente e íntegro, mediante el cual se consiga el mejor cumplimiento de los objetivos públicos, tanto a través de la satisfacción de las necesidades de los órganos de contratación, como mediante una mejora de las condiciones de acceso y participación en las licitaciones públicas de los operadores económicos y, por supuesto, a través de la prestación de mejores servicios a los usuarios de los mismos”, el art. 1.3 LCSP prevé que “en toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales (y medioambientales) siempre que guarden relación con el objeto del contrato”, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación

---

<sup>1</sup> STS, Social, 17 marzo 2015 (rec. 68/2013).

contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos, facilitando, al tiempo, "el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social".

Buena muestra de tan amplio propósito de aplicación transversal de condiciones sociales en todo el proceso de contratación puede encontrarse en el art. 122.2 LCSP que exige la introducción en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, definidores de la dinámica de la relación contractual pergeñando los derechos y obligaciones de cada una de las partes, de "las consideraciones sociales, laborales y ambientales que como criterios de solvencia, de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución se establezcan", en referencia, por tanto, a todas las fases que integran el proceso de contratación: preparación, adjudicación y ejecución.

Procede, pues, hacer un repaso del articulado de esta Ley para destacar aquellos aspectos más significativos.

### **3.- BUSCANDO A UN EMPRESARIO-ADJUDICATARIO SIN TACHA**

Cuando la Administración comitente y el empresario adjudicatario celebran un contrato administrativo, su ejecución supone disponer la organización de medios materiales y humanos del segundo al servicio de la primera por razón de ese encargo, de modo que el objeto del contrato celebrado entre ambos sujetos conlleva la puesta en funcionamiento de la organización productiva del mencionado empresario como parte accidental del ciclo de actuación de la Administración. No puede extrañar, por tanto, que el candidato a contratar con un Ente administrativo deba poseer más requisitos de capacidad y solvencia que los exigidos al particular que quiere convenir un vínculo contractual con otro sujeto privado, hasta el punto de que la capacidad de quien quiere optar al *status* de futuro contratista o concesionario público se encuentra absolutamente determinada, circunstancia que, sin duda, redundará en beneficio de los trabajadores implicados.

#### **3.1.- Prohibiciones para contratar con la Administración**

La LCSP recoge varias limitaciones dirigidas a asegurar que los contratistas y concesionarios están sujetos a la ley y al derecho, evitando la licitación de aquellos sujetos que infringen o incumplen el ordenamiento jurídico, pudiendo mencionar, por lo que aquí interesa, las siguientes:

- 1.- Condena mediante sentencia firme por delitos contra los derechos de los trabajadores.
- 2.- Sanción firme por infracción grave en materia profesional, de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, o de extranjería.
- 3.- Sanción firme por infracción muy grave en materia laboral o social de acuerdo con el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Infracciones y del Orden Social (LISOS), especialmente por no solicitar la afiliación inicial o el alta de los trabajadores que ingresen a su servicio, o solicitar la misma, como consecuencia de actuación inspectora, fuera del plazo establecido. A estos efectos se considerará una infracción por cada uno de los trabajadores afectados.

4.- Haber solicitado la declaración de concurso voluntario, haber sido declaradas insolventes en cualquier procedimiento o hallarse declarados en concurso, lo cual redundará en la garantía del cobro de los salarios por los trabajadores adscritos a la contrata o concesión administrativa.

5.- No encontrarse al corriente de las obligaciones en materia de Seguridad Social, entendiéndose excluidos los casos de deudas aplazadas, fraccionadas o cuando se hubiera alcanzado su suspensión con ocasión de la impugnación de tales deudas.

6.- En el caso de empresas con 50 o más trabajadores, no cumplir con el requisito de que al menos el 2 por 100 de sus empleados sean personas con discapacidad en los términos previstos en el art. 42 Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, que aclara cómo se formulará el cómputo, refiriéndose a la plantilla total de la empresa, cualquiera que sea el número de centros de trabajo de aquélla y cualquiera que sea la forma de contratación laboral que vincule a los trabajadores. Igualmente se entenderá que estarán incluidos los trabajadores con discapacidad que se encuentren en cada momento prestando servicios en virtud de los contratos de puesta a disposición celebrados con empresas de trabajo temporal. A tenor de este precepto, se admite, no obstante, lo cual desvirtúa bastante la eficacia de la prohibición para contratar, que de manera excepcional, las empresas puedan quedar exentas de esta obligación, de forma parcial o total, bien a través de acuerdos recogidos en la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal y, en su defecto, de ámbito inferior, a tenor de lo dispuesto en el artículo 83. 2 y 3 ET, debidamente comunicada a la autoridad laboral, y siempre que en ambos supuestos se apliquen las medidas alternativas que se determinen reglamentariamente, en referencia a las tres siguientes: a) la suscripción de un contrato mercantil o civil con un centro especial de empleo o con un trabajador autónomo discapacitado, tanto para el suministro de materias primas, maquinaria, bienes de equipo, o cualesquiera otros productos necesarios para el correcto desarrollo de la actividad propia de la empresa que opta por esta medida, como para la prestación de servicios ajenos y accesorios a sus normales tareas; b) la colaboración con los enclaves laborales (regulados por Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero), entendidos como el conjunto de trabajadores con discapacidad procedentes de un centro especial de empleo que son desplazados a una empresa ordinaria con el ánimo principal de favorecer el tránsito de estos trabajadores a un entorno laboral normalizado; c) la donación o patrocinio monetario para el desarrollo de actividades de inserción laboral y de creación de empleo de personas con discapacidad, cuando la entidad beneficiaria de dichas acciones de colaboración sea una fundación o una asociación de utilidad pública, cuyo objeto social sea, entre otros, la formación profesional, la inserción laboral o la generación de empleo a favor de los discapacitados que permita la creación de puestos de trabajo para los mismos y, finalmente, su integración en el mercado laboral (art. 2.1 Real Decreto 364/2005, de 8 de abril).

7.- Empresas de más de 250 trabajadores, que no hayan cumplido con la obligación legal de contar con un plan de igualdad de acuerdo con lo previsto en el art. 45 Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo (LOIEMH). Pese a la importancia de esta última previsión en cuanto a la salvaguarda del principio de no discriminación laboral entre sexos, cabe realizar una crítica en relación con la técnica jurídica utilizada, pues la referencia expresa a las empresas de más de 250 trabajadores (escasas en términos cuantitativos en el panorama empresarial español) parece limitar la aplicación de las posibilidades que otorga la LOIEMH, en cuanto a la existencia de planes de igualdad en empresas de menores dimensiones, esto es, "cuando así se establezca en el convenio colectivo que sea aplicable, en los términos previstos en el mismo" (apartado 3 del art. 45) o "previa negociación o consulta, en su caso, con la representación legal de los trabajadores y trabajadoras, cuando la autoridad laboral hubiera acordado en un

procedimiento sancionador la sustitución de las sanciones accesorias por la elaboración y aplicación de dicho plan, en los términos que se fijan en el indicado acuerdo" (apartado 4 del art. 45). No hay que olvidar, a la postre, que las prohibiciones han de interpretarse de forma restrictiva.

### 3.2.- Acreditación de aptitud y solvencia

Las reglas sobre capacidad e idoneidad de las empresas aseguran la elección por parte de la Administración de colaboradores aptos para el desempeño de funciones públicas, lo cual equivale a rechazar al oportunista, a quien carece de la entidad necesaria para acometer una serie de prestaciones que se consideran esenciales para la satisfacción de necesidades generales con arreglo a estándares de eficacia. Así, a los sujetos que quieran contratar con la Administración se les exige, aparte de la lógica "capacidad de obrar", que acrediten su solvencia "económica y financiera y técnica o profesional", en el bien entendido sentido de que mientras la capacidad para contratar con la Administración es necesaria siempre, la solvencia, por el contrario, se gradúa en función de la envergadura y condiciones específicas de cada contrato, debiendo acreditarse documentalmente o de forma automática, mediante la oportuna clasificación, que puede ser objeto de suspensión o revisión según las cambiantes circunstancias de la vida de la empresa (art. 65 LCSP).

Teniendo en cuenta que la Administración tiene en la solvencia el mejor instrumento para dominar el contrato, no en vano constituye un sinónimo de suficiencia para la ejecución<sup>2</sup>, la LCSP, además de dedicar el actual art. 85 a regular de manera más detallada los medios para acreditar solvencia económica y financiera por parte del licitador (volumen de negocio, seguro de responsabilidad civil, patrimonio neto...), procede a incorporar en el contrato de obra [art. 88 e) LCSP], en el de servicios [art. 90 g) LCSP] y en el resto distintos de los de obras, suministros y servicios [art. 91 LCSP por remisión al anterior], entre la enumeración de los medios para valorar la solvencia técnica, la obligación del titular de la organización productiva de efectuar una "declaración sobre la plantilla media anual de la empresa" y, como novedad, "del número de directivos durante los tres últimos años". Ello permite ofrecer una dimensión real de la actividad productiva y de las proyecciones de futuro al margen de desviaciones como pueden ser las contrataciones de personal a través de empresas de trabajo temporal o de sucesivos contratos *a termino* de escasa duración. Facilita, por tanto, una dimensión constante del volumen de empleo de la entidad empresarial por encima de los altibajos de las cargas de trabajo momentáneas, lo cual redundará en una mayor eficacia de la prestación de la actividad pública a favor de los ciudadanos y, al tiempo, reducirá los índices de inestabilidad laboral obrantes en el mercado de trabajo español y sus deplorables efectos: descualificación, inseguridad profesional y personal, siniestralidad, disminución del consumo, etc.

---

<sup>2</sup>En este contexto, puede hacerse mención a la Resolución del Tribunal de Contratación Administrativa de Murcia 2/2017, de 13 de enero, que considera adecuada la exigencia a los licitadores de aportar un certificado acreditativo del cumplimiento de la norma OHSAS 18001 del Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo al objeto de homologar la prestación de los servicios de seguridad y control de accesos por parte de empresas de seguridad privada en diversos edificios y recintos de la Comunidad Autónoma. En cambio, por Resolución 186/2017, de 21 de junio del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, se ha anulado la puntuación otorgada a la adjudicataria de un contrato de servicios complementarios, mantenimiento, limpieza y conserjería de los edificios, colegios e instalaciones deportivas de un distrito porque aunque ha declarado que subcontrataría el 100 por 100 de la prestación a un centro especial de empleo, no puede obtener los puntos que le han sido asignados porque la adjudicataria no acredita que posea una solvencia propia mínima más allá de la subcontratación.

#### **4.-LA EXCLUSIÓN DE OFERTAS ANORMALMENTE BAJAS: EL CUMPLIMIENTO DE LOS CONVENIOS SECTORIALES EN CUANTO A CONDICIONES SALARIALES SE REFIERE**

La Ley 9/2017 introduce una regulación más estricta en cuanto al rechazo de las ofertas anormalmente bajas, pues el art. 149.4 deja claro que, en todo caso, los órganos de contratación rechazarán aquellas propuestas que no cumplen la normativa sobre subcontratación o las obligaciones aplicables en materia social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201<sup>3</sup>. Sin embargo, no se entiende por qué, marginando otro tipo de normas internacionales, el art. 201 LCSP remite a un listado tasado de convenios de la OIT, cuales son los siguientes: n.º 87, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, n.º 98, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, n.º 29, sobre el trabajo forzoso, n.º 105, sobre la abolición del trabajo forzoso, n.º 138, sobre la edad mínima, n.º 111, sobre la discriminación (empleo y ocupación), n.º 100, sobre igualdad de remuneración o n.º 182, sobre las peores formas de trabajo infantil. La única explicación posible podría encontrarse en la selección de convenios realizada por la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento de 1998, pues entiende que tales instrumentos se aplican a todas las personas en todos los países.

Asimismo, sorprende la referencia expresa al incumplimiento del convenio colectivo sectorial, alterando el sistema de fuentes establecido en el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto de los Trabajadores (ET), en virtud del cual, en determinadas materias el convenio colectivo de empresa tiene prioridad aplicativa sobre el sectorial, a saber: a) La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa. b) El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos. c) El horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones. d) La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores. e) La adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley a los convenios de empresa. f) Las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal. g) Aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2 (art. 84.2 ET).

Merece, no obstante, una valoración muy positiva la mención explícita de tales convenios sectoriales y, por tanto, su obligatorio respeto con independencia de la existencia de un convenio de empresa, pues en muchas ocasiones los convenios de empresa se han hecho para, tras un descuelgue, reducir de manera importante las condiciones laborales esenciales de los trabajadores, principalmente las salariales. Con esta previsión parece que se termina con las dudas que planteaba, en paradigmático ejemplo, la incorporación de previsiones garantistas de este tipo en algunas disposiciones forales en relación con contratos administrativos de obra, respecto de las cuales la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo había considerado necesaria la intervención del legislador<sup>3</sup>. El paso dado por la LCSP ha sido importante en aras a garantizar la transparencia y a evitar la precarización de las condiciones laborales de los trabajadores privados que prestan servicios públicos, pero la lectura puede

---

<sup>3</sup> SSTS, Cont-Admtivo, 23 mayo, 31 mayo y 2 junio 2016 (rec. 1383/2015, 1242/2016 y 852/2015).

que no sea tan positiva si se tiene en cuenta que la exigencia de que el convenio sectorial esté "vigente" puede evitar su aplicación si ha sido desplazado, en las materias que prevé el art. 84.2 ET, por un convenio de empresa.

## **5.- PRESUPUESTO BASE DE LA LICITACIÓN**

Al fin de garantizar los salarios de los trabajadores, contribuye también la exigencia de desglose en el presupuesto base de licitación (esto es, el límite máximo de gasto que en virtud del contrato puede comprometer el órgano de contratación), indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. En los contratos donde el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución formen parte del precio total, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia (art. 100 LCSP).

Asimismo, "en el cálculo del valor estimado de los contratos deberán tenerse en cuenta, como mínimo, además de los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, otros costes que se deriven de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial... En los contratos de servicios y de concesión de servicios en los que sea relevante la mano de obra, en la aplicación de la normativa laboral vigente a que se refiere el párrafo anterior se tendrán especialmente en cuenta los costes laborales derivados de los convenios colectivos sectoriales de aplicación" (art. 101 LCSP). Igualmente, es importante la previsión que sienta que "en aquellos servicios en los que el coste económico principal sean los costes laborales, deberán considerarse los términos económicos de los convenios colectivos sectoriales, nacionales, autonómicos y provinciales aplicables en el lugar de prestación de los servicios" (art. 102.3).

## **6.-CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN. LA MODULACIÓN DEL PARÁMETRO "MEJOR CALIDAD/PRECIO" EN BENEFICIO DE LOS TRABAJADORES**

El apartado II de la Exposición de Motivos de la LCSP manifiesta que "por primera vez se establece la obligación de los órganos de contratación de velar por que el diseño de los criterios de adjudicación permita obtener obras, suministros y servicios de gran calidad, concretamente mediante la inclusión de aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores vinculados al objeto del contrato". Esta idea se desarrolla en el art. 145 LCSP, sentando en su párrafo 1º que "la adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio", que "se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos", de modo que "los criterios cualitativos que establezca el órgano de contratación para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir aspectos medioambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato" (párrafo 3º).

Para garantizar la inclusión de estos criterios cualitativos se exige que supongan, al menos, el 51 por 100 de la puntuación en los contratos de servicios listados en el anexo IV, así como en los contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter individual. El art. 145.3 g) LCSP incide estableciendo que "en los contratos de prestación de servicios sociales si

fomentan la integración social de personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato, promueven el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral o cuando se trate de los contratos de servicios sociales, sanitarios o educativos a que se refiere la disposición adicional cuadragésima octava o de contratos intensivos en mano de obra, el precio no podrá ser el único factor determinante de la adjudicación". De todas maneras, se descarta la posibilidad de que sólo aparezcan criterios cualitativos, pues en el último párrafo del art. 145.2 LCSP se precisa que estos deberán ir acompañados de una pauta relacionada con los costes, que a elección del órgano de contratación, podrá ser el precio o una regla basada en la rentabilidad.

Por lo demás, los criterios de adjudicación se establecerán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo, y deberán figurar en el anuncio que sirva de convocatoria de la licitación. Según el art. 129 LCSP, el pliego podrá dar publicidad "a las disposiciones vigentes en materia de protección del empleo, igualdad de género, condiciones de trabajo y prevención de riesgos laborales e inserción sociolaboral de las personas con discapacidad, y a la obligación de contratar a un número o porcentaje específico de personas con discapacidad que serán aplicables a los trabajos efectuados en la obra o a los servicios prestados durante la ejecución del contrato", debiendo en este caso el órgano de contratación solicitar a los licitadores o a los candidatos en un procedimiento de adjudicación de contratos "que manifiesten haber tenido en cuenta en la elaboración de sus ofertas las obligaciones derivadas de las disposiciones vigentes en materia de ... protección del empleo, igualdad de género, condiciones de trabajo, prevención de riesgos laborales e inserción sociolaboral de las personas con discapacidad, y a la obligación de contratar a un número o porcentaje específico de personas con discapacidad".

Ahora bien, dichos criterios sociales de adjudicación han de estar vinculados al objeto del contrato, exigencia establecida igualmente en el considerando 97 de la Directiva 24/2014, a fin de evitar, en última instancia, que "los poderes adjudicadores puedan estar autorizados a exigir a los licitadores que tengan establecida una determinada política de responsabilidad social en la empresa con carácter general, sino que tendrán que particularizar la cláusula social en función del objeto y de la prestación contractual particular de que se trate<sup>4</sup>. Se entiende cumplida esta exigencia de vinculación al objeto del contrato "cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en los siguientes procesos: a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de, en su caso, las obras, los suministros o los servicios, con especial referencia a formas de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas; b) o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material".

En concreto, la LCSP se refiere, como criterios cualitativos de valoración, a: el fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, la

---

<sup>4</sup> Informes de la Junta de Contratación Administrativa del Estado 9/2009, de 31 de marzo; 11/1999, de 30 de junio; 44/2004, de 12 de noviembre ó 42/2006, de 30 de octubre. Asimismo, Resolución 44/2007, de 1 de marzo, del Tribunal de Cataluña de Contratos del Sector Público. También, Dictamen del Consejo de Estado 51/2006, de 25 de mayo.

inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social; la subcontratación con centros especiales de empleo o empresas de inserción; los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres; el fomento de la contratación femenina; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; la mejora de las condiciones laborales y salariales; la estabilidad en el empleo; la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato; la formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo; la aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual; o los criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato" (art. 145.2.1º).

## **7.- UTILIZACIÓN DE CRITERIOS DE DESEMPATE DE CONTENIDO SOCIAL A LA HORA DE ADJUDICAR EL CONTRATO. CLARAS MEDIDAS DE FOMENTO DEL EMPLEO EN FAVOR DE LOS COLECTIVOS MÁS NECESITADOS**

El art. 147 LCSP introduce, ahora en el propio texto articulado de la Ley pues con anterioridad se ubicaba dentro de las disposiciones adicionales, una habilitación o autorización a los órganos de contratación de las Administraciones públicas para señalar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos (con exclusión del resto de los concurrentes al proceso de selección de contratistas) en los supuestos de empate a favor de aquellas proposiciones presentadas por determinados empleadores que reúnan unas cualidades subjetivas determinadas.

Tratándose de establecer criterios específicos para dirimir la paridad entre las ofertas más meritorias, una vez realizada la valoración correspondiente, el precepto mencionado exige además que dichos criterios sean debidamente publicitados y estén vinculados al objeto del contrato, que la documentación acreditativa sea aportada en el momento en que se produzca el empate, y no con carácter previo, y que los licitadores se refieran a los grupos siguientes:

### **7.1.-Empresas que den ocupación a trabajadores discapacitados**

La primera preferencia se refiere a aquellas proposiciones presentadas por aquellas empresas que, al vencimiento del plazo de presentación de ofertas, tengan en su plantilla un porcentaje de trabajadores con discapacidad superior al que les imponga la normativa<sup>5</sup>. En este supuesto, si varias empresas licitadoras de las que hubieren empatado en cuanto a la proposición más ventajosa acreditan tener relación laboral con personas con discapacidad en un porcentaje superior al indicado, tendrá preferencia en la adjudicación del contrato el licitador que disponga del mayor número de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla, apostando, pues, por el principio de estabilidad en el empleo pero sin mencionar que se trate de contrataciones a jornada completa.

---

<sup>5</sup> Puede traerse a colación la Resolución 1023/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 9 de diciembre de 2016, que entiende adecuada la adjudicación del contrato, en aplicación del criterio de desempate supra enunciado interpretado analógicamente, a aquellas empresas que mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad tiene en su plantilla aunque fuera inferior al mínimo legal del 2 por 100 cuando ninguna de las dos licitadoras que han obtenido más puntuación alcanza ese parámetro.

Con esta previsión se pretende contribuir a doblegar una voluntad empresarial poco proclive a contratar a quien no asegura un rendimiento laboral óptimo. Se trata de una medida de "empleo selectivo", que pretende favorecer, en último extremo, a los propios discapacitados, haciendo gala de lo que se ha dado en llamar discriminación positiva, cuya plena constitucionalidad ha sido reconocida por el máximo intérprete de la Norma Fundamental<sup>6</sup>. Es más, la inexigencia de un volumen mínimo de trabajadores sobre el cual aplicar el referido porcentaje conlleva, como lógica consecuencia (beneficiosa a todas luces), que las pequeñas empresas, mayoritarias en nuestro entorno empresarial y fuentes destacadas de la creación de empleo, también puedan contribuir a la inserción del colectivo de discapacitados. Ahora bien, no se precisa el grado de disfuncionalidad exigido para entender cumplido el porcentaje de reserva, razón por la cual se verán favorecidos los sujetos menos disminuidos (es decir, los que superen en poco el porcentaje de reducción del 33 por 100), ya que las empresas suelen "hacer una criba" y contratan a los trabajadores cuya discapacidad es menos acusada. Para superar esta situación, procede efectuar la siguiente propuesta de *lege ferenda*: valorar más a los trabajadores con discapacidades más severas (personas con una afectación psíquica, sobre todo).

### **7.2.- Empresas de inserción**

La segunda preferencia se refiere a proposiciones de empresas de inserción, que cumplan con los requisitos establecidos en su normativa reguladora para tener esta consideración. El fin último de estas entidades es el fomento del empleo de los excluidos sociales, no en vano el art. 3 Ley 40/2007 dispone que al objeto de conseguir la integración que se proponen, deben diseñar, para cada trabajador, un itinerario que persigue suplir las carencias y alcanzar los aprendizajes necesarios para lograr el suficiente grado de empleabilidad que permita su posterior acceso al mercado de trabajo ordinario. Dicho itinerario se caracteriza por las notas de voluntariedad (la decisión de seguirlo corresponde al propio afectado), singularidad (se elabora para cada individuo en concreto, teniendo en cuenta sus características y circunstancias) y personalización (con seguimiento particularizado por un tutor según un plan flexible previamente acordado).

### **7.3.- Entidades sin ánimo de lucro**

La tercera mención del art. 147 LCSP va referida, en la adjudicación de los contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial, a las proposiciones presentadas por entidades sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica, siempre que su finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato, según resulte de sus respectivos estatutos o reglas fundacionales y figuren inscritas en el correspondiente registro oficial.

Se trata de potenciar el denominado tercer sector, lo cual va a repercutir lógicamente en el recurso al voluntariado tan abundante en este ámbito, pero también en el fomento del empleo de escasa cualificación, tal y como sucedería con desempleados expulsados del mercado laboral como consecuencia de la introducción de las tecnologías de la información o de la entrada en recesión de ciertos sectores tradicionales como la construcción, de jóvenes y

---

<sup>6</sup> Por todas, STCo 269/1994, de 9 de octubre.

en un alto grado también de mujeres. Precisamente, pues, alguno de los colectivos más necesitados.

Las entidades sin ánimo de lucro respecto de las cuales es predicable la preferencia en la adjudicación deben venir revestidas, además, de personalidad jurídica y dotadas de una determinada organización; tal exigencia ha de quedar cumplida por cualesquiera de las formas de personificación previstas en el ordenamiento jurídico, constituyendo, además, su inscripción en el registro una exigencia también esencial para la obtención de la prebenda establecida en la LCSP. Además, el patrimonio de la entidad sin ánimo de lucro ha de hallarse destinado a la realización de fines de interés general, lo cual viene a suponer en la práctica su intervención como coadyuvantes de las Administraciones públicas, no en vano estas entidades, como personas jurídico-privadas que son, no tienen la consideración de poderes administrativos, en cuanto no están dotadas de *imperium* o soberanía, pero en tanto en cuanto es precisamente a las organizaciones públicas a quienes se impone como obligación el logro del interés general, la intervención de las entidades sin ánimo de lucro en este campo a través del sistema de contratación administrativa va a quedar limitado a colaborar en la satisfacción pública de las demandas sociales referidas fundamentalmente a aquellos aspectos relacionados con los derechos de tercera generación o fundados en la solidaridad (paz, protección del medio ambiente, desarrollo, servicios sociales, culturales o de ocio...). De todas formas, es necesario distinguir el fin, que necesariamente tiene que ser general, y la realización de dicha finalidad, pues, al concertarse, *in casu*, con determinadas entidades no lucrativas, siempre acabará beneficiando en último término a personas determinadas. Es más, para la aplicación de la preferencia en la adjudicación es necesario también que los fines de la entidad tengan relación directa con el objeto del contrato. Tomando en consideración que en este caso dicha prioridad sólo es aplicable a los vínculos contractuales relativos a prestaciones de carácter social o asistencial, resulta que los fines de estos sujetos han de tener, además de relación con el objeto del contrato, de nuevo, carácter social o asistencial.

#### **7.4.- Organizaciones de comercio justo**

También tienen preferencia las ofertas de entidades reconocidas como Organizaciones de Comercio Justo para la adjudicación de los contratos que tengan como objeto productos en los que exista alternativa de Comercio Justo. La puesta en práctica de esta preferencia puede suponer un acicate importante a la hora de conseguir que las empresas muestren una mayor implicación frente a todas las formas aún subsistentes de explotación laboral, no en vano el comercio justo no tiene sino como finalidad principal la de ofrecer, vender y promocionar productos que cumplen determinados criterios sociales y de desarrollo, contribuyendo a la erradicación de la pobreza a través de la promoción de oportunidades de evolución a pequeños productores y trabajadores de los países más desfavorecidos (Resolución del Parlamento europeo sobre comercio justo y desarrollo).

Aun cuando se han dado pocos pasos en este sentido, cabe señalar algunas experiencias municipales de concursos públicos para el suministro de productos alimenticios (sobre todo café, como ha sucedido en el Ayuntamiento de Barcelona y en la Universidad Autónoma de esta misma localidad) y productos textiles en base a criterios sociales, éticos y solidarios, exigiendo en algunos casos contar con la certificación FLO (Fairtrade Labelling Organizations), una etiqueta que ya figura en los productos que se venden en países como

Holanda, Francia, Reino Unido, Alemania o Canadá y garantiza que un artículo ha sido elaborado en condiciones de trabajo dignas para sus empleados.

Con esta previsión se pretende conseguir una doble finalidad: que las Administraciones Públicas incorporen en relación con su cadena de proveedores la estrategia derivada del comercio justo, y, a la vez y con ello, incidir en el plano de la subcontratación internacional, garantizando que la empresa contratista que suministra el producto de que se trate respete en origen –normalmente países subdesarrollados– los estándares mínimos derivados de dicho comercio justo.

### **7.5.- Empresas que promueven el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres**

También tienen preferencia las proposiciones presentadas por las empresas que, al vencimiento del plazo de presentación de ofertas, incluyan medidas de carácter social y laboral que favorezcan la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Esta disposición, que no es sino es una reiteración de lo previsto en el art. 34.2 LOIEMH, obliga a interrogarse sobre los cauces reales y las manifestaciones concretas a través de los cuales el Ente público podrá comprobar que efectivamente la posible empresa adjudicataria promueve realmente la demandada igualdad efectiva. Alguna pista ofrece a este efecto el mencionado art. 71.1 d) LCSP y, cómo no, el propio articulado de la LOIEMH:

1.- Esta Ley contempla la creación de un distintivo para reconocer a aquellas empresas que destaquen por la aplicación de políticas de igualdad de trato y de oportunidades con sus trabajadores y trabajadoras, que podrá ser utilizado como señuelo en el tráfico comercial de la entidad productiva. Con el fin de obtener este emblema, cualquier organización empresarial podrá presentar al Ministerio de Trabajo un balance sobre los parámetros de igualdad implantados respecto de las relaciones de trabajo y la publicidad de los productos y servicios prestados (art. 50 LOIEMH). Para la concesión del mismo se tendrán en cuenta, entre otros criterios, la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los órganos de dirección y en los distintos grupos y categorías profesionales de la empresa, la adopción de planes de igualdad u otras medidas innovadoras de fomento de la paridad, así como la publicidad no sexista de los productos o servicios de la entidad empresarial (art. 46 LOIEMH). Sin duda, la posesión de tal distintivo puede ser considerada por la Administración como acreditación empresarial para aplicar el criterio social de desempate.

2.- La LOIEMH invita a las sociedades obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada a procurar incluir en su Consejo de Administración, en los nombramientos que se vayan produciendo a medida que venza el mandato de los actuales consejeros, un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada entre ambos sexos en un plazo de ocho años (art. 75). La mayor o menor diligencia en el cumplimiento de tal previsión por parte de la empresa puede suponer también un claro indicio en su favor a la hora de licitar.

3.- La Ley 3/2007 incorpora un nuevo mandato en el art. 85.1 ET, de conformidad con el cual, y "sin perjuicio de la libertad de las partes para determinar el contenido de los convenios colectivos, en la negociación de los mismos existirá, en todo caso, el deber de negociar

medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral o, en su caso, planes de igualdad". Así pues, las alternativas son dos: o se negocia un plan de igualdad o se negocian "medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral", existiendo en este sentido un deber de negociar que, para ser constitucional, debe ser respetuoso con la libertad de las partes a la hora de "determinar el contenido de los convenios colectivos", por lo que no habrá obligación de llegar a un acuerdo en ninguno de los dos sentidos, pero sí un deber inexcusable de negociar de buena fe sobre estas cuestiones.

La importancia de los planes de igualdad no debe ser minusvalorada, no en vano a través de los mismos se canalizará el conjunto de medidas de acceso al empleo, clasificación y promoción profesional, formación, retribuciones y ordenación del tiempo de trabajo, tendentes a alcanzar en la organización productiva, después de realizar un diagnóstico de situación, la igualdad entre mujeres y hombres y a eliminar las discriminaciones por razón de sexo (art. 45 LOIEMH). Los planes de igualdad tendrán, además, tres partes: 1) la fijación de los objetivos a alcanzar; 2) la estrategia y prácticas a adoptar para su consecución; 3) el establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados (art. 46.1 LOIEMH). Es más, la propia LOIEMH se encarga de precisar el procedimiento para la articulación de este deber de negociar planes de igualdad (que no el deber de llegar a un acuerdo, como ya consta) en las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores: "en los convenios colectivos de ámbito empresarial, el deber de negociar se formalizará en el marco de la negociación de dichos convenios; en los convenios de ámbito superior a la empresa, el deber de negociar se formalizará a través de la negociación colectiva que se desarrolle en la empresa en los términos y condiciones que se hubieran establecido en los indicados convenios para cumplimentar dicho deber de negociar a través de las oportunas reglas de complementariedad" (art. 85.2 ET).

Como no podía ser de otra manera, la LOIEMH amplía las competencias de los comités de empresa, modificando el art. 64.1 ET con el fin de atribuirles "el derecho a recibir información, al menos anualmente, relativa a la aplicación en la empresa del derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, entre los que se incluirán datos sobre la proporción de unas y otros en los diferentes niveles profesionales, así como, en su caso, sobre las medidas que se hubieran adoptado para fomentar la igualdad entre mujeres y hombres en la empresa y, de haberse establecido un plan de igualdad, sobre el mismo" (art. 64.1 ET); el derecho de "vigilancia del respeto y aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres" [art. 64.1.g c) ET]; y el derecho a "colaborar con la dirección de la empresa en el establecimiento y puesta en marcha de las medidas de conciliación" (art. 64.1.13 ET). Todas estas prerrogativas serán, como fácilmente puede imaginarse, muy útiles.

4.- Teniendo en cuenta que son las mujeres las que han tenido históricamente --y siguen teniendo-- una mayor dificultad para hacer compatible la dedicación a un trabajo por cuenta propia o ajena con la necesaria atención a sus propias necesidades e inquietudes personales y con la plena participación en la vida familiar en condiciones de igualdad con el resto de sus componentes, es importante que la Administración valore la sensibilidad de las empresas en materia de conciliación a través de diversos indicios que pueden recogerse en las memorias de responsabilidad social corporativa como pueden ser, entre otros, el aumento y mejora de los contenidos normativos en materia de permisos, descansos, reducciones y

excedencias previstos a nivel legal para el cuidado de hijos y la atención de familiares, permitiendo una mayor flexibilidad laboral de los trabajadores; la adopción de fórmulas de trabajo a tiempo parcial o de trabajo a distancia y las bolsas de horas; el diseño de cauces para evitar, en la medida de lo posible, los viajes y desplazamientos de los trabajadores con ocasión de su desempeño profesional (carga gravosa que dificulta sobremanera la organización familiar), favoreciendo otras formas de relación menos agresivas de la indemnidad familiar, como puede ser la utilización de video conferencias para celebrar a distancia cuantas reuniones de trabajo fueran necesarias; o la articulación de ventajas y beneficios sociales concretos destinados a facilitar a las trabajadoras, desde distintos puntos de vista, la atención que pueden dispensar a su familia, destacando sobre todo las guarderías incorporadas al propio centro de trabajo u otro tipo de auxilios económicos destinados a sufragar determinados gastos de los hijos (estudios, enfermedades, discapacidades...).

El cumplimiento escrupuloso de todas estas previsiones por una determinada empresa puede servir, igualmente, como pauta a tener en cuenta por la Administración para el desempate en la licitación, no en vano la consecución de la deseada paridad entre sexos en las relaciones laborales no es sólo un derecho fundamental de la mujer, ni sólo un valor superior del ordenamiento, es también un requisito y exigencia para lograr una sociedad más justa y una economía más dinámica y competitiva. Al final --y a través de la preferencia en la adjudicación de los contratos públicos a favor de las empresas especialmente sensibles en materia de igualdad laboral por razón de género--, el empleo de las mujeres quedará favorecido.

### **7.6.- Preferencias supletorias**

Para evitar que posibles lagunas en los pliegos dejen sin efecto este tipo de prioridades en caso de equiparación entre las ofertas más ventajosas, el art. 147.2 LCSP establece una regulación específica de desempate, referida también al momento de finalizar el plazo de presentación de ofertas: a) Mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social en la plantilla de cada una de las empresas, primando en caso de igualdad, el mayor número de trabajadores fijos con discapacidad en plantilla, o el mayor número de personas trabajadoras en inclusión en la plantilla. b) Menor porcentaje de contratos temporales en la plantilla de cada una de las empresas. c) Mayor porcentaje de mujeres empleadas en la plantilla de cada una de las empresas. d) El sorteo, en caso de que la aplicación de los anteriores criterios no hubiera dado lugar a desempate.

De todas formas, es difícil que, en un proceso de valoración de ofertas, en el que existe un detallado baremo con puntuaciones decimales, tenga lugar una equivalencia entre distintas propuestas más ventajosas, de ahí que estas preferencias no vayan a tener demasiada trascendencia práctica.

### **8.- CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN**

La posibilidad de supeditar las adjudicaciones de los contratos públicos a la colaboración del adjudicatario en determinadas políticas sociales se muestra ya con claridad en el Libro Verde de la Contratación Pública de la Unión Europea<sup>7</sup>, el cual en su apartado 5.42

---

<sup>7</sup> DOCE C-374E, de 28 de diciembre de 2000.

establece la imposición, como condición de ejecución de los contratos administrativos adjudicados, del respeto de las obligaciones de carácter social, encaminadas, por ejemplo, a fomentar el empleo de las mujeres o a favorecer la protección de determinadas categorías desfavorecidas. Los poderes adjudicadores pueden imponer al titular del contrato la observancia de cláusulas contractuales relativas a la forma de ejecución del mismo que sean compatibles con el Derecho Comunitario. Estas cláusulas pueden englobar medidas laborales a favor de determinadas categorías de personas y actuaciones positivas en materia de empleo.

Con las posibilidades que marca la Directiva 2014/24, el art. 35.1 n) LCSP incluye entre las previsiones expresas que debe de incluir el documento en que se formalice el vínculo público correspondiente, una vez adjudicado, la relativa a "la obligación de la empresa contratista de cumplir durante todo el período de ejecución del contrato las normas y condiciones fijadas en el convenio de aplicación". En una primera aproximación, se podría cuestionar la pertinencia u oportunidad de incorporar este apartado que no es sino un recordatorio de una obligación que ya recae sobre el empresario contratista en virtud del ordenamiento jurídico laboral vigente y que debiera resultar indisponible para las partes al formalizar el contrato administrativo, si bien no debe soslayarse la importante seguridad jurídica que incorpora para los trabajadores de las empresas adjudicatarias, máxime cuando el art. 122.2 LCSP recoge expresamente la inclusión en los pliegos de cláusulas de condiciones administrativas de "la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al convenio colectivo sectorial de aplicación"<sup>8</sup>, de manera que mientras dure el contrato público se ha de entender que el empresario tendrá vedado el poder recurrir a los mecanismos que la legislación laboral actual reconoce para poder inaplicar lo dispuesto en materia retributiva en un convenio colectivo de ámbito superior a la empresa, esto es, al descuelgue de las condiciones salariales previstas o a la aplicación prioritaria de lo dispuesto en el convenio de empresa respecto a otro de ámbito superior. Se está corrigiendo, al menos en el ámbito de la contratación administrativa, una de las aportaciones sustanciales de la reforma laboral de 2012, a saber, la prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresa sobre los convenios de sector, en los términos previstos en el art. 84 ET, al venir obligadas las empresas licitadoras a satisfacer, en todo caso, los salarios (previsiblemente superiores) del convenio sectorial correspondiente a la actividad externalizada como medida para dignificar las condiciones de trabajo de los trabajadores adscritos a la contrata y evitar estrategias de licitación a la baja a base de reducir costes laborales con grave distorsión de la competencia. En efecto, se evita así que las corporaciones participantes en los procedimientos de contratación pública puedan incurrir en competencia desleal respecto a otras ofreciendo propuestas económicamente más favorables para la Administración mediante la reducción de los costes salariales posibilitada por la inaplicabilidad de lo dispuesto en el convenio sectorial, práctica habitual hasta ahora de la mano de las empresas multiservicio. Con esta regulación se pone fin a la polémica anterior, pues tal exigencia había venido siendo admitida por el TACP de Madrid<sup>9</sup>, pero fue anulada por la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencia de 7 de junio de 2017<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> En línea con la STJCE 115/14, de 17 de noviembre de 2015, asunto *RegioPost*.

<sup>9</sup> Resoluciones 3 febrero 2016, 6 octubre 2016, 18 enero 2017, 1 febrero 2017 y 18 julio 2017.

<sup>10</sup> Rec. 318/2016.

Además, el art. 202 LCSP establece, al igual que su precedente, la posibilidad de que los órganos de contratación establezcan condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, no sean directa o indirectamente discriminatorias, sean compatibles con el Derecho Comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos<sup>11</sup>.

Esta exigencia de vinculación al objeto de contrato añade un condicionante que limitará el juego de estas condiciones), pero que viene exigido por el considerando 98 de la Directiva 24/2014, debiendo ser entendido en los generosos términos –ya conocidos pero dignos de reiteración-- que marca la propia LCSP en su art. 145: "cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en los siguientes procesos: a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de, en su caso, las obras, los suministros o los servicios, con especial referencia a formas de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas; b) o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material".

A cambio, el actual art. 202 LCSP establece la obligación de incluir en el pliego de cláusulas administrativas particulares, al menos, una de las condiciones especiales de ejecución siguientes enunciadas en un listado abierto: "hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad; contratar un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional; promover el empleo de personas con especiales dificultades de inserción en el mercado laboral, en particular de las personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social a través de empresas de inserción; eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, favoreciendo la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo; favorecer la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar; combatir el paro, en particular el juvenil, el que afecta a las mujeres y el de larga duración; favorecer la formación en el lugar de trabajo; garantizar la seguridad y la protección de la salud en el lugar de trabajo y el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables; medidas para prevenir la siniestralidad laboral; otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 145 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (potenciar una mano de obra cualificada, formada y adaptable y mercados laborales con capacidad de respuesta al cambio económico); o

---

<sup>11</sup> Antes de la actual LCSP, el Informe 16/2014 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón ha llegado a la conclusión de que la inclusión en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de una condición especial de ejecución en virtud de la cual se obligue a las empresas adjudicatarias a no minorar las condiciones de trabajo (jornada, salario y mejoras sobre la legislación laboral básica) de los trabajadores adscritos al contrato en el que se incorpora la misma, en función del convenio colectivo que resulte de aplicación al presentarse la oferta, no vulnera el ordenamiento jurídico español ni el Derecho de la Unión Europea siempre que no sea discriminatoria y se respete el principio de publicidad. Sin embargo, la Resolución núm. 160/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales consideró inadmisibles las siguientes condiciones especiales de ejecución por condicionar el poder de dirección del empresario: cualquier modificación sustancial de las condiciones de trabajo requerirá conformidad previa por parte del Alcalde; en el caso de declaración judicial de despido improcedente, procede de forma forzosa la readmisión, salvo que el afectado optara por la indemnización, previa aprobación por el Pleno; para un mejor control de los trabajadores, la empresa adjudicataria intentará dentro de lo posible la adscripción de los trabajadores en los ámbitos de las dependencias municipales y colegios.

garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, incluidas aquellas consideraciones que busquen favorecer a los pequeños productores de países en desarrollo, con los que se mantienen relaciones comerciales que les son favorables tales como el pago de un precio mínimo y una prima a los productores o una mayor transparencia y trazabilidad de toda la cadena comercial".

Conviene tener presente también que el art. 202 LCSP es aplicable, a tenor del art. 319.1 LCSP, a los efectos y extinción de los contratos celebrados también por los poderes adjudicadores no pertenecientes a la categoría de Administraciones públicas, como excepción a la aplicación de las reglas de derecho privado (fundaciones públicas, mutuas, entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles públicas, fondos sin personalidad jurídica o entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia, partidos políticos, organizaciones sindicales y empresariales, así como las fundaciones y asociaciones vinculadas a cualquiera de ellos siempre que se cumplan determinadas circunstancias como que su financiación sea mayoritariamente pública, u otro tipo de asociaciones de carácter público).

El art. 202.4 LCSP añade, como novedad, que todas las condiciones especiales de ejecución que formen parte del contrato serán exigidas igualmente a todos los subcontratistas que participen de la ejecución del mismo, exigencia que evitará la precarización de las condiciones de trabajo en las cadenas de subcontratación.

## **9.- POSIBLE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO POR IMPAGOS SALARIALES**

El nuevo art. 211 LCSP incluye como garantía de los derechos laborales una nueva causa de resolución del contrato en su apartado i) cual es "el impago, durante la ejecución del contrato, de los salarios por parte del contratista a los trabajadores que estuvieran participando en la misma", o "el incumplimiento de las condiciones establecidas en los convenios colectivos en vigor para estos trabajadores también durante la ejecución del contrato".

El art. 212 LCSP aclara que "la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establezca. No obstante lo anterior, la resolución del contrato por la causa a que se refiere la letra i) del artículo 211.1 solo se acordará, con carácter general, a instancia de los representantes de los trabajadores en la empresa contratista; excepto cuando los trabajadores afectados por el impago de salarios sean trabajadores en los que procediera la subrogación de conformidad con el artículo 130 y el importe de los salarios adeudados por la empresa contratista supere el 5 por ciento del precio de adjudicación del contrato, en cuyo caso la resolución podrá ser acordada directamente por el órgano de contratación de oficio".

## **10.- SUCESIÓN DE CONTRATISTA Y SUBROGACIÓN EMPRESARIAL: SINTONÍAS Y DIVERGENCIAS ENTRE LA NORMATIVA LABORAL Y LA ADMINISTRATIVA**

El art. 130 LCSP apuesta por la permanencia en la ocupación y ratifica la obligación de asumir los contratos del personal de un contratista o concesionario por el nuevo empleador que se haga cargo de la contrata o concesión, declarando, así, la plena aplicación del art. 44 ET. Ahora bien, tal aparente sintonía entre estos dos sectores del ordenamiento jurídico no debe ocultar que la utilización de la descentralización productiva en el ámbito público y en el privado no son equiparables, desde el momento en que el primero se rige por principios tales como, entre otros, la transparencia, la publicidad, la no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores o la salvaguarda de la libre competencia empresarial, mientras en el segundo se parte de la idea madurada de que las organizaciones pueden tener dificultades para realizar de forma óptima todas y cada una de las actividades que componen su cadena productiva, que pueden ser muy heterogéneas teniendo en cuenta la competitividad en mercados globalizados, de suerte que se tiende a la especialización y a la concentración de la organización en aquello que realmente conforma el núcleo duro y central de su actividad (*core business*), encomendando a otros empresarios ajenos la realización de otras tareas auxiliares en aras a una mayor rentabilidad, que no puede sino ir acompañada de ciertas garantías tendentes a la salvaguarda de los derechos de los trabajadores.

Tal disímil perspectiva hace que, si bien los preceptos de la LCSP no son incompatibles con lo dispuesto en la normativa laboral, es necesario una coordinación entre ambos sistemas jurídicos, lo cual no siempre es fácil de llevar a la práctica, surgiendo algunas fricciones necesitadas de solución, singularmente manifiestas en los cuatro supuestos siguientes: decisión de la Administración de dar por terminado el contrato administrativo sin continuación en la prestación del servicio; cesión voluntaria de la contrata por el adjudicatario inicial a un tercero; asunción de la actividad pública externalizada por un nuevo empresario privado tras el consecuente proceso de licitación o, en fin, rescate o reversión de la contrata para la dispensa del servicio público de manera directa por parte de la Administración.

### **10.1.- Cesación del adjudicatario en la prestación del servicio público anteriormente descentralizado**

La decisión administrativa de dar por concluida la prestación de un servicio público anteriormente encomendado a una empresa privada habilita para que el empresario contratista o concesionario acuda, atendiendo al número de trabajadores afectados, a los arts. 51 y 52 c) ET para justificar un despido colectivo u objetivo, fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, con el abono de la pertinente indemnización (20 días de salario por año de servicio)<sup>12</sup>. Es más, como ha reconocido el Tribunal Supremo, los trabajadores no podrían solicitar la subrogación empresarial si meses después la Administración adjudicara la contrata a un nuevo empresario<sup>13</sup>.

También podría recurrirse a la extinción de los contratos de trabajo por fuerza mayor entendida ésta como *factum principis*, derivada de la supresión de una adjudicación por una

<sup>12</sup> SSTs, Social, 8 julio 2012 (rec. 2341/2011, 28 febrero 2012 (rec. 4139/2010) y 6 junio 2012 (rec. 1623/2011).

<sup>13</sup> STS, Social, 12 julio 2017 (rec. 20/2017).

decisión administrativa, en cuyo caso los trámites a seguir son los que marca el art. 51.7 ET (constatación por la autoridad laboral de la fuerza mayor, cualquiera que sea el número de los trabajadores afectados, previo procedimiento iniciado mediante solicitud, acompañada de los medios de prueba que estime necesarios y simultánea comunicación a los representantes legales de los trabajadores, quienes ostentarán la condición de parte interesada en la totalidad de la tramitación del expediente, debiéndose dictar resolución, previas las actuaciones e informes indispensables, en el plazo de cinco días desde la solicitud, surtiendo efectos desde la fecha del hecho causante de la fuerza mayor).

Cabe plantear también la posibilidad de que la Administración decida reducir parte de la actividad que viene desarrollando el adjudicatario, lo cual puede implicar una reducción del volumen de trabajadores necesarios para llevarla a cabo. Como es sabido, se considera válida la contratación laboral por obra o servicio cuyo objeto sea la realización de una actividad contratada con un tercero por tiempo determinado, extendiéndose su duración por el espacio que abarca la contrata. El Tribunal Supremo viene entendiendo que la minoración del volumen de actividad encomendada puede justificar la extinción de cierto número de contratos por causas objetivas al amparo de los arts. 52 c) o 51 ET, pero no la extinción dentro del paraguas del art. 49.1 c) ET, esto es, no cabe la terminación del contrato temporal por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio prestado, con las consecuentes diferencias indemnizatorias (20 días en el primer supuesto y 12 días en el segundo)<sup>14</sup>.

### **10.2.- Cesión voluntaria de la contrata**

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

Ahora bien, los extensos plazos de duración de las contratas y concesiones administrativas hacen que sea muy probable, casi seguro, que se produzcan a lo largo de aquéllas múltiples incidencias que pueden afectar a la identidad del sujeto que, como contratista o concesionario, está obligado a cumplir los deberes inherentes al vínculo administrativo. Es más, en muchas ocasiones esa traslación de las obligaciones del adjudicatario a un tercer empresario puede llevar a la sustitución íntegra del mismo por otro sujeto, tras la oportuna cesión del nexo contractual público. Tal circunstancia no supone sólo un cambio jurídico empresarial de la titularidad de la prestación de servicios públicos de necesario conocimiento y autorización por parte de la Administración, tal y como exige la LCSP, sino que, proyectándose más allá, alcanza a la condición de los trabajadores que prestaban su esfuerzo productivo a favor del antiguo adjudicatario al calor del art. 44 ET.

---

<sup>14</sup> SSTS, Social, 16 julio 2014 (Ar. 4426) y 14 junio 2017 (Ar. 5479).

### 10.2.1.- Exigencias administrativas

Con el objetivo último de dar cumplimiento al consolidado principio de continuidad en la contrata o concesión administrativa, caracterizado por el hecho de que el titular de la misma no puede interrumpir ni suspender el servicio público concedido salvo caso de fuerza mayor, la LCSP dispone lo siguiente: "para que los contratistas puedan ceder sus derechos y obligaciones a terceros, los pliegos deberán contemplar, como mínimo, la exigencia de los siguientes requisitos: a) Que el órgano de contratación autorice, de forma previa y expresa, la cesión; b) Que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 por 100 del importe del contrato o, cuando se trate de un contrato de concesión de obras o concesión de servicios, que haya efectuado su explotación durante al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato. c) Que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración y la solvencia que resulte exigible en función de la fase de ejecución del contrato, debiendo estar debidamente clasificado si tal requisito ha sido exigido al cedente, y no estar incurso en una causa de prohibición de contratar. d) Que la cesión se formalice, entre el adjudicatario y el cesionario, en escritura pública (art. 214).

Cumplidos tales condicionantes, la autorización de la transmisión del vínculo administrativo a un tercero no puede conllevar sino, como lógica consecuencia, que ante la Administración, los usuarios y cualquier ajeno, el cesionario adquiera la condición de concesionario. La relación concesional preexistente se extingue por causa de la cesión, quedando el cedente desvinculado de la gestión del servicio y concluyendo su relación jurídica con la Administración concedente, no en vano la empresa adjudicataria ha traspasado a un tercero su relación contractual con la Administración, relación que subsistirá ahora entre el Ente público y el cesionario.

### 10.2.2.- Sucesión de empresa: requerimientos laborales

A esta misma conclusión debería de llegarse si aplicáramos el ordenamiento jurídico-laboral, pues, en principio, parecería lógico que este sector del ordenamiento, en virtud de su carácter marcadamente tuitivo, apostara por garantizar la estabilidad en el empleo de los trabajadores afectados por el cambio de adjudicatario, no en vano el "principio de continuidad de las relaciones laborales más allá de las vicisitudes que pueda experimentar la titularidad de la empresa" debería constituir un principio consolidado del *Ius Laborum*. Ahora bien, el tenor literal vigente incorporado al art. 44 ET, antes de adoptar este criterio de la subrogación empresarial con carácter general, es sumamente claro al condicionar la aplicación de dicho mecanismo al cumplimiento de una serie de condicionantes, pudiendo distinguir varios extremos:

#### A) Supuestos en los que la actividad requiere una infraestructura o equipamiento

A tenor del art. 44 ET, la asunción por el nuevo empresario de los derechos y obligaciones laborales del anterior y, por consiguiente, la continuidad con el primero de las relaciones laborales concertadas en su día por el segundo, esto es, el mantenimiento en su empleo de los trabajadores reclutados *ab initio*, aparece condicionada, para que pueda tener lugar por imperativo legal, a que medie entre los dos empleadores una transmisión "de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma". Se trata de una condición necesaria,

pero no suficiente, pues se requiere también que lo transmitido "afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesorio" (art. 44.2 ET). Así, si junto con la asunción de la competencia para la prestación del servicio se transmiten cuantos bienes conformaban el activo utilizado para ello, habría de operar el mecanismo de subrogación previsto en el art. 44 ET; sin embargo, cuando tal extremo no fuera acompañado de la entrega de ninguna clase de sustrato material, no entrarían en juego las previsiones de este precepto estatutario y, en consecuencia, los contratos de trabajo podrían quedar extinguidos<sup>15</sup>.

Teniendo en cuenta los presupuestos subjetivos y objetivos indicados, para que el fenómeno de la transmisión de empresa vaya acompañado del efecto subrogatorio, es necesario que tenga lugar una efectiva cesión de "partes individualizadas" de la entidad empresarial, "siempre que conserven su identidad"<sup>16</sup> y "lo que se transmita sea susceptible de explotación económica independiente, capaz de ofrecer bienes y servicios al mercado"<sup>17</sup>, esto es, que, en el caso aquí analizado, quede garantizada la eficiencia de la prestación del servicio público frente a los usuarios. En definitiva, para que opere la subrogación, el servicio ha de prestarse con la misma infraestructura, elementos patrimoniales y recursos dispuestos por la empresa anterior, esto es los activos materiales e inmateriales, aunque resulte irrelevante la titularidad de los componentes transmitidos<sup>18</sup>. Si la transmisión va acompañada del trasvase de factores patrimoniales significativos para el desarrollo de la actividad objeto de la contrata, ni la ausencia de relación jurídica directa entre empresa saliente y entrante<sup>19</sup>, ni la eventual circunstancia de que los bienes que se transmitan no sean propiedad del contratista saliente<sup>20</sup>, impiden la subsunción en el supuesto de hecho de la norma subrogatoria y, en consecuencia, la aplicación del régimen de garantías establecido en el ET, en el bien entendido sentido de que los soportes a tomar en consideración no son aquellos en relación con los cuales se prestan los servicios, sino las instalaciones, maquinaria y/o equipamiento que en realidad se utilicen para prestar dichos servicios.

Aplicando esta tesis, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha entendido que procede la subrogación "en una situación en la que una empresa pública (Adif), titular de una actividad económica de manipulación de unidades de transporte intermodal, confía mediante un contrato de servicios o de concesión de servicios (anterior contrato de gestión de servicios públicos) la explotación de esa actividad a otra empresa, poniendo a disposición de ésta las infraestructuras y el equipamiento necesarios de los que es propietaria, y posteriormente decide poner fin a dicho contrato porque en lo sucesivo va a explotar esa actividad ella misma con su propio personal", no en vano la entidad económica ha mantenido su identidad, tal y como exige la Directiva. No desvirtúa esta conclusión a favor de la aplicación de la Directiva

---

<sup>15</sup> Por todas, STCo 66/1987, de 21 de mayo.

<sup>16</sup> SSTS, Social, 29 abril y 8 junio 1998 (rec. 1696/1997 y 2178/1997).

<sup>17</sup> STS, Social, 27 octubre 1994 (rec. 3724/1993).

<sup>18</sup> STS, Social, 30 mayo 2011 (rec. 2192/2010), en relación con un servicio municipal de retirada de vehículos, ó 26 enero 2012 (rec. 917/2011), referida a un servicio público asistencial. También, SSTSJ, Social, Castilla-La Mancha 19 septiembre 2013 y 6 febrero 2014 (rec. 641/2013 y rec. 547/2013), referidas a la reversión de determinados servicios educativos y de los medios materiales para su atención; Islas Canarias/Las Palmas 30 junio 2014 (rec. 319/2014), donde se recuperan los medios cedidos para el servicio de salvamento, recate y vigilancia del litoral; ó SSTSJ Islas Canarias/Las Palmas 31 marzo 2015 (rec. 706/2014), sobre la recuperación de unas instalaciones deportivas de titularidad pública.

<sup>19</sup> STJUE C-171 y 172/1994, de 7 de marzo de 1996, asunto *Merckx*.

<sup>20</sup> STJUE C-340/01, de 20 de noviembre de 2003, asunto *Abler*.

2001/23 el hecho de que no haya transmisión efectiva de infraestructuras ni materiales, pues éstos siempre fueron propiedad de Adif (con lo cual esta exigencia se da por cumplida) ni tampoco que ésta no se hiciera cargo de los trabajadores porque la actividad no es intensiva en mano de obra sino en equipamiento<sup>21</sup>.

En esta misma línea, hace escasos meses, se ha vuelto a pronunciar el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el asunto *Securitas*, considerando que entra en el concepto de transmisión de empresas la pérdida de un cliente por un operador debido a la adjudicación del servicio de vigilancia de instalaciones a otro<sup>22</sup>. En esta sentencia se determina que: a) cuando la actividad se apoya fundamentalmente en el equipamiento, el hecho de que el nuevo empresario no se haga cargo de los antiguos trabajadores de una empresa para el desarrollo de la actividad no basta para excluir la existencia de una transmisión de una entidad que mantenga su identidad; b) la circunstancia de que los elementos materiales indispensables para el desarrollo de la actividad de que se trata no pertenecieran a su antecesor, sino que simplemente fueran puestos a su disposición por la entidad contratante, no puede excluir la existencia de una transmisión de empresa; c) únicamente ha de tenerse en cuenta para acreditar la existencia de una transmisión de una entidad que mantenga su identidad, el equipamiento que se utilice en realidad para prestar los servicios de vigilancia, excluidas las instalaciones objeto de tales servicios.

Desde tal perspectiva, es cuestionable la concurrencia de esta exigencia de transmisión de elementos patrimoniales en muchos de los supuestos de cesión de contratos, procediendo, en una primera aproximación, bien la extinción de los contratos de trabajo afectados por los empresarios-contratistas o concesionarios alegando causas organizativas o bien la recolocación por estos mismos empleadores en otras dependencias. Tan categórica afirmación merece, empero, atendiendo a lo dispuesto en la normativa laboral, una serie de matizaciones adicionales.

## **B) Contratos intensivos en mano de obra. La "sucesión de plantilla"**

Aun no siendo de aplicación el mecanismo subrogatorio en los supuestos en los que el cambio de titularidad en la gestión del servicio público no vaya acompañado por la entrega de un conjunto de elementos organizados dotados de autonomía productiva, tal y como se deriva del art. 44 y había venido sosteniendo la doctrina judicial más clásica que rechazaba, como regla general, la sucesión en contratos o concesiones administrativas<sup>23</sup>, lo cierto es que esta tesis restrictiva tuvo que ser matizada al calor de una nueva línea interpretativa apuntada desde algunos pronunciamientos de órganos supranacionales, recogiendo a tenor de la Directiva 2001/23, de 12 de marzo, una noción funcional de la transmisión y no centrando su atención solamente en la concepción de empresa-organización, de conformidad con la cual "dicha entidad [económica organizada] si bien ha de ser suficientemente estructurada y autónoma, no entraña necesariamente elementos significativos de activo material o inmaterial. En efecto, en determinados sectores económicos, como los de limpieza y vigilancia, estos elementos se reducen a menudo a su mínima expresión y la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra. Así pues, un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente

<sup>21</sup> STJUE de 26 de noviembre de 2015 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco), ADIF/Algeposa Terminales Ferroviarios S.L. (asunto C-509/2014).

<sup>22</sup> STJUE 19 octubre 2017 (asunto C-200/16).

<sup>23</sup> Entre muchas, SSTS, Social, 6 febrero 1997 (rec. 1886/1996) y 21 octubre 1998 (rec. 3556/1997).

destinados de forma duradera a una organización común pueden constituir una actividad económica cuando no existen factores de producción<sup>24</sup>, sin que nada impida, por ende, que la plantilla sea asumida por la empresa adquirente en aquellos sectores en los cuales la unidad de producción es esencialmente la mano de obra<sup>25</sup>. A tenor de esta novedosa doctrina, podría llegarse a concluir que "las actividades públicas gestionadas indirectamente constituirían *per se* un complejo orgánico --una unidad productiva en sentido funcional y técnico-- encaminado a realizar un servicio público definido y delimitado, lo que supone que las vicisitudes que representen un cambio subjetivo en el ejercicio de la explotación integrarían el supuesto de hecho del art. 44 ET que acciona el efecto subrogatorio *ex lege* respecto de quien se hace eco efectivamente del servicio objeto de concesión como una unidad productiva, de manera que en aquellas actividades que no requieren de un importante soporte patrimonial y en las que, diversamente, tiene una gran relevancia el elemento personal, la contratación de una parte importante de los efectivos del antecesor en número y competencias será el criterio determinante para decidir si existe o no trasvase. Por tanto, en las actividades despatrimonializadas puede entenderse producida la transmisión de una entidad económica que mantiene su identidad cuando el nuevo empresario, bien por su propia voluntad o por acuerdo entre las empresas implicadas, se haga cargo de un número significativo de los trabajadores –en términos cuantitativos o cualitativos– que el antiguo empleador venía ocupando en las tareas objeto de la contrata.

Aplicando esta teoría, el Tribunal de Justicia ha dejado claro que "el artículo 1, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, debe interpretarse en el sentido de que ésta no se aplica a una situación en la que un Ayuntamiento, que había encargado la limpieza de sus dependencias a una empresa privada, decide poner fin al contrato celebrado con ésta y realizar por sí mismo los trabajos de limpieza de dichas dependencias, contratando para ello nuevo personal", pues aun cuando se trata de un sector intensivo en mano de obra, el ente municipal no ha asumido parte de los efectivos, requisito *sine qua non* para que opere la subrogación de efectivos<sup>26</sup>.

Cierto es, por lo demás, que la interpretación extensiva sobre la sucesión de plantillas fue asumida por algunos Tribunales Superiores de Justicia<sup>27</sup>, e incluso por el Tribunal Supremo<sup>28</sup>, para aquellos supuestos en los que el nuevo empresario se hace cargo en términos significativos de calidad y número de una parte del personal del antiguo adjudicatario sin que el hecho de que no se hayan aportado elementos materiales desvirtúe la calificación de lo sucedido para

<sup>24</sup> SSTJCE 173/96 y 247/96, de 10 de diciembre de 1998, asuntos acumulados *Sánchez Hidalgo y otros*; 127/96, 229/96 y 74/97, de 10 de diciembre de 1998, asuntos acumulados *Hernández Vidal y otros*; 172/99, de 25 de enero de 2001, asunto *Oy Liikenne Ab*; 51/00, de 24 de enero de 2002, asunto *Temco*, 340/01, de 20 de noviembre de 2003, asunto *Carlito Abler y otros* y 232 y 233/04, de 15 de diciembre de 2005, asunto *Giiney-Gorres y Demir*.

<sup>25</sup> SSTS, Social, 21, 26 y octubre 2004 (rec. 5075/2003. 4423/2003 y 899/2002), 28 diciembre 2004 (rec. 5329/2003) y 31 enero y 7 febrero 2005 (rec. 6025/2003 y 650/2004)

<sup>26</sup> STJUE de 20 de enero de 2011 (petición de decisión prejudicial planteada por Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha), CLECE, S.A./María Socorro Martín Valor, Ayuntamiento de Cobisa (Asunto C-463/09).

<sup>27</sup> Por todas, SSTSJ, Social, Canarias/Las Palmas 16 enero 2009 (rec. 129/2008).

<sup>28</sup> SSTS, Social, 7 diciembre 2011 (rec. 4665/2010) y 27 abril 2015 (RJ 2015/1714).

aquellos sectores que no exijan material e instalaciones importantes sino que descansan esencialmente en la mano de obra<sup>29</sup>.

### **C) La incidencia de la negociación colectiva**

Teniendo en cuenta el principio de complementariedad, la subrogación también puede derivar, como mejora del tenor legal, del convenio colectivo aplicable, aspecto de especial transcendencia sobre todo en aquellos sectores de la actividad caracterizados por la prestación de servicios con escaso soporte material y, al tiempo, por una elevada intensificación de la mano de obra. La negociación colectiva puede apostar, así, por la subrogación cuando a tenor de lo previsto en el art. 44 ET no procediera. Las dudas que este tipo de previsiones pudieran suscitar desde la perspectiva de su compatibilidad con la libertad de empresa y la normativa protectora de la libre competencia han sido resueltas por los tribunales a favor de su admisibilidad con la única exigencia de que las corporaciones implicadas se encuentren comprendidas en el ámbito de aplicación del convenio colectivo correspondiente, pues, de lo contrario, la previsión convencional no resultará vinculante<sup>30</sup>.

Con todo, cuando el convenio colectivo recoge la aplicación de la doctrina de la sucesión de plantillas plantea algunos problemas interpretativos. El principal es si la asunción de una parte significativa de trabajadores en sectores de actividad despatrimonializados da lugar a la aplicación del régimen subrogatorio del art. 44 ET en los términos allí previstos o si las consecuencias deben ser las recogidas en el propio convenio colectivo, independientemente de su correspondencia o no con las garantías legalmente establecidas. A estos efectos, la jurisprudencia mayoritaria viene entendiendo que se aplica el régimen del convenio colectivo *in toto*<sup>31</sup>; esto es, si la norma convencional impone la subrogación obligatoria en un supuesto que no quepa incluir en las previsiones de la Directiva o del art. 44 ET, la norma pactada mantiene plena libertad para fijar las condiciones de subrogación, atendiendo a los principios de complementariedad o concurrencia no conflictiva, pues si no existiera mandato del convenio tampoco habría subrogación empresarial, de manera que la regulación pactada aparece como una mejora. Sin embargo, cuando la subrogación deriva de una regla legal, sea cual sea la regulación del convenio, habrá que estar a dicha norma legal<sup>32</sup>.

Cabe hacer referencia, así, a efectos meramente ilustrativos, a lo previsto en el art. 43 del convenio colectivo estatal de jardinería<sup>33</sup>, el art. 14 del convenio colectivo estatal para las empresas de seguridad<sup>34</sup>, el art. 17 del convenio colectivo sectorial de limpieza de edificios y locales<sup>35</sup>, el art. 9 del convenio colectivo estatal de contratistas ferroviarias<sup>36</sup>, el art. 27 del convenio colectivo estatal de empresas de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia<sup>37</sup>, el art. 53 del convenio colectivo de agua (captación, elevación, distribución...) <sup>38</sup> o los arts. 70 y 71 del

---

<sup>29</sup> Significativamente, STS, Social, 23 octubre 2009 (rec. 2684/2009).

<sup>30</sup> SSTs 28 octubre 1996 (rec. 566/1996) y 10 diciembre 2008 (rec. 2731/2007).

<sup>31</sup> SSTs, Social, 10 mayo 2016 (RJ 2016, 3251) ó 2 junio 2016 (RJ 2016, 3745).

<sup>32</sup> STS, Social, 20 diciembre 2017 (rec. 335/2016).

<sup>33</sup> BOE de 9 de agosto de 2018.

<sup>34</sup> BOE de 1 de febrero de 2018.

<sup>35</sup> BOE de 23 de mayo de 2013.

<sup>36</sup> BOE de 6 de marzo de 2018.

<sup>37</sup> BOE de 5 de junio de 2010.

<sup>38</sup> BOE de 4 de noviembre de 2015.

convenio colectivo de servicios de atención a personas dependientes<sup>39</sup>. En tales supuestos, la jurisprudencia parece exigir que, para que la subrogación tenga lugar, ésta ha de "aparecer [necesariamente] impuesta por norma convencional eficaz"<sup>40</sup> y ejercerse en los términos y con el alcance señalado<sup>41</sup> en el convenio. Es decir, ha de atenderse a la redacción de la cláusula convencional referida a la transmisión de empresa, en cuyo caso quedan salvados y mejorados los criterios generales incorporados al art. 44 ET referidos a la cesión de elementos personales o patrimoniales que permitan continuar con la actividad.

### 10.3.- Sucesión de contratistas tras un proceso de licitación

El supuesto más frecuente en la práctica es que la actividad o el servicio de la Administración pase de una empresa privada a otra empresa privada tras un nuevo proceso de licitación.

#### 10.3.1.- Pertinencia y publicidad

Atendiendo a las libertades y principios en los que se fundamenta el sistema comunitario de contratación pública, esto es, suprimir las trabas a la libre circulación de mercancías y a la libertad de establecimiento y de prestación de servicios y, por tanto, proteger los intereses de los operadores económicos establecidos en un Estado miembro que deseen ofrecer sus bienes o servicios a las entidades adjudicadoras situadas en otro Estado miembro, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado en dos ocasiones principales sobre las posibilidades de introducir en los pliegos de condiciones administrativas obligaciones de subrogación empresarial por parte del nuevo adjudicatario. Y, así, ha entendido, en un primer momento, que la aplicación del principio de transmisión de empresas "a los supuestos de cambio de titular en la explotación de una concesión administrativa de transporte público no podía entenderse como un obstáculo a la competencia entre empresas..., pues los operadores conservan su margen de maniobra para hacer jugar la competencia entre ellos"<sup>42</sup>.

No obstante esta tesis inicial, el propio Tribunal Europeo en otro pronunciamiento más reciente procede a matizar el contenido fundamental de esta tesis, entendiendo que la ampliación del radio de acción normativa de las garantías de la transmisión de empresa ante un contrato administrativo más allá de la aplicación de la Directiva 2001/23 podría llegar a ser considerada restrictiva de la libre competencia. Así, cabe mencionar el asunto *Aeropuertos italianos*, en el cual se considera contraria al Derecho Comunitario una previsión del Derecho

<sup>39</sup> BOE de 18 de febrero de 2018.

<sup>40</sup> STSJ, Social, Madrid 1 septiembre 2005 (rec. 2363/2005).

<sup>41</sup> Conforme señalan algunos pronunciamientos, "los efectos subrogatorios se limitan exclusivamente a la novación de los contratos de trabajo de los trabajadores que se integren en su plantilla `respetando sus antigüedades como el resto de los derechos adquiridos por el trabajador hasta el momento del cambio del contrato', sin que pueda hacerse extensiva su responsabilidad a las consecuencias derivadas de la posible aplicación del art. 44 ET, al no existir una subrogación en los términos previstos en dicha normativa, reguladores de los supuestos de sucesión de empresa" [STSJ, Social, Castilla y León/Valladolid 18 mayo 2005 (rec. 851/2005)]; o, en otros términos, la "norma convencional no prevé una subrogación igual o similar a la del art. 44 ET sino una nueva contratación tras un proceso de selección imponiendo sólo un porcentaje de nuevas contrataciones pero no la subrogación o novación de los contratos anteriores" [STSJ, Social, Andalucía/Sevilla 31 enero 2002 (rec. 1926/2001)].

<sup>42</sup> STJUE 172/1999, de 4 de diciembre de 2000, asunto *Oy Liikenne*. También STS 27 abril 2015 (RJ 2015/1714), comentada por TODOLÍ SIGNES, A. y MARTÍNEZ SALDAÑA, D.: *Remunicipalización de servicios, sucesión de empresa y trabajadores indefinidos no fijos*, Pamplona (Aranzadi), 2017, págs. 61 y ss.

italiano (Decreto Legislativo nº 18/99) que contemplaba dos medidas de protección de los trabajadores que pudieran verse afectados por el proceso de liberalización del mercado de asistencia en tierra de los aeropuertos. En primer lugar, se imponía a los operadores que accedieran a dicho mercado la obligación de asegurar, durante los 30 meses siguientes a la entrada en vigor de la norma, el mantenimiento de los niveles de empleo y la continuidad de las relaciones laborales del personal dependiente del anterior prestador de servicios. En segundo lugar, cualquier transmisión de actividades que afectase a una o más categorías de servicios de asistencia en tierra debía llevar aparejada la asunción del personal del anterior prestador de servicios de manera proporcional a la parte de tráfico o de las actividades que asumiera. Tales previsiones impiden, en palabras del Tribunal, que "los prestadores de servicios que deseen acceder al mercado de la asistencia en tierra elijan su propio personal y, por consiguiente, el tipo de organización de los servicios que van a prestar para poder ejercer su actividad en el mercado"<sup>43</sup>.

En perfecta sintonía con esta última postura y con el juego de la subrogación desde el punto de vista de la normativa laboral, el art. 130 LCSP, en su párrafo 1º, establece, en tenor literal que conviene reiterar: "cuando una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo. A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de este. Como parte de esta información en todo caso se deberán aportar los listados del personal objeto de subrogación, indicándose: el convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación. La Administración comunicará al nuevo empresario la información que le hubiere sido facilitada por el anterior contratista". Se trata, pues, de una garantía de transparencia sobre la realidad laboral existente de cara a los eventuales licitadores, lo cual garantiza una subrogación viable cuando menos por lo que respecta a los costes laborales.

Es más, el párrafo segundo del art. 130 LCSP extiende la obligación de subrogación en los casos de socios trabajadores de las cooperativas y, para todas las personas con discapacidad, de centros especiales de empleo. Con tal previsión queda claro, recogiendo doctrina judicial anterior, que con independencia del convenio colectivo aplicable al centro especial de empleo, se aplica el mecanismo de subrogación<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> STJUE 460/02, de 9 de diciembre de 2004, asunto *Comisión contra Italia*.

<sup>44</sup> SSTs, Social, 29 febrero 2013 (rec. 3081/2011) y 9 abril 2013 (rec. 304/2012).

Asimismo, el art. 130.4 LCSP deja claro que "el pliego de cláusulas administrativas particulares contemplará necesariamente la imposición de penalidades al contratista por el incumplimiento de estas obligaciones".

Y el art. 130.5 LCSP añade que "en el caso de que una vez producida la subrogación los costes laborales fueran superiores a los que se desprendieran de la información facilitada por el antiguo contratista al órgano de contratación, el contratista tendrá acción directa contra el antiguo contratista".

Obligaciones adicionales de información establece el art. 44.6 y 7 ET, pues el cedente y el cesionario deberán comunicar a los representantes legales de sus trabajadores respectivos afectados por el cambio de titularidad, los siguientes extremos: a) Fecha prevista de la transmisión. b) Motivos de la transmisión. c) Consecuencias jurídicas, económicas y sociales, para los trabajadores, de la transmisión. d) Medidas previstas respecto de los trabajadores. De no haber representantes legales de los trabajadores, el cedente y el cesionario deberán facilitar la información mencionada en el apartado anterior a los trabajadores que pudieren resultar afectados por la transmisión.

En todo caso –permitase la reiteración--, conviene tener en cuenta cómo el art. 130.1 LCSP sienta que la subrogación tendrá lugar únicamente cuando así derive de "una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general", sin mencionar los pliegos de condiciones, que venían siendo admitidos tradicionalmente por la doctrina judicial social como instrumentos habilitados para imponer la sucesión de empresa<sup>45</sup>, pero no por la contencioso administrativa<sup>46</sup>. No obstante, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en un reciente pronunciamiento ya había cambiado de criterio, entendiendo que únicamente "son las normas laborales y los convenios colectivos los que establecen dicha obligación de subrogación y no el pliego contractual público, que solo establece una obligación de información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte dicha medida, con la finalidad de que los licitadores puedan evaluar los costes laborales, de modo que el futuro licitador debe conocer la totalidad de obligaciones que asume en caso de resultar adjudicatario del contrato, que son, no solo las propiamente objeto del contrato, sino también aquéllas que proceden de otras normas distintas de la legislación contractual. Esta información a los licitadores se puede llevar a cabo en el propio pliego o en la documentación complementaria y para ello el antiguo concesionario viene obligado a proporcionar al órgano contratante dichos datos"<sup>47</sup>.

Sea como fuere, ahora, tras el tenor legal del art. 130.1 LCSP la obligación de subrogación no puede resultar de los pliegos, que únicamente tendrán una función informativa de la existencia de una obligación de subrogación derivada de la normativa social, incluidos los convenios, pero no constitutiva de forma autónoma, de modo que, tal y como ha señalado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, procede entender que el silencio en los pliegos de contratación sobre tal obligación de subrogación no eximiría al adjudicatario de tal deber laboral, en aplicación del tradicional principio jurídico "*ignorantia legis neminem excusat*"<sup>48</sup>.

<sup>45</sup> SSTS, Social, 20 septiembre 2010 (rec. 17/2010), 4 junio 2013 (rec. 58/2012), 13 noviembre 2013 (rec. 1134/2012) y 14 septiembre 2015 (rec. 191/2014).

<sup>46</sup> STSJ, Cont-Admtivo, 18 febrero 2016 (rec. 1725/2015).

<sup>47</sup> STS, Social, 12 diciembre 2017 (rec. 668/2016). También STSJ, Social, Madrid 30 mayo 2013 (rec. 12011/2011).

<sup>48</sup> Informe 58/2009, de 26 de febrero de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

Procede dar cuenta, en este contexto, de un reciente pronunciamiento del Tribunal Supremo que había entendido obligatoria la subrogación de los trabajadores de las empresas de servicios en los supuestos de cambio de titularidad de la contrata al haberlo previsto así un Acuerdo entre la Entidad pública y los sindicatos, admitiendo los acuerdos sobre condiciones de trabajo en las Administraciones como cauce adecuado para recoger la obligación de establecer disposiciones subrogatorias en los pliegos de cláusulas particulares y de condiciones técnicas de los contratos administrativos para la adjudicación de servicios públicos<sup>49</sup>.

En fin, cabe plantear una última cuestión: si es posible incluir la obligación de subrogación como criterio no preferente de adjudicación sino de valoración de las ofertas junto a otros, entendiendo el Tribunal Supremo que serán las circunstancias de cada caso en particular las que justifiquen si la subrogación debe valorarse, en atención a que el hecho de que sean esos trabajadores y no otros contratados *ex novo* (en directa relación con el objeto del contrato) aporte algún tipo de valor añadido, pues en otro caso, es decir, si a efectos de ejecutar el vínculo administrativo resulta irrelevante que se desarrolle con los trabajadores subrogados o con otros contratados al efecto, la subrogación podrá exigirse o no en los pliegos si por normativa laboral resulta pertinente, pero no puede ser elemento valorativo en la adjudicación<sup>50</sup>. Coincide en el sentido de esta respuesta el actual art. 145 LCSP, que, entre los criterios de valoración de las ofertas, no menciona la inclusión de una propuesta de subrogación empresarial.

### **10.3.2.- Condiciones aplicables tras la subrogación**

El contenido de la obligación de subrogación laboral en el marco de la contratación pública puede resumirse en el sentido siguiente: "a) la subrogación empresarial solo abarca aquellos derechos y obligaciones realmente existentes en el momento de la integración, es decir, los que en ese momento el interesado hubiere ya consolidado y adquirido, incorporándolos a su acervo patrimonial, sin que dicha subrogación alcance de ningún modo a las meras expectativas legales o futuras; b) la obligación de subrogación no es incompatible con un pacto unificador de las diversas estructuras salariales de las empresas que quedan absorbidas en una nueva entidad siempre que en conjunto sean más favorables<sup>51</sup>; c) el principio de continuidad en la relación de trabajo no impone una absoluta congelación de las condiciones de trabajo anteriores, que condenaría al fracaso cualquier intento de regulación homogénea en supuestos de integración en la misma entidad de distintos grupos de trabajadores; la subrogación no obliga al nuevo empresario al mantenimiento indefinido de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo que la empresa transmitente aplicaba, sino solo a respetar las existentes en el momento de la transferencia, por lo que en el futuro habrá de acomodarse a las normas legales o pactadas que regulan la relación laboral con el nuevo empleador"<sup>52</sup>. Es decir, el nuevo empleador podrá utilizar las facultades modificativas que le concede la legislación laboral (arts. 40, 41, 82.3 ET...), pudiendo también iniciar la negociación de un convenio posterior a la transmisión.

En este marco, singular mención merece un reciente pronunciamiento judicial relativo a una subrogación convencional derivada de una renovación en una contrata de seguridad, donde la nueva empresa asume a los trabajadores de la saliente pero con aplicación de su convenio de

<sup>49</sup> STS, Cont-Admtivo, 30 abril 2014 (rec. 1416/2013).

<sup>50</sup> STS, Social, 4 junio 2013 (rec. 58/2012).

<sup>51</sup> STJUE de 6 de septiembre de 2011, asunto *Scattolon*.

<sup>52</sup> STSJ, Social, Castilla y León/Burgos 6 febrero 2014 (rec. 60/2014).

empresa y, por tanto, modificando las condiciones laborales que eran de aplicación a dichos trabajadores a los que afectaba el convenio colectivo de sector, que preveía la subrogación en caso de alteración de la empresa contratista. El Tribunal Supremo entiende que, "no previendo nada en absoluto sobre la aplicación de las condiciones laborales el propio convenio sectorial para el caso de que la empresa entrante tenga un convenio propio, las condiciones aplicables a los trabajadores subrogados deben ser las previstas por el art. 44 ET, es decir, aquellas contempladas en el convenio colectivo aplicable a la anterior contrata"<sup>53</sup>. Precisamente, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de julio de 2018, por el que se aprueba el Plan Director por un Trabajo Digno 2018-2019-2020, recoge la "intensificación de actuaciones en caso de personas trabajadoras afectadas por subrogaciones empresariales que sufren una merma de sus salarios al no respetarse las condiciones retributivas de la empresa de la que preceden, (siendo el caso) más paradigmático el de los vigilantes de seguridad privada".

Todo ello sin olvidar, de un lado, que la aplicación del convenio colectivo del sector, como fuente reguladora de las condiciones de trabajo, se mantendrá hasta la fecha de la expiración del mismo o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable, salvo pacto en contrario establecido una vez consumada la sucesión mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores (art. 44.4 ET) siempre que las nuevas condiciones fueran en su conjunto más favorables que las de la empresa cedente, interpretación que se puede deducir, aplicando *a sensu contrario*, un reciente pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en virtud del cual las empresas privadas que continúen la prestación de un servicio anteriormente prestado por una Administración Pública deben respetar, si concurre una verdadera transmisión de empresa, el convenio colectivo vigente en el momento de la subrogación, si bien la celebración de un nuevo convenio colectivo para la Administración Pública no vincula a esa empresa privada, máxime cuando no ha podido intervenir en su negociación<sup>54</sup>, debiendo entender inválidos los acuerdos que modifican *in peius* las condiciones de trabajo de los empleados transferidos anticipando la expiración del convenio colectivo de la cedente<sup>55</sup>.

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

### **10.3.3.- Responsabilidades salariales del contratista saliente**

Como pauta de cierre, el art. 130.6 LCSP deja claro que, sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de lo establecido en el art. 44 ET, el pliego de cláusulas administrativas particulares

<sup>53</sup> STS, Social, 31 mayo 2017 (rec. 234/2016).

<sup>54</sup> STJCE 246/2011, de 18 de julio de 2013, asunto *Alemo-Herron*.

<sup>55</sup> SAN, Social, 14 julio 2014 (rec. 108/2014).

siempre contemplará la obligación del contratista saliente de responder de los salarios impagados a los trabajadores afectados por subrogación, así como de las cotizaciones a la Seguridad social devengadas, aún en el supuesto de que se resuelva el contrato y aquellos sean subrogados por el nuevo contratista, sin que en ningún caso dicha obligación corresponda a este último. En este caso, la Administración, una vez acreditada la falta de pago de los citados salarios, procederá a la retención de las cantidades debidas al contratista para garantizar el pago de los citados salarios, y a la no devolución de la garantía definitiva en tanto no se acredite el abono de éstos".

Aun cuando tal previsión tiene una finalidad clara, cual es evitar el encarecimiento de costes en mano de obra por parte del contratista inicial con repercusión en el nuevo adjudicatario, lo cierto es que se obliga a que los pliegos excepcionen la aplicación del principio de responsabilidad solidaria que el art. 44.3 ET atribuye al cedente y al cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos inter vivos, durante tres años respecto de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas, incluyendo salarios impagados, las indemnizaciones por despido pendientes de abono, así como la responsabilidad que el art. 168.2 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (TRLGSS), confiere a ambos igualmente frente a las cotizaciones pendientes de ingreso con los recargos correspondientes y las prestaciones causadas con anterioridad a la transmisión.

Cabe preguntarse aquí si un pliego de condiciones tiene capacidad para modificar este régimen legal, no en vano el art. 34 LCSP sienta que "en los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios... al ordenamiento jurídico", pues, como no podía ser de otra manera, resultan indisponibles para el sector público y para el contratista las normas de *ius cogens*, en este caso, con referencia al art. 44 ET. Por tal motivo, en una primera aproximación, se pensó que el art. 130.6 LCSP establecía un régimen de responsabilidad íntegra y exclusiva del contratista saliente únicamente ante un supuesto de subrogación convencional (y no legal), donde no habrá responsabilidad solidaria del nuevo adjudicatario sino que toda la responsabilidad se atribuye al primero<sup>56</sup>. Esta cuestión ha sido recientemente analizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sentencia de 11 de julio de 2018<sup>57</sup>, que versa sobre un supuesto de resolución de un contrato de vigilancia de instalaciones celebrada con una contratista y la subsiguiente formalización de un nuevo contrato con otra empresa, que se hace cargo de una parte sustancial del personal en virtud de un convenio colectivo que no establece la responsabilidad solidaria entre contratista y concesionario a la que alude el art. 44.3 ET, llegando el Tribunal europeo a la conclusión de que se trata de una confrontación entre disposiciones normativas nacionales que se escapa de su competencia. Hasta el momento, y a la espera de nuevas resoluciones, el Tribunal Supremo ha entendido que para los supuestos de subrogación convencional "no se aplica el régimen previsto en la ley sino el previsto en el convenio con sus requisitos y consecuencias... De esta forma, si el convenio no establece la obligación de asumir las deudas anteriores a la subrogación, la empresa cesionaria no es responsable de las mismas"<sup>58</sup>. Sin embargo, en

---

<sup>56</sup> Con fundamento en la STS, Social, 7 abril 2016 (rec. 2269/2014), GARCÍA ROMERO, B.: "Sucesión de contratos de la Administración Pública. Reflexiones críticas a la luz de la nueva Ley de Contratos del Sector Público", XXXVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago de Compostela, 2018, pág. 10.

<sup>57</sup> C-60/2017.

<sup>58</sup> STS, Social, 10 mayo 2016 (rec. 2957/2015).

Sentencia de 27 de septiembre de 2018<sup>59</sup> entiende que ha de aplicarse las garantías del art. 44.3 ET a pesar de que la subrogación provenga del mandato del convenio. A la luz de esta nueva doctrina parece que el art. 130.6 LCSP ha quedado vacío de contenido.

#### **10.4.-Reinternalización**

La necesidad de controlar el gasto público va a provocar que, en muchas ocasiones y sobre todo a partir del año 2005, la propia Administración decida asumir la prestación directa de actividades previamente descentralizadas a favor de empresarios contratistas o concesionarios, a quienes se había acudido con frecuencia para la cobertura de diferentes finalidades como pueden ser la ayuda a domicilio, el cuidado de discapacitados profundos, la gestión de entidades culturales, deportivas o guarderías, la explotación de centros culturales o de teatros públicos, el tratamiento de expedientes simples, la toma y grabación de datos para la informatización de un servicio, la limpieza de instalaciones y dependencias públicas, la conservación y el mantenimiento de zonas verdes, la limpieza urbana, la gestión del servicio de estacionamiento limitado o, por no seguir, la puesta en funcionamiento de equipamientos y sistemas informáticos.

En todo caso, la decisión de recuperar la gestión del servicio público externalizado para su provisión por la propia Administración, o por entidades públicas vinculadas, ha de adoptarse por el órgano competente previa tramitación del correspondiente procedimiento administrativo, teniendo en cuenta las normas de contratación, presupuestarias y financieras, diferenciando si se trata de una recuperación del servicio ante la finalización del contrato; de una resolución anticipada del mismo como consecuencia de razones de interés público debidamente motivadas, acompañada de la pertinente indemnización a favor del adjudicatario por los daños que dicho acuerdo de extinción *ante tempus* produce; o de la tramitación de un expediente por infracción ante incumplimientos de suficiente entidad, comprobados y demostrables, del contratista, supuesto este último llamado a generar conflictividad judicial.

##### **10.4.1.- La aplicación de los postulados generales en virtud de la Directiva 2001/23**

La primera duda que surge es si en este marco (sector público) cabe aplicar los mecanismos de subrogación empresarial previstos en el ordenamiento laboral. Procede aquí abrir un paréntesis y parar mientes en el art. 1.1 c) de la Directiva 2001/23, pues, al igual que hacía su precedente, la Directiva 77/187, excluye del ámbito de aplicación de la misma "la reorganización administrativa de las autoridades públicas administrativas y el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas administrativas". Ahora bien, tal tenor ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea entendiendo que el mero hecho de que el cesionario de la actividad sea un organismo de Derecho Público o una Administración no permite excluir la existencia de una transmisión comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva, siempre que no se trate de tareas propias del ejercicio del poder público<sup>60</sup>.

Es más, los empleados públicos, protegidos como trabajadores en virtud del Derecho nacional y afectados por una reestructuración dentro de la Administración Pública, también se

<sup>59</sup>Rec. 2747/2016.

<sup>60</sup> Por todas, STJUE C-463/09, de 20 de enero de 2011, asunto *Clece*, comentada por CALVO GALLEGOS, F.J.: "Transmisión de empresas, sucesión de contratos y sector público", *Temas Laborales*, núm. 114, 2012, pág. 224. También, STJUE C-108/10, de 6 de septiembre de 2011, asunto *Scattolon*. Con carácter más reciente, SSTJUE C-416/16, de 20 de julio de 2017, asunto *Piscarreta* y C-200/16, de 18 de septiembre de 2017, asunto *Securitas*.

encuentran tutelados por la Directiva, pues si se acogiera la interpretación contraria "importantes categorías de trabajadores que ejercen actividades económicas podrían quedar privados de la protección prevista por la norma comunitaria"<sup>61</sup>. Así pues, constituye un lugar común en la doctrina la idea de que las reglas sobre sucesión de empresa se apliquen también en los casos en los que ésta se produce a favor de una entidad de carácter público como consecuencia del rescate de la explotación anteriormente desarrollada por una entidad privada, siendo indiferente la causa por la que tiene lugar la sustitución de la entidad privada por una de carácter público, bien derive de decisiones unilaterales de los poderes públicos o de un acuerdo de voluntades. En palabras del Tribunal Supremo, "el hecho de que una Administración recupere la prestación del servicio, anteriormente externalizado, bien con los mismos trabajadores que tenía la empresa que prestaba el servicio, bien con las mismas instalaciones, maquinaria, infraestructura que las que utilizaba la empresa contratista, o bien con ambos elementos determina que, normalmente, estemos ante un supuesto de transmisión de empresa que está situado en el ámbito de aplicación del art. 44 ET"<sup>62</sup>.

#### **10.4.2.- Las dificultades para la asunción del personal afectado por el trasvase**

Despejado este interrogante, cabe añadir que, producido el rescate siguiendo los cauces habilitados al efecto, inmediatamente surge otra duda: si los trabajadores afectados por ese trasvase podrían aspirar a integrarse en la propia Administración o entidad pública que asume la prestación del servicio o si tal oportunidad les queda vedada atendiendo a la necesidad de observar los principios de mérito y capacidad a la hora de acceder al empleo público, abriendo la vía para proceder a los correspondientes despidos colectivos u objetivos por la empresa inicialmente adjudicataria.

---

<sup>61</sup> SSTJCE 343/98, de 14 de septiembre de 2000, asunto *Collino* y STJCE 298/94, de 15 de octubre de 1996, asunto *Henke*.

<sup>62</sup> STS, Social, 19 septiembre 2017 (rec. 685/2017), citando la STS, Social, 30 mayo 2011 (rec. 2192/2010).

Para dar respuesta a esta incertidumbre, es menester seguir el siguiente razonamiento secuenciado en varias fases:

### **A) Condicionantes legales**

La subrogación empresarial puede derivar de lo dispuesto en una norma legal, que no ha de ser necesariamente el art. 44 ET. En efecto, habrá que tener en cuenta también lo previsto en las disposiciones normativas promulgadas sobre el traspaso de medios materiales y recursos humanos que fueran aplicables, si es que las hubiere, pues en algunas ocasiones recogen de forma clara el principio de sucesión empresarial, tal y como sucede, en paradigmático ejemplo, en la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación del Transporte Terrestre (art. 75.4), que refrenda la obligación de subrogación por parte del nuevo contratista y la responsabilidad solidaria entre el cedente y el cesionario tanto en el ámbito laboral como en el de la Seguridad Social<sup>63</sup>, o también en la disposición adicional 8ª de la Ley 21/2017, de 28 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat Valenciana, que dispone cómo el personal quedará subrogado con las mismas condiciones contractuales y convencionales que prestará sus servicios dependiendo orgánicamente de la Conselleria competente, hasta la extinción del contrato por causa legal". En parecidos términos se expresa también la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía, en virtud de la cual los trabajadores permanecen en la situación anterior en determinados supuestos de modificación del régimen de personificación de los empleadores, que pasan de constituir una fundación de titularidad pública y unos consorcios entre Administraciones o una sociedad mercantil pública a ser sucedidos por unas agencias públicas empresariales a las que se han asignado cometidos de aquéllos<sup>64</sup>.

En segundo término, procedería la subrogación también, lógicamente, si se cumplieran las exigencias que marca el art. 44 ET anteriormente analizadas, esto es, por un lado, el cambio de titularidad y, por otro, la transmisión de un conjunto organizado de bienes. En aquellas actividades cuya explotación exija instalaciones o medios materiales importantes, lo determinante será que el ente público los adquiera o recupere para poder continuar desempeñándolas. La práctica judicial proporciona algunos ejemplos de transmisión de los elementos patrimoniales que constituyen la herramienta para la prestación del servicio, integrándose en la explotación desarrollada por el cesionario, tal y como sucede con la reasunción de los servicios de residencias geriátricas por una conserjería, acompañada del local y los enseres necesarios<sup>65</sup>, con la recuperación de la explotación de un camping municipal con todos sus elementos<sup>66</sup>, con la reasunción de los servicios de guardería infantil por un Ayuntamiento, manteniendo el inmueble y la clientela<sup>67</sup> o de un centro de enseñanza musical, conservando el mismo alumnado, instalaciones, mobiliario y materiales<sup>68</sup>.

---

<sup>63</sup> En cuyo caso, la subrogación deriva de la propia Ley. Resolución 256/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 10 de marzo de 2017.

<sup>64</sup> SSTs, Cont-Admtivo, 30 septiembre 2013 (rec. 3633/2012), 11 febrero 2014 (rec. 3998/2012) y 17 febrero 2016 (rec. 3944/2014).

<sup>65</sup> SSTSJ, Social, Extremadura 3 febrero 2011 (rec. 645/2020) y Castilla y León/Valladolid 22 noviembre 2006 (rec. 1859/2006).

<sup>66</sup> STSJ, Social, Andalucía/Sevilla 13 enero 2009 (rec. 1252/2008).

<sup>67</sup> STS, Social, 15 y 18 julio 2005 (rec. 2187/2005 y rec. 2395/2005).

<sup>68</sup> STSJ, Social, Castilla y León/Valladolid 25 julio 2012 (rec. 1282/2012).

Sin embargo, la concurrencia de tal requisito de transmisión patrimonial ha sido analizada también por dos sentencias del Tribunal Supremo, en las que ha negado la aplicación del art. 44 ET, por entender: en un supuesto de recuperación por un Ayuntamiento de la actividad recaudatoria de tribunos municipales, que los bienes muebles y los equipos informáticos de la anterior empresa ni constituían un soporte económico suficiente para que continuase la acción empresarial precedente ni eran un soporte propiamente transmitido por la empresa anterior al Ayuntamiento, ya que los muebles eran objeto de un contrato de alquiler y los equipos informáticos tampoco se habían cedido, sino que eran objeto de un contrato anual suscrito entre el Ayuntamiento y una tercera empresa que los suministraba<sup>69</sup>; y tampoco se ha aplicado la subrogación en un caso de recuperación del servicio de grúas municipales por un consistorio, al considerar que los bienes vinculados a la ejecución del servicio eran de titularidad pública<sup>70</sup>.

No obstante, la jurisprudencia comunitaria, con fundamento en la sentencia Adif anteriormente mencionada, apunta a la irrelevancia de este tipo de circunstancias para que opere la subrogación, pues, como ha señalado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, "la circunstancia de que los elementos materiales asumidos por el nuevo empresario no pertenecieran a su antecesor, sino que simplemente fueran puestos a su disposición por la entidad contratante, no puede excluir la existencia de una transmisión de empresa en el sentido de la Directiva".

El Tribunal Europeo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre un supuesto de reversión de servicios públicos locales, donde una empresa municipal, cuyo único accionista es un municipio, se disuelve mediante acuerdo del órgano ejecutivo de ese municipio, y cuyas actividades se transfieren parcialmente a dicho municipio y pasan a ser ejercidas directamente por éste, y parcialmente a otra empresa municipal reconstituida a tal fin, de la que el propio municipio es el único accionista (asunto *Piscarreta Ricardo*), recordando que para que proceda la subrogación, aunque afecte a un trabajador en excedencia, es necesario que la transmisión recaiga sobre una unidad económica que mantenga su identidad tras su adquisición por el nuevo empresario y que para valorar esta exigencia "deberán tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trate, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios o bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades"<sup>71</sup>.

Recientemente el Tribunal Supremo se ha pronunciado también en varias ocasiones sobre la reversión de la actividad tras finalizar la contrata. Procede mencionar, así, la Sentencia de 19 de septiembre de 2017<sup>72</sup>, que entiende que concurre la obligación de subrogación por el Ministerio de Defensa dada la transmisión de elementos patrimoniales significativos e imprescindibles para llevar a cabo la actividad transmitida, en este caso el servicio de

<sup>69</sup> STS, Social, 17 y 19 junio 2002 (rec. 4405/2000 y 4425/2000) y 14 abril 2003 (rec. 4228/2000).

<sup>70</sup> STS, Social, 30 mayo 2011 (rec. 2192/2010).

<sup>71</sup> STSJCE de 20 de julio de 2017, asunto C-416/16.

<sup>72</sup> Rec. 2629/2016.

restauración (frigoríficos, congeladores, hornos y utensilios) y cocinas con independencia de que estos medios siempre hubieran sido propiedad de la Administración. Cabe señalar, también, una Sentencia de 26 de septiembre de 2017<sup>73</sup>, en virtud de la cual la empresa Renfe decide recuperar los servicios de información y atención al cliente y servicios auxiliares de uno de sus centros de trabajo (intensivos en recursos humanos) que se habían venido prestando a través de una contrata, pasando a prestar estos servicios con sus propios trabajadores, por lo que no se hace cargo de ningún trabajador de la empresa contratista, la cual procede a cesar por causas objetivas a los trabajadores que estaban prestando dichos servicios. El Tribunal considera que la reversión de la contrata no implica sucesión de empresa ni, por lo tanto, obligación de subrogación con base en los siguientes tres argumentos: a) la empresa revierte determinados servicios que había externalizado y que descansan esencialmente en la mano de obra, pero no consta transmisión de medios o infraestructura material; b) tampoco consta que haya incorporado a su plantilla el núcleo mayoritario de trabajadores de la contratista; y c) la transmisión no tiene por objeto una entidad económica que mantenga su identidad tras el cambio de titular, no en vano la identidad de la entidad económica controvertida descansa esencialmente en la mano de obra y no puede mantenerse si el cesionario no se hace cargo de la mayor parte de la plantilla.

## **B) Incidencia de cláusulas convencionales**

Si la subrogación no procediera como consecuencia de la falta de concurrencia de los requisitos del art. 44 ET, deviene necesario valorar si viene establecida en convenio colectivo. Ahora bien, las cláusulas convencionales sectoriales a favor del traspaso de trabajadores en el supuesto de sucesión de contratas no pueden ser, sin más, de aplicación cuando la gestión del servicio revierte a la Administración u otro ente administrativo, en tanto dicha regulación convencional únicamente podría afectar a las empresas incorporadas al ámbito personal del convenio, pero nunca a empleadores en él no incluidos<sup>74</sup>; es decir, el convenio colectivo "ni puede contener cláusulas obligacionales que afecten a quienes no son parte en la negociación ni, en su contenido normativo, establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación"<sup>75</sup>, razón por la cual la subrogación incorporada en una norma paccionada no obligaría a la Administración<sup>76</sup>. La empresa concesionaria o contratista es, pues, quien debe proceder a la extinción de los contratos y al abono de las indemnizaciones.

De todas formas, tampoco hay que perder de vista que en alguna Corporación Local de escasas dimensiones, es el convenio colectivo de sector el que regula las condiciones de trabajo de los trabajadores no funcionarios. Surge, entonces, la duda de si la Administración que pase a prestar directamente el servicio se debería subrogar en la posición de la empresa anterior, debiendo entender que en tales supuestos la respuesta ha de ser afirmativa, pasando los afectados a ser considerados, tal y como establece algún pronunciamiento judicial, indefinidos no fijos al servicio del Ente público Local en cuestión si fueran trabajadores fijos de la empresa anterior, manteniéndose en su puesto de trabajo sólo hasta que la plaza se cubra por el

---

<sup>73</sup> Rec. 3533/2015.

<sup>74</sup> Entre otras, STS, Social, 22 mayo 2000 (rec. 2892/1999).

<sup>75</sup> STS, Social, 28 octubre 1996 (rec. 566/1996).

<sup>76</sup> SSTs, Social, 21 abril 2015 (rec. 91/2014) y 28 marzo 2018 (rec. 940/2016).

procedimiento reglamentario o se amortice<sup>77</sup>. En estos casos, a la luz de alguna sentencia, procedería incluso la subrogación parcial en la porción de la jornada de trabajo que los trabajadores desempeñaban en la contrata que se transmite, pero no en el resto de aquella que queda inalterada y se deberá seguir prestando en los centros de trabajo respectivos de la empresa cedente ajenos al vínculo administrativo<sup>78</sup>.

En perfecta sintonía con las exigencias de la legislación laboral analizadas anteriormente, el nuevo art. 130.3 LCSP prevé que “en caso de que una Administración Pública decida prestar directamente un servicio que hasta la fecha venía siendo prestado por un operador económico, vendrá obligada a la subrogación del personal que lo prestaba si así lo establece una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general”, excluyendo, por tanto, los pactos de eficacia limitada con los representantes de los trabajadores y las incorporaciones decididas voluntariamente por la Administración.

Cabe plantear el interrogante relativo a si la LCSP da soporte legal a la posibilidad de que los convenios de las Administraciones Públicas y sus empleados laborales pueden incluir cláusulas de subrogación respecto de los trabajadores de las anteriores empresas contratistas en los supuestos de reversión. En primer lugar, podría aducirse que la no afectación de estos últimos por los instrumentos de negociación previstos en el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP), implicará el carácter no obligatorio para ellos, debiendo estar a los efectos de una subrogación contractual que requiere el consentimiento de los trabajadores, exigencia que en la práctica no supondría problema alguno para el colectivo de trabajadores y menos aún para la empresa cedente que, aunque no le vincula el convenio, evitaría así la eventual extinción de los contratos y el pertinente pago de las indemnizaciones. Ahora bien, aceptar esta hipótesis implicaría que las Administraciones Públicas, a través de la autonomía colectiva, pueden comprometerse voluntariamente con los representantes de los empleados públicos – en supuestos extramuros del art. 44 ET— a integrar en su plantilla al personal asalariado de las empresas contratistas sin la debida observancia de los principios de mérito y capacidad reconocidos en la CE ni de los procedimientos selectivos previstos en el TREBEP, de manera que el convenio vulnera la norma constitucional y otra de rango legal de derecho necesario absoluto. Por la misma razón tampoco podría admitirse un acuerdo sobre materias concretas a nivel de la propia Administración o uno de sus centros, ni tampoco un acuerdo interprofesional, supuesto este último en el que se une además una falta de asociaciones más representativas de empleadoras públicas o la imposibilidad de afiliarse a las ya existentes, ni tampoco, a la postre, un acuerdo sectorial público, donde también es muy difícil instrumentar la representatividad por la parte empleadora.

---

<sup>77</sup> STSJ, Social, Castilla-La Mancha 1 junio 2010 (rec. 106/2010), en la cual por la aplicación del convenio colectivo del sector limpieza pública, viaria, riego, recogida, tratamiento y eliminación de residuos, limpieza y conservación de alcantarillado, se declaró improcedente el despido de una trabajadora por entender que el Ayuntamiento quedó subrogado en la posición de la empresa contratista que había asumido las tareas de limpieza tras la terminación de la misma para asumirla directamente la Corporación Local. En el mismo sentido, STSJ, Social, Castilla-La Mancha 9 junio 2010 (rec. 176/2010), que entiende aplicable a una Entidad Local, ante la inexistencia de convenio propio, el respectivo convenio que regula cada concreta actividad (guarderías, limpieza, etc), en atención tanto a razones de equidad como de evitación de tratos desiguales.

<sup>78</sup> STSJ, Social, Castilla-La Mancha 2 junio 2015 (núm. 768/2015).

### C) Los vetos a la asunción voluntaria de efectivos

La falta de alusión a la posibilidad de incorporar voluntariamente a la plantilla de la Administración trabajadores de la anterior contratista o concesionaria es clara. Ciertamente, ya con anterioridad la Administración no se había hecho cargo de la plantilla en algunos supuestos de reversión, entendiendo los órganos judiciales ajustada a derecho esta decisión. Así, por ejemplo, cabe mencionar que el Liceo Politécnico optó por asumir la actividad de comedor que tenía subcontratada pero no se quedó con las monitoras de la empresa contratista<sup>79</sup>; el Gobierno de Canarias tampoco asumió el personal de mantenimiento de los colegios<sup>80</sup>; la Universidad de Albacete procedió del mismo modo en relación con el servicio de comedor<sup>81</sup> o, en fin, el Ayuntamiento de Cobisa, que también rescató el servicio de limpieza y contrató a cinco nuevas trabajadoras de una bolsa de empleo<sup>82</sup>. Sin embargo, en algunos otros supuestos, se había reconocido la transmisión de empresa a efectos laborales cuando la Administración que rescata el servicio se había hecho cargo voluntariamente de los trabajadores de la empresa contratista, pudiendo citar el supuesto del rescate de los servicios de conserjería, limpieza de colegios y mantenimiento de parques y jardines por el Ayuntamiento de la Línea de la Concepción<sup>83</sup>.

Así las cosas, el art. 130 LCSP, en su apartado tercero, ha terminado con la posibilidad de "sucesión de plantillas" en los supuestos de rescate o reversión de las contrata. Trata de evitar que las entidades públicas procedan a incorporar voluntariamente plantilla procedente de la empresa que cesa en el servicio sin estar obligadas a ello por una disposición legal o excepcionalmente una cláusula convencional aplicable, de modo que las Administraciones Públicas no pueden subrogarse en la posición empresarial de forma libre y voluntaria en aquellos casos en que no concurren los presupuestos aplicativos de la sucesión de empresa, en la medida que ello podría significar el incumplimiento de los principios de igualdad, capacidad y mérito que rigen el acceso al empleo público, permitiendo, en gráfica expresión, la utilización "de la puerta de atrás". Esta nueva previsión de la LCSP es la acogida previamente por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado<sup>84</sup>, la Abogacía del Estado<sup>85</sup>, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales<sup>86</sup> y alguna sentencia del orden contencioso-administrativo<sup>87</sup>.

Por lo demás, es menester aclarar que este veto se aplica cuando se trate de una "Administración Pública"; expresión que, de conformidad con el art. 3.2 LCSP, hace referencia a las entidades que integran la organización territorial del Estado (Administración General del Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales –municipios, provincias, islas en los archipiélagos balear y canario, comarcas, áreas metropolitanas y mancomunidades de municipios--), a las entidades que tienen personificación jurídico-pública (organismos autónomos, entidades públicas empresariales y consorcios) y a las fundaciones públicas,

<sup>79</sup> STS, Social, 12 julio 2016 (rec. 359/2013).

<sup>80</sup> STS, Social, 16 junio 2016 (rec. 2390/2014).

<sup>81</sup> STS, Social, 9 diciembre 2016 (rec. 1674/2015).

<sup>82</sup> STJUE de 20 de enero de 2011, asunto *Clece*.

<sup>83</sup> STJUE de 29 de julio de 2010, asunto *UGT*.

<sup>84</sup> Informe 31/1999, de 30 de junio de 1999.

<sup>85</sup> Dictamen de 29 de junio de 2005.

<sup>86</sup> Resolución 75/2013, de 14 de febrero, y 965/2015, de 23 de octubre.

<sup>87</sup> SSTs, Cont-Admtivo, 8 junio 2016 (rec. 1602/2015)

quedando al margen las sociedades mercantiles públicas, donde sí puede darse la figura de la "sucesión de plantilla" y, por tanto, concurrir la sucesión empresarial cuando la entidad se haga cargo de una parte esencial, en términos de número y competencias, del personal que las empresas contratistas destinaban especialmente en los servicios externalizados.

Sea como fuere, si la integración procediera por cumplirse los requisitos legales o en el hipotético caso de aplicación de un convenio colectivo se llevaría a cabo con las condiciones convencionales que se venían aplicando al personal transferido en una suerte de "indemnidad transitoria", pero nada impide que, en su momento y en todo caso después de la transmisión, la entidad del sector público que asuma el servicio negocie un convenio específico para este personal o aplique su propio convenio, de modo que si tal circunstancia hiciese peligrar la estabilidad financiera, puede acogerse incluso a las medidas de inaplicación que posibilita el art. 32.2 TREBEP, en virtud del cual 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 podrán "suspender o modificar el cumplimiento de convenios colectivos o acuerdos ya firmados en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público".

Todo ello sin olvidar que, tal y como ha señalado también el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, los representantes legales de los trabajadores que ejercían tal función en las empresas concesionarias de servicios públicos transferidos, en el supuesto enjuiciado, a un Ayuntamiento, si hay subrogación, continuarán desempeñando su función en las dependencias de este último, al igual que los directivos, pues "el mero cambio de los máximos responsables jerárquicos (que ahora son el Alcalde y los respectivos Concejales) no puede de por sí menoscabar la autonomía de la entidad transmitida, a menos que los nuevos máximos superiores jerárquicos dispongan de facultades que les permitan organizar directamente la actividad de los trabajadores de la referida entidad y sustituir así a los superiores inmediatos de dichos trabajadores en la adopción de decisiones dentro de esta última"<sup>88</sup>.

#### **D) Legislación administrativa y presupuestaria sobre prohibición de consolidación de los trabajadores como personal propio. La inconstitucionalidad de la disposición adicional 26ª de la Ley 3/2017**

Una vez aclarados los supuestos en los que procede la subrogación de la Administración en los casos de reversión por cumplirse los requisitos legales o, excepcionalmente, convencionales, el legislador se esfuerza en poner severos obstáculos a la consolidación de este personal como empleados públicos en aras a garantizar el cumplimiento de los principios de mérito y capacidad.

La disposición adicional 26ª Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 2017, actualmente declarada inconstitucional por entender que su contenido excede de las atribuciones de una Ley de Presupuestos<sup>89</sup>, establecía "con efectos desde la entrada en vigor de esta Ley y vigencia indefinida", que "no podrán considerar como empleados públicos, ni podrán incorporar en dicha condición en una Administración Pública o

<sup>88</sup> STJCE 151/2009, de 29 de julio de 2010, asunto *Ayuntamiento Línea de la Concepción*.

<sup>89</sup> STCo 31 octubre 2018.

en una entidad de derecho público... los trabajadores de los contratistas de concesiones de obras o de servicios públicos o de cualquier otro contrato adjudicado por las Administraciones Públicas... cuando los contratos se extingan por su cumplimiento, por resolución, incluido el rescate, o si se adopta el secuestro o intervención del servicio conforme a la legislación de contratos del sector público que resultase aplicable a los mismos".

En esta misma idea insiste el art. 308.2 LCSP, en virtud del cual "a la extinción de los contratos de servicios, no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal del ente, organismo o entidad del sector público contratante. A tal fin, los empleados o responsables de la Administración deben abstenerse de realizar actos que impliquen el ejercicio de facultades que, como parte de la relación jurídico laboral, le corresponden a la empresa contratista". Y en el art. 312 f) LCSP, que añade, a efectos de evitar una cesión ilegal de trabajadores, una serie de especialidades de los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía, señalando que "se efectuarán en dependencias o instalaciones diferenciadas de las de la propia Administración contratante. Si ello no fuera posible, se harán constar las razones objetivas que lo motivan. En estos casos, a efectos de evitar la confusión de plantillas, se intentará que los trabajadores de la empresa contratista no compartan espacios y lugares de trabajo con el personal al servicio de la Administración, y los trabajadores y los medios de la empresa contratista se identificarán mediante los correspondientes signos distintivos, tales como uniformidad o rotulaciones".

Este objetivo no es una novedad absoluta, pues ya estaba previsto en la disposición adicional 1ª Real Decreto Ley 20/2012, sin que impidiera que en la práctica judicial se reconociera la consecuencia laboral que se pretendía evitar<sup>90</sup>. Esta disposición establece, recogiendo los términos de las recomendaciones del Tribunal de Cuentas vertidas en la moción núm. 827 y en la Resolución de 27 de octubre de 2010, la necesidad de que los órganos de contratación dicten las instrucciones pertinentes para la correcta ejecución de los servicios externos que hubieran contratado, de manera que quede clarificada la relación entre los gestores de la Administración y el personal de la empresa contratada, evitando, en todo caso, actos que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral. Además de las respuestas que pudieran derivarse, aclara que en los supuestos en los que los trabajadores de las empresas se convirtieran en personal laboral de la Administración en virtud de sentencia judicial, el salario a percibir será el que corresponda a su clasificación profesional de acuerdo con el convenio colectivo aplicable al personal laboral de la Administración, siendo necesario informe favorable de los organismos competentes para hacer cumplir las exigencias de las leyes presupuestarias. No tiene en cuenta, por tanto, tal y como había entendido la doctrina judicial el convenio colectivo que en el momento de la cesión ilegal fuera de aplicación en la empresa correspondiente hasta la expiración de su vigencia o hasta la entrada en vigor de un nuevo convenio que resultara de aplicación en la entidad cedente.

Estas previsiones tratan de evitar una eventual declaración de cesión ilegal con la consecuente adquisición de la condición de indefinido no fijo de los afectados, figura de creación jurisprudencial que intenta cohonestar el postulado de mantenimiento en el empleo

---

<sup>90</sup>SSTS, Social, 23 noviembre 2016 (rec. 91/16) y 21 febrero 2017 (rec. 2720/15).

con el debido respeto a los parámetros que rigen el acceso al empleo público, a través de un contrato de naturaleza temporal, sujeto a una duración determinada –hasta la cobertura reglamentaria de la vacante o amortización del puesto--, de manera que se conoce la causa de terminación del vínculo, aunque no el momento en que tal circunstancia ocurrirá, generando el derecho a indemnización de 20 días de salario por año de servicio, tanto en el supuesto de amortización de la plaza cuanto en el de cobertura reglamentaria<sup>91</sup>.

En todo caso, este tipo de disposiciones, tanto las precedentes como las incorporadas a la LCSP, que tratan de impedir las reversiones por razones meramente ideológicas que integren voluntariamente a trabajadores en el sector público cuando no sea aplicable la sucesión laboral, nos sitúan en el terreno de su eventual virtualidad en el plano de la responsabilidad de los sujetos actuantes que adoptan este tipo de decisiones, ya sean los que realicen actuaciones determinantes de la declaración de la cesión ilegal, ya los que decidan la asunción voluntaria de personal.

En definitiva, conectan con lo establecido en la disposición adicional 34ª Ley 3/2017 (incluida con vigencia indefinida en la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales para 2018), la cual tras aludir en su punto dos a la necesidad de evitar los fenómenos de contratación temporal irregular y de prohibir la atribución de la condición de indefinido no fijo a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva, salvo cuando ello se derive de una resolución judicial –algo que englobaría los supuestos de cesión ilegal, pero también los de asunción voluntaria tras una reversión--, dispone en el punto tres que "las actuaciones irregulares en la presente materia darán lugar a la exigencia de responsabilidades a los titulares de los órganos..., de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas".

Por tanto, una lectura detenida de la literalidad e integradora de todas estas limitaciones administrativas y presupuestarias lleva a entender que no parece que se trate de normas tendentes a impedir el juego de las reglas laborales sobre sucesión en los casos de reversiones administrativas, pues tratan de recordar a los gestores públicos que si no concurren los presupuestos aplicativos para la subrogación (norma legal, convencional o acuerdo de eficacia general) ésta no procede, de manera que si tales sujetos desatienden este mandato y acaban contratando voluntariamente a una parte sustancial de la mano de obra de la empresa predecesora en número y competencias no puede ser aplicado el criterio de sucesión de plantillas, sin perjuicio de las eventuales responsabilidades de los sujetos actuantes.

Menos restrictivo que el párrafo primero era el apartado segundo de la disposición adicional 26ª Ley 3/2017, en relación con la incorporación del personal en sociedades mercantiles públicas, cuyo tenor literal rezaba: "en aquellos supuestos en los que, excepcionalmente, en cumplimiento de una sentencia judicial, o previa tramitación de un procedimiento que garantice los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, el personal referido (en el párrafo anterior) sea incorporado a sociedades mercantiles públicas, las incorporaciones que se produzcan de acuerdo con lo previsto en este apartado, no se contabilizarán como personal de nuevo ingreso del cómputo de la tasa de reposición de

---

<sup>91</sup> STS 28 de marzo de 2017 (rec. 1664/2015).

efectivos". Así, la incorporación de los trabajadores de los contratistas de obras o de servicios públicos en una sociedad mercantil pública, se materializará en calidad de personal indefinido, si la imponen los tribunales, o solo como indefinidos no fijos, si la decide libremente la propia Administración Pública matriz o la sociedad mercantil, de modo que en este último caso la sociedad mercantil deberá poner en marcha algún procedimiento para la cobertura reglamentaria de las plazas con arreglo a los principios de igualdad, mérito y capacidad, procediendo a la extinción de los contratos de aquellos trabajadores que no superen el proceso de selección en los términos previstos en los arts. 52 c) y 51 ET.

En suma, independientemente de lo dispuesto en la disposición adicional 26<sup>a</sup>, lo que está claro es que la Administración que recuperaba la prestación de un servicio sólo tenía que subrogarse en los contratos de trabajo de los trabajadores de la contratista cuando se dé el supuesto de hecho de la normativa subrogatoria laboral, esto es, cuando se produzca la transmisión de elementos patrimoniales, de modo que se entreguen la infraestructura u organización básica para la explotación del servicio de que se trate. Por el contrario, si la Administración decide prestar por sí misma una actividad o servicio que hasta el momento se gestionaba mediante contratistas, pero no se transmiten elementos patrimoniales significativos, no sería aplicable el art. 44 ET y, por tanto, la Administración Pública no tendría ninguna obligación respecto de los trabajadores que venían ejecutando la contrata, evitando la subrogación de plantillas por acuerdo o en virtud de lo dispuesto en un convenio colectivo. Por tanto, en el caso de sucesión por una Administración Pública el problema que se plantea es que mientras que la LCSP parte, como se ha visto, de que, si existe obligación legal o convencional, procede la subrogación, la legislación presupuestaria de 2017, declarada inconstitucional, da un paso más declarando que son aplicables las normas de sucesión laboral pero impidiendo la consolidación como empleados públicos o sujetándola a las tasas de reposición en las sociedades mercantiles públicas, salvo que, en este último caso, se produzca la integración en virtud de sentencia judicial o de un proceso regular de acceso al empleo público.

En todo caso, en una primera aproximación, la solución a un hipotético conflicto podría venir dada por la aplicación del principio de modernidad, entendiendo aplicable la LCSP como norma posterior, pero tal razonamiento quiebra atendiendo al tenor literal de la disposición adicional 26<sup>a</sup>, pues utilizaba la expresión "con vigencia indefinida". En fin –y por simplificar–, la contradicción no se produce en los supuestos de subrogación *ex lege* sino *ex convenio*, si bien este último supuesto va a tener una aplicación marginal en los casos de reversión de contratistas, como anteriormente se explicó.

No impide llegar a esta conclusión el hecho de que la Ley de Presupuestos para 2018 a través de su disposición adicional 42<sup>a</sup> haya derogado el último párrafo de la disposición 26<sup>a</sup> Ley 3/2017, cuyo tenor recogía que "al personal referido le serán de aplicación las previsiones sobre sucesión de empresas contenidas en la normativa laboral", pues ello no impide la aplicación de las previsiones sobre sucesión de empresas prevista en las normas laborales a la vista del tenor del art. 130.3 LCSP, de manera que la única novedad incorporada parece que va referida a entender que el personal proveniente de las empresas contratistas de obras o servicios públicos sí computa a efectos de la tasa de reposición de la Administración Pública o de la entidad de derecho público de que se trate, de modo que ahora todavía queda más limitada tal posibilidad.

## E) El estatus de los trabajadores incorporados

### F)

Si procediera la subrogación por cumplirse los requisitos legales o convencionales o porque viniera impuesta por sentencia judicial derivada de una declaración de cesión ilegal, se plantearía una duda adicional: ¿cómo se procedería a la incorporación del personal?

Antes de dar respuesta a este interrogante, no hay que perder de vista que las subrogaciones operarán solamente respecto de los contratos de trabajo que estén vigentes en el momento de la transmisión manteniéndose en todo caso bajo la modalidad previa, normalmente temporal, bien se trate de trabajadores eventuales, interinos o, en la mayor parte de los casos, reclutados mediante obra o servicio adscrita a la contrata, pues incluso en este último supuesto el trabajador tiene derecho a conservar el vínculo contractual con los límites del art. 15.1 a) ET (tres años como máximo ampliables por un año más si así lo establece el convenio colectivo sectorial aplicable) en tanto el servicio contratado continúe<sup>92</sup>. En el hipotético caso de que se tratara de trabajadores indefinidos al servicio de la anterior empresa adjudicataria, cuatro posibilidades se abren a la hora de intentar compatibilizar la estabilidad de los trabajadores adscritos a una contrata anterior con el principio de igualdad de acceso al empleo público, concretado en los principios de capacidad, mérito y publicidad:

1.- En primer lugar, la doctrina judicial ha venido apostando por la consideración de los afectados por el trasvase como indefinidos no fijos<sup>93</sup>. Esta solución, satisfactoria desde el punto de vista jurídico, no deja de ser criticable, pues provoca una mutación de la relación laboral en perjuicio de la permanencia en el empleo de los afectados, que de ser fijos en la empresa de origen pasan a temporales en la entidad pública, al tiempo que puede plantear algunos problemas prácticos al suponer un incremento del gasto corriente en la plantilla del ente público que rescata la contrata y del número de efectivos a su servicio. Es más, la figura del indefinido no fijo para acomodar a los trabajadores de la empresa contratista en la Administración una vez finalizada en la contrata tampoco encaja desde el punto de vista técnico, pues en estos casos no se está ante una actuación irregular de la Administración – característica en el origen de esta figura—sino ante el cumplimiento de una obligación legal (o convencional) de subrogación. Además, hay que recordar que la disposición adicional 26ª Ley 3/2017 prohibía expresamente que los trabajadores de la contratista fueran considerados como empleados públicos del art. 8 TREBEP. Aun cuando el origen de este precepto que alude a personal laboral “fijo..., indefinido o temporal” tuvo por objeto atender a las peculiaridades del profesorado de religión que no es ni temporal ni fijo, y que la propuesta de la jerarquía eclesiástica excluye la aplicación de los procedimientos de selección del art. 61 TREBEP<sup>94</sup>, ciertamente en la actualidad desborda tal justificación y va a otorgar carta de naturaleza a la figura del contrato indefinido no fijo, si bien no le dota de un régimen jurídico básico delimitador de su estatuto jurídico específico. Esta objeción parece haber decaído con la inconstitucionalidad de la disposición adicional 26ª Ley 3/2017.

<sup>92</sup> STS, Social, 18 junio 2008 (rec. 2007/1669).

<sup>93</sup> SSTSJ, Social, Castilla y León/Valladolid 9 noviembre 2011 (rec. 2011/1963) y Andalucía/Granada 20 septiembre 2013 (rec. 2012/1528).

<sup>94</sup> La referencia no se contenía ni en el proyecto remitido por el Gobierno a las Cortes (BOCG/CD de 27 de septiembre de 2006), ni en el que el Congreso remitió al Senado (BOCG/S de 21 de enero de 2007), sino que se incorporó durante la tramitación de éste, como consecuencia de las enmiendas 33 y 36 del grupo de senadores nacionalistas vascos.

2.- En segundo lugar, podría utilizarse, a juicio de un sector de la doctrina, una fórmula alternativa siguiendo el precedente establecido en la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa, en la cual se aborda el problema de la extinción de organismos de derecho privado cuyas funciones pasan a ser desarrolladas por entidades públicas y se establecen previsiones subrogatorias, entendiendo que el personal seguirá desarrollando sus funciones en el nuevo organismo como "personal a extinguir", sin adquirir la condición de empleado público y sin que, en consecuencia, pase a formar parte propiamente de su plantilla, no en vano la nueva vinculación se entiende constreñida al puesto y funciones que desarrollaba, permitiendo garantizar la estabilidad con la Administración o con otro ente del sector público del que se trate, mientras no se produzca la baja por cualquier circunstancia (jubilación, despido disciplinario u objetivo, fallecimiento, etc.), quedando excluidas la convocatoria pública y la cobertura de tales puestos por el procedimiento reglamentario. Posiblemente esta "especie de situación congelada" conduce a una suerte de espacio diferenciado, distinguiéndose entre empleados públicos propiamente dichos y otro tipo de efectivos vinculados únicamente a un servicio que se desempeñaba privadamente y ahora se gestiona públicamente y que seguirá en todo caso la suerte de ese servicio que en el futuro podría verse afectado por una forma de provisión distinta. Si esta hipótesis se une a un acuerdo regulador que garantice que, si ese servicio vuelve a ser objeto de contratación externa, en el pliego de condiciones se incorporará una cláusula subrogatoria, quedarían salvaguardados los derechos de permanencia de los afectados.

3.- En tercer lugar, teniendo en cuenta que la disposición adicional 26ª Ley 3/2017 prohibía la incorporación del personal afectado por el trasvase como empleados públicos, pero no se refería a otra condición distinta, algunos autores, entendiendo directamente aplicable el art. 1.1 de la Directiva 2001/23, han apostado por la creación de una nueva figura: la del "trabajador subrogado"<sup>95</sup>, dotada de un estatuto jurídico propio, el que laboralmente le garantiza el art. 44 ET manteniendo las condiciones laborales que se venían aplicando por la empresa adjudicataria anterior, sin que le afecten los principios, reglas, procedimientos y normas del empleo público. Lógicamente, como en toda transmisión empresarial, con posterioridad a la materialización de la misma, las condiciones de trabajo tenderán a converger con la plantilla de la empresa entrante –aunque sea pública–y, como en aquella, los contratos laborales objeto de subrogación podrán ser extinguidos a través de despidos objetivos o, en su caso, colectivos en los términos generales que explicita la norma laboral. El trabajador estará vinculado con la actividad, de manera que seguirá la suerte de esta, siendo en cada momento empleado de la entidad que la gestione, incluso aunque fuera de nuevo a parar a manos privadas, teniendo vetada la posibilidad de concurrir a las promociones y concursos previstos para los empleados públicos en la entidad que asume el servicio porque carece de tal cualidad y siendo dudoso determinar si el tiempo de permanencia en esta situación puede entenderse como servicio prestado a la Administración Pública o no.

4.- En cuarto lugar, se podría argumentar que la Administración reversora se subrogaría en los contratos indefinidos de plantilla de los trabajadores de la anterior empresa contratista o concesionaria, cumpliendo así con lo dispuesto en la Directiva comunitaria y en el art. 44 ET,

---

<sup>95</sup> Ensayada en algunos procesos de reestructuración del sector público andaluz, en el que empresas públicas extinguidas se integraron en Agencias de nueva creación. STS, Social, 17 febrero 2016 (rec. 3944/2014).

pero, acto seguido y de forma obligatoria, debería proceder a despedir por causas objetivas a estos trabajadores, aplicando el art. 52 c) ET o el art. 51 ET, pagando las indemnizaciones correspondientes (veinte días de salario por año de servicio con el máximo de doce mensualidades), previa justificación en razones organizativas relacionadas con las exigencias constitucionales y legales de superar la necesaria selectividad en el acceso al empleo público. Esta solución es, sin duda, la más onerosa para la Administración, pues además de sufragar las cuantías indemnizatorias con el objetivo de garantizar el mantenimiento de la continuidad del servicio debería proceder a la contratación del personal necesario a tal efecto.

En fin, ante esta falta de respuesta clara sobre la que no da muchas pistas la declaración de inconstitucionalidad de la disposición adicional 26ª, mientras no se legisle sobre este espinoso tema, se hace absolutamente necesaria en aras de la ansiada seguridad jurídica, la intervención del Tribunal Supremo sentando y unificando doctrina y, previamente, acaso, la intervención del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, interpretando la aplicación de la Directiva.

## **11.- LOS PELIGROS LABORALES DERIVADOS DEL ENCADENAMIENTO DE CONTRATAS**

Pese los avances que la Ley 9/2017 hace en cuanto a la calidad en el empleo, es menester parar la atención en un supuesto todavía desprotegido, derivado de la subcontratación sucesiva de una adjudicación inicial. El relevo parcial del adjudicatario de un contrato administrativo, materializado a través del mecanismo de la subcontratación, es un fenómeno cada vez más frecuente en la práctica de la contratación pública. Es muy habitual que los adjudicatarios de las contratas o concesiones soliciten la colaboración de otra(s) empresa(s) auxiliares en la prestación del servicio público asumido, en el bien entendido sentido de que estos empresarios auxiliares pueden ser, a su vez, "principal" de otros a efectos laborales.

### **11.1.- La admisibilidad de la subcontratación como postulado de la legislación administrativa**

En la circunstancia de que el contratista inicial no es reemplazado de su posición respecto de la Administración reside precisamente la razón última por la que la legislación administrativa en esta materia se decanta por un criterio favorable hacia la posible materialización del fenómeno de la subcontratación en aras de la eficiencia de la propia concesión: no habiendo sustitución jurídica del concesionario, no se falsea la licitación, motivo por el cual los posibles recelos acerca de este instrumento ceden y, en su lugar, emergen razones a favor de su aplicación, atendiendo, sobre todo, a la propia complejidad del objeto del contrato público y a la creciente especialización que exige su pleno cumplimiento. Nada impide, por tanto, a los agentes económicos subcontratar con terceros una parte, esencial o no, del contrato que tienen adjudicado.

En tanto subcontratar significa simplemente concertar con un tercero la realización parcial del vínculo administrativo, no puede extrañar que los requisitos exigidos por el art. 215 LCSP para su realización sean menos estrictos que si de una cesión total se tratara: no se precisa y, por ende, no es obligatoria, la previa autorización expresa del órgano de contratación (salvo para aquellos contratos de carácter secreto o reservado, en aquellos cuya ejecución deba de ir acompañada de medidas de seguridad especiales o cuando lo exija la protección de

los intereses esenciales de la seguridad del Estado); antes al contrario, únicamente es necesario para ello comunicar anticipadamente y por escrito a la Administración la intención de celebrar los subcontratos, señalando la parte de la prestación que se pretende subcontratar y – cómo no-- la identidad del subcontratista, justificando, al tiempo, suficientemente la aptitud de éste para ejecutarla por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia. En ningún caso podrá concertarse con el contratista la ejecución parcial del contrato con personas inhabilitadas para contratar o afectadas por alguna causa de prohibición.

### **11.2.- Imputabilidad global frente a la Administración del adjudicatario inicial a la luz de la Ley de Contratos del Sector Público**

Con el fin de garantizar el buen fin de la contrata o concesión, la nueva Ley no se opone al recurso de la subcontratación; únicamente establece, además del cumplimiento necesario de las mencionadas formalidades, ciertas limitaciones que intentan asegurar la responsabilidad global del agente económico adjudicatario inicial del contrato. En los claros términos del art. 215, el contratista principal –es decir, el adjudicatario– continúa obligado a todos los efectos ante el poder adjudicador y el subcontratista queda obligado sólo ante el contratista principal. De esta diferenciación obligacional, cabe inferir la existencia de dos contratos perfectamente distintos: uno, de naturaleza pública, es decir, el del poder adjudicador con el agente adjudicatario, y, otro, de naturaleza privada, esto es, entre este último y un nuevo empresario, de lo que se deduce que la subcontratación no implica la existencia de una tercera parte en el contrato público, sino únicamente una relación jurídica y económica entre el adjudicatario y el subcontratista ajena a la relación principal entre el poder adjudicador y el primero.

Ahora bien, tal diferenciación, clara desde el punto de vista teórico, no siempre está tan definida en la práctica, máxime cuando entra en juego una posible responsabilidad en materia laboral, pese a que según el art. 215.4 LCSP "los subcontratistas quedarán obligados solo ante el contratista principal que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración, con arreglo estricto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares o documento descriptivo, y a los términos del contrato, incluido el cumplimiento de las obligaciones en materia... social o laboral".

Como no podía ser de otra manera, estas reglas de contratación pública se deben de combinar con otras laborales, singularmente con lo previsto en el art. 42 ET, que no parte de una consideración ilegal o patológica de la descentralización, sino de su licitud, pero sin perder de vista cómo tal fenómeno puede provocar un desplazamiento de responsabilidades empresariales capaz de perjudicar la efectividad de los derechos de los trabajadores, se detiene en establecer una serie de cautelas que compaginan mal con la ordenación administrativa anteriormente transcrita.

### **11.3.- Las responsabilidades desde el punto de vista del Derecho del Trabajo**

La doctrina científica ha admitido y continúa admitiendo la aplicación del régimen jurídico previsto en el art. 42 ET al ámbito de los contratos del sector público, en especial, tras una serie de sentencias en las que de forma expresa se reconoce la aplicabilidad de este principio en el ámbito de las Administraciones públicas, no en vano el término "contratas y subcontratas" utilizado por el art. 42 ET tiene un marcado carácter "atécnico". Utilizando palabras del propio

Tribunal Supremo, "el área prestacional y no económica en que son encuadrables las obras o servicios públicos encomendados por las Administraciones a quienes son empleadores directos de los trabajadores, efectuados mediante contratación administrativa, no excluye por la condición pública del titular de las obras o servicios, la aplicación del art. 42 ET, dado que dicha cualidad no es obstáculo para que tales entidades, de haber asumido directamente y por sí mismas la gestión de las referidas obras o servicios, con los que atienden a la consecución de los fines enmarcados en el área de su competencia, hubieran actuado como empleadores directos"<sup>96</sup>.

Como no podía ser de otra manera, la Ley laboral establece una serie de garantías en beneficio de los trabajadores, consistentes en el diseño de un sistema de responsabilidades que alcanzan incluso a la empresa principal para el supuesto de incumplimiento por parte de las empresas auxiliares de sus obligaciones laborales.

Chocan, pues, dos ordenamientos inspirados en principios distintos: de un lado, el *Ius Laborum*, muy restrictivo, cuyo objetivo principal no es otro que el de proteger a los trabajadores y al sistema público de Seguridad Social de la insolvencia de los empresarios contratistas y subcontratistas involucrados en una cadena de subcontratación de concesiones administrativas; de otro, el administrativo, mucho más permisivo, pues admite con normalidad la subcontratación, preocupándose únicamente de garantizar la continuidad en la prestación del servicio público y de establecer cautelas únicamente tendentes a evitar los supuestos más extremos consistentes en la existencia de concesionarios exclusivamente dedicados a la captación de contratos y a su posterior intermediación con los contratistas reales, haciendo peligrar la eficiencia en la prestación del servicio en perjuicio de los usuarios.

#### **11.4.- El limitado juego del principio de solidaridad empresarial**

En una primera aproximación, el ordenamiento jurídico laboral no contiene prohibición alguna que impida al concesionario, en uso de su libertad de empresa constitucionalmente proclamada por el art. 38 CE, recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva. Ahora bien, para combatir el riesgo de fraudes y de incumplimientos laborales que la descentralización puede llevar aparejada, en la medida en que la concurrencia de varios empresarios propicia la elusión de obligaciones y responsabilidades, la ley laboral establece una serie de cauciones o garantías en beneficio de los trabajadores, fruto en muchos casos de la interpretación judicial, que redundan en provocar que la gestión privada se convierta en fuente de empleo temporal o en subterfugio para eludir pagos salariales y cotizaciones a la Seguridad Social.

El sistema de responsabilidad administrativa diseñado desde la LCSP no implica, sin embargo, que los derechos de los trabajadores inmersos en el proceso de descentralización queden desprotegidos, pues la aplicación del art. 42.2 ET deja clara la existencia de una responsabilidad solidaria durante el año siguiente a la terminación del encargo entre la Administración, el contratista y los subcontratistas por las deudas salariales contraídas por estos últimos con sus empleados. Además, y durante los tres años siguientes a la terminación

---

<sup>96</sup> STS, Social, 15 julio 1996 (rec. 1089/1996). También, SSTS, Social, 18 marzo 1997 (rec. 3090/1996) y 29 octubre 1998 (rec 1213/1998).

de su encargo, el empresario principal (la Administración, *in casu*) responderá solidariamente de las obligaciones referidas a la Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas. En ambos casos, se trata de deudas generadas durante la vigencia de la contrata.

De tal regulación se infiere que la empresa comitente o principal responde solidariamente de las obligaciones salariales y de la Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores no porque ostente la posición de empleadora respecto de éstos, sino porque el legislador le ha atribuido el papel de avalista o garante legal del cumplimiento de dichas obligaciones. Por tanto, la responsabilidad alcanzará a la Administración o, en términos más generales, a todos los empresarios implicados en la cadena de contrataciones y subcontratas respecto de las obligaciones de los empresarios sucesivos<sup>97</sup>.

Sin duda el art. 42 ET no fue redactado pensando en el ámbito contractual público, pero pretender en todo caso la exoneración de responsabilidad de la Administración comitente alegando que su actividad de fomento no entraña ejercicio de "actividad empresarial", supone un trato diferenciado carente de justificación frente al sector privado y una discriminación con efectos previsiblemente negativos para los trabajadores de los empresarios con quienes contrata. Así, "a la Administración le debe alcanzar la responsabilidad en materia laboral y de Seguridad Social por los hechos o actos del concesionario-gestor, incluso cuando éste entre en relaciones de derecho privado..., (de modo que) ésta no puede desentenderse de ninguna manera de los daños que cause la actuación del adjudicatario o las empresas auxiliares con las que éste subcontrate parcelas de la prestación del servicio público asumido" <sup>98</sup>.

Doble proyección presenta esta responsabilidad: por un lado, sobre las "obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores", incluyendo las deudas salariales sin limitación en su importe pero no cualquier otra (percepciones extrasalariales, salarios de tramitación o indemnizaciones por terminación del contrato)<sup>99</sup>; por otro, sobre las "obligaciones referidas a la Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas durante el período de vigencia de la contrata", afectando a los descubiertos por cuotas impagadas y a las prestaciones de las que hubiera sido declarado responsable el contratista o subcontratista por falta de afiliación alta o cotización, pero no a las mejoras voluntarias (arts. 165 y 167 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social (TRLGSS))<sup>100</sup>

### **11.5.- El concepto "propia actividad" como requisito *sine qua non* para generar la corresponsabilidad**

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

<sup>97</sup> STS, Social, 9 julio 2002 (rec. 2175/2001).

<sup>98</sup> STS, Social, 18 marzo 1997 (rec. 3090/1996).

<sup>99</sup> SSTSJ, Social, Castilla-La Mancha 25 octubre 2013 (rec. 13/2012) y Castilla y León, 27 julio 2016 (rec. 388/2016).

<sup>100</sup> STSJ, Social, Extremadura 22 septiembre 2015 (rec. 342/2015).

una sola o preferente actividad sino una pluralidad de ellas, consecuencia a su vez de la multiplicidad de funciones y ámbitos de actuación asignados a su competencia.

La mayor parte de las resoluciones judiciales vienen atendiendo al "criterio del ciclo productivo", esto es, aquellas operaciones o labores que son inherentes a la producción de los bienes o servicios específicos que se prestan al público o se colocan en el mercado, de modo que prácticamente dicho concepto equivale a la misma actividad, quedando extramuros de los efectos del art. 42 ET todas aquellas contrataciones de obras o servicios en los que la empresa principal y los contratistas se dedican a actividades diferentes, de tal forma que, de no haberse concertado la contrata, las obras o servicios debieran realizarse por el propio empresario comitente so pena de perjudicar sensiblemente su actividad empresarial<sup>101</sup>. Aplicando esta doctrina general a una encomienda pública, habrá que considerar cómo aquellas actividades que respondiesen a las previsiones fijadas en la normativa específica que reparte y atribuye las funciones y competencias de las diferentes entidades administrativas formarían parte del concepto "propia actividad" y, en consecuencia, caso de proceder a su contrata, sería de aplicación el mecanismo de la responsabilidad solidaria entre Administración comitente, contratista y subcontratista, siempre y cuando el destinatario último fuera el ciudadano, es decir, su finalidad fuera la satisfacción del interés general<sup>102</sup>.

No obstante, el casuismo existente en vía judicial es muy marcado. Por poner algunos ejemplos capaces de manifestar que aún no están claramente definidos los perfiles de un criterio interpretativo objetivo que tenga vocación de validez generalizada para la interpretación del requisito de la "propia actividad" de una Administración pública, cabe destacar cómo con tal fundamento se ha declarado que forma parte de este concepto "el servicio de retirada de vehículos mal aparcados"<sup>103</sup>, "la limpieza y mantenimiento de los jardines públicos"<sup>104</sup>, "ciertas tareas de vigilancia"<sup>105</sup>, "el mantenimiento de una estación depuradora de aguas"<sup>106</sup>, "la urbanización de determinadas parcelas de un polígono industrial"<sup>107</sup>, "el ensanche y saneamiento de un camino vecinal"<sup>108</sup>, "la reurbanización de una calle"<sup>109</sup>, "la explotación de un teatro perteneciente a un ente autonómico"<sup>110</sup>, "la gestión del servicio de cuidado de minusválidos psíquicos profundos"<sup>111</sup>, "la atención a personas mayores en centros de día"<sup>112</sup> o "en residencias"<sup>113</sup>, "la adjudicación administrativa de comedores escolares"<sup>114</sup>, "el servicio de vigilancia o socorrismo en las playas"<sup>115</sup>, "la toma de datos para la informatización de un servicio"<sup>116</sup>, "el transporte sanitario

<sup>101</sup> STS, Social 18 enero 1995 (rec. 150/1994) y 22 noviembre 2002 (rec. 3904/2001).

<sup>102</sup> SSTS, Social, 18 enero 1995 (RJ 1995, 514) y 15 julio 1996 (RJ 1996, 5990).

<sup>103</sup> STSJ, Social, Andalucía/Málaga 24 diciembre 1999 (AS 1999, 4356).

<sup>104</sup> SSTSJ, Social, Andalucía/Málaga 9 febrero y 9 marzo 1998 (AS 1998, 1242 y 1805).

<sup>105</sup> STS, Social, 18 enero 1995 (RJ 1995, 514).

<sup>106</sup> STSJ, Social, País Vasco 17 febrero 1998 (AS 1998, 759).

<sup>107</sup> STSJ, Social, Andalucía 3 noviembre 1998 (rec. 668/1998).

<sup>108</sup> SSTSJ, Social, Galicia 4 diciembre 2008 (rec. 112/2006) y 20 enero 2014 (rec. 4749/2011).

<sup>109</sup> STSJ, Social, Valencia 3 julio 2012 (rec. 63/2012).

<sup>110</sup> STSJ, Social, Madrid 27 enero 1999 (AS 1999, 96).

<sup>111</sup> STSJ, Social, Canarias 12 enero 1998 (RJ 1998, 6216).

<sup>112</sup> SSTSJ, Social, Murcia 20 marzo 2013 (rec. 1135/2012) y Madrid 17 febrero 2014 (rec. 1385/2013).

<sup>113</sup> STSJ, Social, País Vasco 3 mayo 2005 (rec. 3137/2004).

<sup>114</sup> STS, Social, 27 julio 1998 (RJ 1998, 6216).

<sup>115</sup> STSJ, Social, Canarias 30 septiembre 2015 (rec. 145/2015).

<sup>116</sup> STSJ, Social, Cataluña 25 enero 2002 (AS 2002, 1079).

ordinario por parte de un ente autonómico de salud"<sup>117</sup>, "la limpieza del fondo del depósito de una depuradora"<sup>118</sup>, "la gestión de un centro de atención a ancianos"<sup>119</sup> o "la gestión integral del ciclo hídrico por parte de un Ayuntamiento"<sup>120</sup>.

Por el contrario, se ha marginado del ámbito aplicativo del concepto aquí analizado "la apertura y cierre de los edificios e instalaciones"<sup>121</sup>, "la explotación de un servicio de cafetería en un hospital"<sup>122</sup>, "la contrata suscrita por una Consejería para efectuar una mudanza"<sup>123</sup>, "la grabación de datos nominales de trabajadores (TC1 y TC2) correspondientes a un determinado período"<sup>124</sup>, "las obras de construcción y remodelación de un edificio contratadas por una Comunidad Autónoma"<sup>125</sup>, "la prestación de servicios de seguridad o vigilancia en edificios públicos"<sup>126</sup>, "la limpieza de los entes docentes públicos de una ciudad"<sup>127</sup>, "el encargo procedente del servicio público de empleo para impartir un curso de formación"<sup>128</sup> o, con carácter más general, "unas obras de construcción", en las cuales la Administración asume la posición de mero promotor, comenzando la cadena de contratistas y, por tanto, responsables, en la primera empresa constructora"<sup>129</sup>.

### **11.6.- La inoperante regla de la subsidiariedad**

Si la contrata o subcontrata no viniera referida a la "propia actividad" de la Administración Pública, ésta no resulta responsable ni solidaria ni subsidiariamente en materia salarial. Es más, aunque el convenio colectivo sectorial aplicable a la empresa contratista imponga responsabilidad subsidiaria de la empresa principal en cuanto a los impagos de salarios sin la concurrencia del requisito de "propia actividad", tal previsión no puede extender su eficacia a las entidades y organismos públicos que no sean del sector y por tanto no hayan intervenido en la negociación y firma del convenio (Roqueta, 2018: 108).

Llegados a este punto, procede abrir un paréntesis para señalar que el art. 42.1 ET obliga al empresario principal respecto del contratista (y al contratista respecto del subcontratista) a comprobar que éstos están al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social. A estos efectos, se debe recabar por escrito certificación de descubiertos a la Tesorería General de la Seguridad Social, que deberá librarla en el plazo de 30 días improrrogables. Transcurrido este lapso, quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante. Esa responsabilidad exonerable va referida a la solidaria que, en materia de Seguridad Social, contraiga la empresa contratista o subcontratista durante la ejecución de la contrata o subcontrata en virtud del propio

<sup>117</sup> SSTs, Social, 23 enero, 24 junio y 3 octubre 2008 (RJ 2008, 2775, 4233 y 359050).

<sup>118</sup> STSJ, Social, Cantabria 8 septiembre 2004 (rec. 365/2004).

<sup>119</sup> SSTs, Social, 5 diciembre 2011 (rec. 4197/2010) y 30 marzo 2012 (rec. 4197/2010).

<sup>120</sup> STS, Social, 21 febrero 2018 (rec. 251/2016).

<sup>121</sup> STSJ, Social, Asturias 31 enero 2017 (rec. 2855/2016).

<sup>122</sup> STSJ, Social, Valencia 11 diciembre 2014 (rec. 1693/2014).

<sup>123</sup> STSJ, Social, Madrid 12 julio 1997 (AS 1997, 2632).

<sup>124</sup> STSJ, Social, Madrid 13 junio 2001 (rec. 824/2001).

<sup>125</sup> STSJ, Social, Cataluña 23 septiembre 1998 (AS 1998, 6948).

<sup>126</sup> SSTs, Social, 18 enero 1995 (RJ 1995, 514) y 15 julio 1996 (RJ 1996, 5990).

<sup>127</sup> STSJ, Social, Cataluña 1 febrero y 1 abril 1997 (AS 1997, 712 y 1994).

<sup>128</sup> STS, Social, 29 octubre 1998 (AS 1998, 9049).

<sup>129</sup> STS, Social, 3 julio 2012 (rec. 2948/2011), citando, a su vez, las SSTs, Social, 20 julio 2005 (rec. 2160/2004) y 2 octubre 2006 (rec. 1212/2005). También SSTSJ, Social, Castilla y León 30 marzo 2011 (rec. 194/2011) y Valencia 30 diciembre 2011 (rec. 1723/2011).

art. 42 ET. Si no se solicita la certificación o se expide en sentido positivo, no hay tal exoneración. Ahora bien, la LCSP exige que el candidato a contratar con un Ente administrativo acredite documentalmente unos requisitos de capacidad y solvencia mucho más estrictos que los exigidos al particular que quiere convenir un vínculo contractual con otro sujeto privado. Entre ellos, el art. 71.1 d) LCSP prohíbe contratar con la Administración a quien no se encuentre al corriente en el cumplimiento de las obligaciones en materia de Seguridad Social (Bermejo, 2008: 109), extremo que deberá justificar aportando la documentación pertinente, de manera que la exoneración de responsabilidad a la que alude el art. 42.1 ET concurrirá en todo caso.

### 11.7.-Situaciones de desprotección

La limitación de responsabilidades del empresario principal, es decir, de la Administración, a las contrata y subcontratas de propia actividad a la luz del art. 42 ET, expulsa del ámbito de protección a los trabajadores de adjudicaciones relacionadas con actividades auxiliares, precisamente los más vulnerables dada la gran flexibilidad tanto de entrada, pues están sometidos a una utilización exorbitada de un contrato por obra o servicio supeditado a la duración del encargo, como de salida ante la facilidad de instrumentar los despidos por causas objetivas, unidas a una falta de cobertura convencional clara. Nada soluciona la regla de cierre establecida en los arts. 142.1 y 168.1 TRLGSS, que regulan, para los supuestos en los que no existiera responsabilidad solidaria por no tratarse de propia actividad o por haberse aplicado el mecanismo de exoneración del art. 42.1 ET, una responsabilidad subsidiaria del empresario principal, tanto en relación con cotizaciones como con prestaciones por falta de afiliación o alta, pues, en la práctica, no va a ser asumida por la Administración como empresario principal atendiendo a las reglas sobre las prohibiciones de contratar establecidas en la LCSP anteriormente mencionadas<sup>130</sup>.

La dimensión garantista desde el punto de vista laboral es, por tanto, muy débil y la tutela de la normativa administrativa es inexistente. Conviene recordar que el art. 130.6 LCSP trata de evitar la traslación de la deuda al nuevo contratista pero su ámbito de aplicación se reduce a los supuestos de subrogación por sucesión de la actividad de aquél, no a los de subcontratación, tal y como se deduce de un tenor literal que sienta cómo: "sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de lo establecido en el art. 44 ET, el pliego de cláusulas administrativas particulares siempre contemplará la obligación del contratista saliente de responder de los salarios impagados a los trabajadores afectados por subrogación, así como de las cotizaciones a la Seguridad Social devengadas, aún en el supuesto de que se resuelva el contrato y aquellos sean subrogados por el nuevo contratista, sin que en ningún caso dicha obligación corresponda a este último. En este caso, la Administración, una vez acreditada la falta de pago de los citados salarios, procederá a la retención de las cantidades debidas al contratista para garantizar el pago de los citados salarios, y a la no devolución de la garantía definitiva en tanto no se acredite el abono de éstos". Tal regulación tuitiva, sin duda, queda extramuros del supuesto aquí analizado.

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

---

<sup>130</sup> SSTS, Social, 23 septiembre 2008 (rec. 1048/2007) y 9 diciembre 2010 (rec. 1266/2010).

protección social. La autoexoneración de responsabilidad prevista en los mismos hace depender, no obstante, la aplicabilidad de una norma imperativa, como es el art. 42 ET, de la voluntad unilateral de la parte obligada a cumplirla, lo cual no puede ser admitido en ningún caso, pues dicho precepto estatutario establece un régimen de responsabilidad empresarial solidaria a favor de los trabajadores indisponible para las partes e inderogable para la Administración. Una prohibición expresa de la inclusión de este tipo de cláusulas exoneratorias en los pliegos evitaría, no obstante, muchos problemas planteados en la práctica, que han llevado a la judicialización de los problemas con el inherente rechazo para la satisfacción de los intereses de los trabajadores.

Por tanto y ante tales puntos endebles, es necesario el diseño de un sistema de responsabilidad conjunta de la Administración y de los sucesivos contratistas verdaderamente disuasorio de prácticas ilícitas, incrementadas exponencialmente por las empresas multiservicios.



# ***Los Puestos de Trabajo del Futuro en el Sector Público***

Autor: Mikel Gorriti Bontigui  
Noviembre de 2018

<b>INDICE</b>	<b>Pág.</b>
1. Gestión Planificada de Vacantes.	3
2. Plan de empleo de la Administración General del País Vasco	5
3. Análisis de la Demanda Ciudadana	9
4. Nuevos puestos de las AAPP	11
5. Destrezas desde la Demanda Ciudadana. Evolución del perfil	15
6. Fases de la Automatización.	19
7. Objetivar. ¿47% o 9%?	22
8. Puestos a no reponer	25
9. Condicionantes	26
10. Limitaciones	28
Referencias.	31

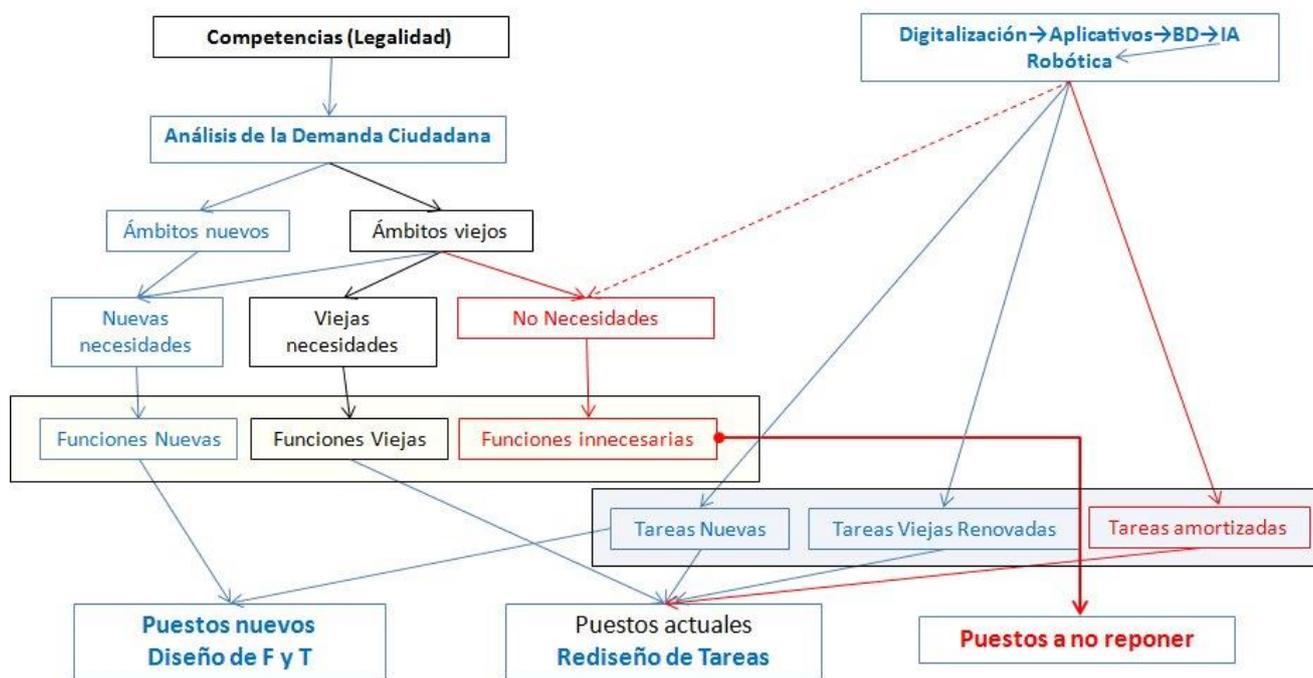
### 1. Gestión Planificada de Vacantes.

Abordar el reto de las jubilaciones masivas a las que están abocadas todas las administraciones públicas (AAPP) en los próximos años pasa, necesariamente, por tener alguna estrategia para gestionar vacantes; alguna metodología que permita tener criterios y argumentos para dicha actuación. La marcha masiva de personal debe concebirse como una oportunidad para no ofertar el empleo público innecesario, para rediseñar el que la demanda social exija, y para crear los que ella y la automatización de las tareas administrativas identifiquen. El mapa que sigue es un resumen de la metodología que este escrito propone y es base para toda la presentación que aquí se relata.



# Gestión Planificada de Vacantes

Metodología (2030)



Gorriti, 2018

La importancia intrínseca del mapa es concebirlo como una metodología para actuar *a priori* como planificación organizativa, no tanto como una actuación de RRHH. Pretende concretar una secuencia que se debe iniciar independientemente del número de jubilaciones que se tengan o se prevean; es una necesidad obvia que

exige tener planificado el empleo público antes de que “vengan los dolores”. Sólo teniendo esto hecho con carácter previo se dispondrá de criterio para utilizar de forma inteligente las vacantes que se vayan produciendo. Y ello se concreta en saber: a) qué puestos debo diseñar; b) cuáles tengo que rediseñar; y c) cuáles no reponer. La jubilación solo **debe activar un diseño ya realizado**, no debe ser la que desencadene este proceso, lo importante es la consciencia no la urgencia. Esto será muy difícil si, una vez más, la micro-gestión es dominante en el ámbito de recursos humanos o se produce la clásica contaminación por casuística de los colectivos implicados. La posibilidad de errar es mucho mayor si no se dispone de un horizonte organizativo.

Hay tres productos que concretan cómo llegar de forma racional a la gestión inteligente de vacantes: a) **qué necesito crear**; b) **qué necesito rediseñar**; y c) **qué necesito no reponer**. Para llegar a estos productos hay dos vías que se entrecruzan solo al final: la vía estratégica (política con asesoramiento técnico organizativo) que está representada por la parte izquierda del gráfico. Es la parte puramente organizativa y tiene a las funciones como materia prima entendiendo por estas: las responsabilidades que se asumen en relación con las necesidades legítimas de la ciudadanía. Ellas crean, matizan o no justifican la existencia de puestos. La segunda vía se refiere a las tareas: los procesos que satisfacen las responsabilidades asumidas con las funciones; la traslación que a la realidad de las ejecuciones hacen las personas (esencia de los RRHH). Las tareas están en la parte derecha del gráfico y sus intervenciones se explican en la segunda parte de este escrito.

Es especialmente importante fijarse en los colores del gráfico. Azul: bueno, necesario, innovador e inevitable; negro: mantener lo que tenemos por ser imperativo para las AAPP; rojo: ya innecesario bien por no justificarse en cuanto a necesidad de la ciudadanía o porque sus procesos se han amortizado por las nuevas tecnologías: la digitalización (RPA: *robotic process automation*); los aplicativos nacidos desde ella; la gestión de los datos que producen mediante el análisis del Big Data (BD); la Inteligencia Artificial (IA) y su materialización en la robótica (Ramión, 2019). El orden es conceptualmente importante.

Como puede verse en el gráfico el mundo de las funciones y el de las tareas no se mezclan: las nuevas tecnologías sólo influyen sobre las tareas, aunque no se nos escapa que, como todo proceso dialéctico, en algún momento puede dar argumentos para una reflexión estratégica cualitativa. También es especialmente importante ver que sólo las funciones innecesarias son las que justifican la no reposición de vacantes, y que esta es una decisión estrictamente estratégica (política) tras una reflexión alimentada de técnica organizativa.

Como puede verse predomina el azul luego el cuadro es optimista. La conclusión por tanto es obvia: ganaremos mucho si empezamos ya.

## 2. Plan de empleo de la Administración General del País Vasco

El Plan de empleo de la Administración General del País Vasco (2015; PEAGPV) <sup>1</sup> fija su atención en el hecho de que “...*la evolución natural y social de la ciudadanía vasca constituyente de una sociedad cada vez más compleja y demandante de servicios públicos adecuados...*” necesitan adaptarse a la nueva realidad de la administración en red, digital y gestión on line que permiten las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC’s)...”

El Plan establece entre sus prioridades de nivel I (Variables de Provisión y Acceso, y variables de Organización) las siguientes:

*“... también forma parte del grupo de esta prioridad las actividades de organización pero no tanto las identificadas como mejora o racionalización de procedimientos, que también, **sino el análisis de la demanda ciudadana...**”*

Más allá de las informaciones de todos conocidas en relación con la edad media de los empleados públicos y de la población en general, el elemento de diagnóstico del PEAGPV referenciado recoge específicamente lo siguiente:

*“Existe un riesgo objetivo de descapitalización de la AGPV en la próxima década. Desde 2015 hasta el 2030, se jubilará el 78,09 % de estos puestos de criterio y*

---

<sup>1</sup>[http://www.irekia.euskadi.eus/uploads/attachments/7333/plan\\_empleo.pdf?1454332206](http://www.irekia.euskadi.eus/uploads/attachments/7333/plan_empleo.pdf?1454332206)

*mando. Y lo mismo puede decirse de los técnicos, aunque con un retraso de alrededor de tres años, y aliviado unos nueve años y medio si se consolidan los interinos.”*

Esta afirmación en una tabla y por perfiles profesionales se concreta de las siguientes frecuencias:

Año de Jubilación	Perfil Profesional			Total	%	Acumulado
	Técnicos	Auxilio Administrativo	Subalternos			
2016	29	23	40	62	1,35	1,35
2017	40	43	5	88	1,91	3,26
2018	42	66	5	113	2,45	5,71
2019	52	62	5	119	2,58	8,30
2020	54	80	11	145	3,15	11,44
2021	61	65	16	142	3,08	14,53
2022	94	82	14	190	4,13	18,65
2023	102	89	28	219	4,76	23,41
2024	103	101	20	224	4,86	28,27
2025	124	87	26	237	5,15	33,42
2026	143	133	27	303	6,58	40,00
2027	131	155	43	329	7,14	47,14
2028	112	153	40	305	6,62	53,77
2029	116	139	35	290	6,30	60,07
2030	132	115	33	280	6,08	66,15
2031	88	111	33	232	5,04	71,18
2032	83	61	27	171	3,71	74,90
2033	64	50	16	130	2,82	77,72
2034	54	57	16	127	2,76	80,48
2035	55	40	15	110	2,39	82,87

En dicho PEAGPV y al establecer las prioridades de intervención también se dice:

*“En los últimos años se han producido cambios muy significativos en la sociedad: el envejecimiento de la población, la evolución y socialización de la tecnología, la globalización y la crisis. Todo ello hace que resulte necesario plantearse qué administración ha de configurarse para dar respuesta a las necesidades de la sociedad vasca del siglo XXI.*

*Hay que tratar de aproximarse a qué modelo de estructura y organización será necesaria para esta situación e identificar qué puestos de la AGPV deben evolucionar en sus responsabilidades, cuáles deben desaparecer y cuáles deben crearse. El actual diseño organizativo de la AGPV es de 2007 y aquel diseño fue una racionalización de estructuras (Análisis Funcionales) más que un diseño organizativo necesario por un análisis de la demanda ciudadana, y lo fue en época de bonanza económica por lo que podría decirse que las actuales estructuras administrativas datan del siglo anterior cuando la complejidad y las herramientas eran muy distintas a las actuales. Entre el año 2015 y el 2019 se entiende necesario trabajar en el análisis de esta demanda y su traducción en un diseño organizativo. También en una sanción organizativa de estos diseños por parte de la Dirección de Función Pública. Una vez realizado este diseño y sancionado en una nueva RPT, se estaría en condiciones de hacer un uso estratégico de las jubilaciones de la década de los veinte, con tasas de reposición acordes con las nuevas demandas de Servicio Público.”*

No estamos solos en este diagnóstico. La problemática está recogida en distintos documentos de parecida naturaleza. De todos ellos, destaca el elaborado por la OCDE y titulado: *Edad y servicios públicos. Retos en materia de recursos humanos*. OCDE 2007<sup>2</sup>. Sus principales conclusiones son las siguientes:

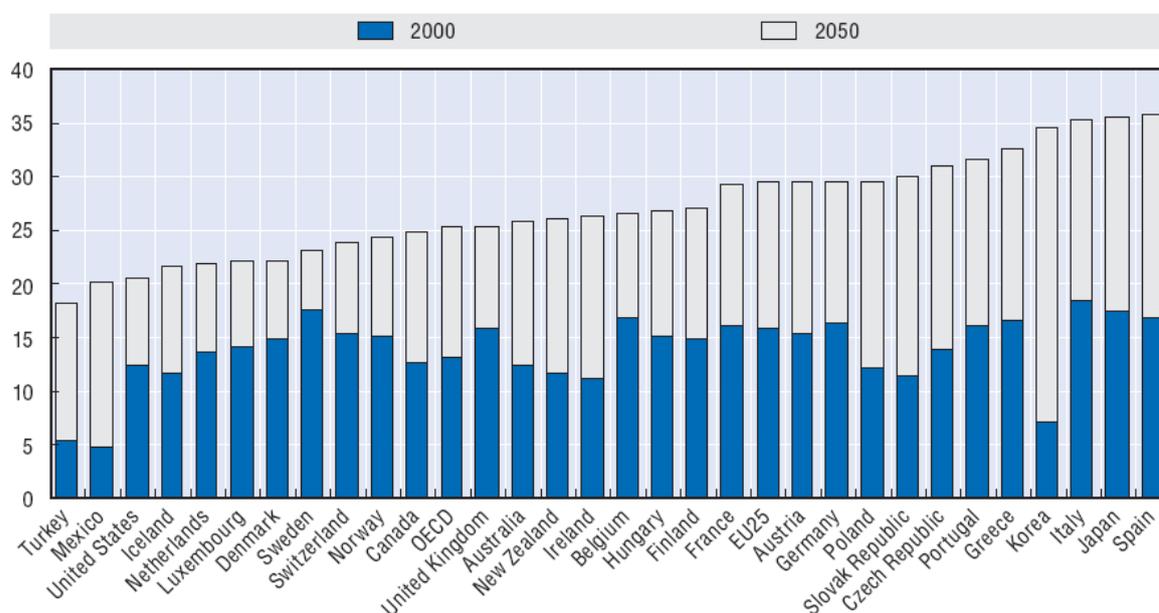
- Es una realidad general en Europa que la edad de su población y la de sus servidores públicos va a ser uno de los retos principales en las actuaciones que en materia de organización y recursos humanos van a tener que enfrentar las administraciones públicas.
- Para poder enfrentar esta problemática es necesario aumentar la productividad de las administraciones públicas. Entendiendo por productividad el ratio entre los servicios públicos y los recursos empleados en su generación.
- Deben aprovecharse los datos de jubilación para actuar organizativamente mediante una racionalización de sus estructuras (downsizing).

---

<sup>2</sup> [http://www.oecd-ilibrary.org/fr/governance/ageing-and-the-public-service\\_9789264029712-en](http://www.oecd-ilibrary.org/fr/governance/ageing-and-the-public-service_9789264029712-en)

- La racionalización debe contemplar, en todo caso, **el análisis de la demanda ciudadana** por ser esta distinta y evolucionada en función de variables demográficas, tecnológicas y de globalización.
- Todo análisis de la demanda ciudadana debe verse a la luz de la **demografía de la sociedad a la que la administración servirá**.
- El desafío económico que representa una población longeva y cualificada debe cuestionar los límites de jubilación. No todos los empleados públicos en edad de jubilación son prescindibles. A este respecto la gestión del tiempo libre, más que la compensación económica, es la mayor motivación de los empleados públicos que se jubilan.
- La flexibilidad en la gestión de los RRHH es una de las características principales. También la redistribución de efectivos en función de su experiencia demostrada.
- España será el país más con mayor número de personas mayores de 65 en el año 2050.

Figure 1.1. **Population ageing in OECD member countries**  
% of population aged 65 and over



Source: OECD (2006), *Ageing and Employment Policies, Live Longer, Work Longer*, OECD, Paris.

### 3. Análisis de la Demanda Ciudadana.

Parece aconsejable por tanto analizar la demanda de servicio público proyectada para la década de los veinte. Para dicho análisis existe la **metodología STEEP** (Aguilar, 1967) que permite categorizar las tendencias en torno a 5 grandes ámbitos: **SOCIALES, TECNOLÓGICAS, ECONÓMICAS, MEDIOAMBIENTALES Y POLÍTICAS**, a fin de obtener una visión general de los principales factores externos que están en juego<sup>3</sup>. Este cuadro resume dichas tendencias:

SOCIALES	
S.1. SOCIEDADES ENVEJECIDAS S.2. INCREMENTO POBLACIÓN JOVEN EN PAÍSES FUERA DE EUROPA -MIGRACIÓN S.3. INCREMENTO DEL PODER /INFLUENCIA DE LAS MUJERES S.4. MEGACIUDADES Y ÁREAS MÁS URBANIZADAS S.5. CAMBIOS EN LA ESTRUCTURA FAMILIAR S.6. CRECIENTE DESIGUALDAD - BRECHA ENTRE RICOS Y POBRES S.7. INCREMENTO EN EL ACCESO Y LA DIVERSIFICACIÓN DE LA EDUCACIÓN S. 8. CAMBIOS EN LAS FORMAS DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN S. 9. AUMENTO DE ENFERMEDADES NO TRANSMISIBLES Y NEUROLÓGICAS Y CRECIENTE BRECHA EN LA SALUD S.10. INCREMENTO DE LA CLASE CONSUMIDORA Y SUS PREOCUPACIONES SOBRE CUESTIONES ÉTICAS Y DE PRIVACIDAD	
TECNOLÓGICAS	ECONÓMICAS
T.1. CLOUD TECHNOLOGY T.2. AVANCES EN PROGRAMACIÓN Y BIG DATA T.3. INTERNET DE LAS COSAS (IOT) T.4. ROBÓTICA AVANZADA, IA Y APRENDIZAJE AUTÓNOMO T.5. FABRICACIÓN AVANZADA, IMPRESIÓN 3D Y MATERIALES T.6. REDES SOCIALES, TECNOLOGÍA MÓVIL, DESINFORMACIÓN” ONLINE	E.1. CROWDSOURCING, ECONOMÍA COMPARTIDA Y PEER-TO-PEER E.2. TRANSICIÓN A UNA ECONOMÍA CIRCULAR E.3. CAMBIOS EN EL MERCADO DE TRABAJO. E.4. RALENTIZACIÓN DEL CRECIMIENTO ECONÓMICO Y LENTA RECUPERACIÓN E.5. DE LA ECONOMÍA DEL TRABAJO A LA DEL CONOCIMIENTO.
MEDIOAMBIENTALES	POLÍTICAS
M.1. CAMBIO CLIMÁTICO M.2. LIMITACIONES DE LOS RECURSOS NATURALES M.3. REDUCCIÓN DE RESIDUOS ALIMENTARIOS. M.4. MODELO ENERGÉTICO Y MOVILIDAD SOSTENIBLE M.5. POLÍTICAS, FISCALIDAD Y REGULACIÓN AMBIENTAL	P 1. CRISIS DE LOS SISTEMAS POLÍTICOS P 2. INTEGRACIÓN GLOBAL Y DISPERSIÓN GLOBAL P 3. TERRORISMO GLOBAL P 4. INNOVACIÓN SOCIAL APLICADA A LOS DESAFÍOS DE LAS SOCIEDADES

Fuente: *Prospektiker, S.A.*

Generalmente considerados los principales factores de cambio para las AAPP serán: Envejecimiento; Cambio demográfico; Diversidad cultural; Concentración en grandes ciudades; Creciente inseguridad ciudadana; Revolución tecnológica y científica; Entornos laborales cambiantes; Sociedad del aprendizaje.

Por sectores más trascendentes para el servicio público:

<sup>3</sup> La UE adoptó esta metodología en 2015

- *Salud*: Conciencia y preocupación por la salud; Cuidados en casa; Atención no presencial (monitorización y tele-asistencia); Enfermedades crónicas o cronificadas.
- *Educación*: Aprendizaje toda la vida, “Learnability”; Aprendizaje personalizados; Nuevos enfoques y metodologías (TIC’s Aplicaciones); Brecha tecnológica y de complejidad.
- *Urbanismo, vivienda y medioambiente*: Planificación urbanística; Co-diseño; Transporte autónomo; TIC’s para infraestructuras y servicios urbanos; Energías limpias; Residuos cero.
- *Administración, Gobernanza*: Gestiones on line; Canales digitales; Desubicación de las AAPP; Automatización del auxilio administrativo; Perfiles tecnificados y especializados; **Competencias críticas**; Colaboración público-privada, coproducción de servicios.

Implícitas en estas concreciones y corroboradas por distintos autores (Ramió, 2018 y 2019; Jimenez Asensio, 2018; Dahlström y Lapuente, 2018; Hidalgo, 2018) se identifican las nuevas exigencias de la ciudadanía en relación con la naturaleza servicial de las AAPP: Las AAPP o son de utilidad social o no serán. Debe prevalecer la agilidad y la flexibilidad en la gestión organizativa y de recursos humanos no la rigidez normativa, ella debe ser servidora de estos fines y no tanto un corsé para su gestión. Es evidente la necesidad de realizar un rediseño organizativo de las AAPP, su concepción es antigua y no sincrónica con las nuevas realidades del trabajo. Los líderes públicos deben centrar sus esfuerzos en motivar a sus empleados para acometer los retos del futuro con una base axiológica de servicio público. Las AAPP deben dedicar esfuerzos e imaginación para conseguir la efectiva igualdad de género tanto en sus diseños organizativos como en sus procesos de gestión de RRHH. Un reto no solo técnico sino cultural y estratégico. Toda selección de empleados públicos debe tener como objetivo la predicción demostrada de un desempeño eficaz como primer valor; predecir bien implica, también, ser igualitario. Las AAPP son responsables de arbitrar medidas, herramientas y estrategias para evitar la descapitalización por la fuga del conocimiento experto. Por último, parece una evidencia que para el mundo complejo que viene el análisis de multitud de datos es una realidad imprescindible para cumplir con los valores públicos, de ahí que

deben diseñarse puestos de analistas de *big data* lo cual en sí mismo será un síntoma del reto asumido.

#### 4. Nuevos puestos de las AAPP.

En una investigación que no pretende ser exhaustiva ni con categoría suficiente como para ser considerada con soporte empírico, el autor de este escrito utilizó estas tendencias y conclusiones para identificar qué puestos de las AAPP pueden ser los más demandados en la próxima década. Para ello utilizó dichas tendencias y conclusiones como descriptores en la página O\*NET on line<sup>4</sup>, base de datos ocupacional del Ministerio de Trabajo, Empleo y Formación del Gobierno Americano. Seguidamente se describen los puestos identificados con un **porcentaje de crecimiento estimado** para finales de la década de los veinte (2026):

Puesto	Actividades Principales
<b>Salud</b>	
CUIDADOS EN CASA (47%)	Proveer de atención médica individualizada rutinaria: cambiar vendas y vendar heridas, aplicar medicamentos tópicos a ancianos, convalecientes o personas con discapacidad en el hogar del paciente o en un centro de atención. Controlar o informar de los cambios en el estado de salud. También puede brindar atención personal, como bañar, vestir y asear al paciente.
ENFERMERAS/OS (36%)	Diagnosticar y tratar enfermedades agudas, episódicas o crónicas, de forma independiente o como parte de un equipo de atención médica. Puede enfocarse a la promoción de la salud y a la prevención de enfermedades. Puede ordenar, realizar o interpretar pruebas de diagnóstico como análisis de laboratorio y rayos x. Puede prescribir medicación. Deben ser enfermeras/os registradas/os con educación de posgrado especializada.
ENFERMERAS/OS INFORMÁTICAS (9%)	Aplicar el conocimiento de enfermería e informática para ayudar en el diseño, desarrollo y modificación continua de sistemas computarizados de atención médica. Resolución de problemas para promover la implementación del sistema de atención médica.
ENFERMEROS/AS DE CUIDADOS CRÍTICOS (15%)	Prestar atención de enfermería avanzada a pacientes en unidades de cuidados críticos o coronarios.
TÉCNICOS/AS DE INFORMACIÓN DE LA SALUD (14%)	Recopilar, procesar y mantener registros médicos de pacientes de hospitales y clínicas de manera coherente con los requisitos médicos, administrativos, éticos, legales y normativos del sistema de atención médica. Procesar, mantener, compilar e informar sobre registros del paciente para los requisitos y estándares de salud de una manera consistente con el sistema de codificación numérica de la industria de la salud.
EDUCADORES/AS DE LA SALUD (15%)	Proporcionar y administrar programas de educación para la salud que ayuden a las personas, a las familias y a sus comunidades a maximizar y mantener estilos de vida saludables. Reúne y analiza datos para identificar las necesidades de la comunidad antes de planificar, implementar, supervisar y evaluar programas diseñados para fomentar estilos de vida, políticas y entornos saludables. Ser un recurso de ayuda a individuos, otros trabajadores de la salud o la comunidad, también administrar recursos

<sup>4</sup> <https://www.onetonline.org/>

<b>Puesto</b>	<b>Actividades Principales</b>
	fiscales para programas de educación de la salud.
EPIDEMIOLOGOS/AS (9%)	Investigar, identificar y describir los determinantes y la distribución de enfermedades, la discapacidad o los resultados de salud. Desarrollar los medios para su prevención y el control.
FISIOTERAPEUTAS (15%)	Evaluar, planificar, organizar y participar en programas de rehabilitación que mejoren la movilidad, alivien el dolor, aumenten la fuerza y mejoren o corrijan las afecciones incapacitantes que resultan de una enfermedad o lesión.
FLEBOTOMISTA (15%)	Extraer sangre para exámenes, transfusiones, donaciones o investigación. Explicar el procedimiento a los pacientes y ayudar en la recuperación de pacientes con reacciones adversas.
CONSULTOR GENÉTICO (15%)	Evaluar el riesgo individual o familiar para una variedad de afecciones hereditarias, como trastornos genéticos y disfunciones de nacimiento. Proporcionar información a otros proveedores de atención médica o a personas y familias preocupadas por el riesgo de afecciones hereditarias. Aconsejar en la toma de decisiones sobre cómo actuar con personas en este tipo de riesgo. Participar en investigaciones relacionadas con afecciones genéticas o hereditarias.
ASISTENTES SOCIALES (15%)	Asistir en la prestación de servicios al cliente en una amplia variedad de campos, como la psicología, la rehabilitación o el trabajo social, incluido el apoyo a las familias. Ayudar a identificar y obtener servicios sociales y comunitarios. Ayudar a los trabajadores sociales a desarrollar, organizar y llevar a cabo programas para prevenir y resolver problemas relacionados con el abuso de sustancias, las relaciones humanas, la rehabilitación o la atención a dependientes.
<b>Educación</b>	
ESPECIALISTAS EN FORMACIÓN Y DESARROLLO (14%)	Diseñar y llevar a cabo programas de formación y desarrollo para mejorar el desempeño individual y organizacional. Identificar necesidades de formación.
AYUDANTES DE TERAPIA OCUPACIONAL (15%)	Desarrollar planes de tratamiento ocupacional, llevar a cabo funciones de rutina, dirigir programas de actividades y documentar el progreso de los tratamientos.
FORMADORES EN AUTODESARROLLO Y AUTOFORMACIÓN (15%)	Formar en temas de superación personal, no vocacional y no académica. La enseñanza puede o no tener lugar en una institución educativa tradicional.
COORDINADORES DE FORMACIÓN (14%)	Planificar, dirigir o coordinar las actividades de capacitación y desarrollo y el personal de una organización.
DISEÑO INSTRUCCIONAL Y TECNOLOGÍA (14%)	Desarrollar materiales y productos de formación, así como ayudar en el rediseño de cursos basado en la tecnología. Ayudar a los profesores a aprender, dominar y aplicar la tecnología instruccional.
COORDINADORES DE FORMACIÓN A DISTANCIA (14%)	Coordinar diariamente los programas de aprendizaje a distancia y programar los cursos.
<b>Urbanismo, vivienda y medioambiente</b>	
INGENIEROS/AS DE FACTORES HUMANOS Y ERGONOMÍA (14%)	Diseñar objetos, instalaciones y entornos que optimicen el bienestar humano y el rendimiento general de los sistemas de trabajo, aplicando la teoría, los principios y los datos sobre la relación entre los humanos y la tecnología respectiva. Investigar y analizar las características del comportamiento humano y el desempeño en lo que se refiere al uso de la tecnología.
PLANIFICADORES URBANÍSTICOS Y REGIONALES (14%)	Desarrollar planes y programas integrales para el uso de la tierra y las instalaciones físicas de los pueblos, ciudades y áreas metropolitanas.
PLANIFICADORES DE TRANSPORTE (9%)	Diseñar proyectos de transporte. Reunir, compilar y analizar datos. Estudiar el uso y la operación de los sistemas de transporte. Diseñar simulaciones.
INGENIEROS/AS DE TRANSPORTE (14%)	Desarrollar proyectos de transporte de superficie, de acuerdo con los estándares de ingeniería establecidos y la política de construcción estatal o federal. Preparar diseños, especificaciones o estimaciones para las

Puesto	Actividades Principales
	instalaciones de transporte. Planificar modificaciones de calles, autopistas existentes para mejorar el flujo de tráfico.
INGENIEROS/AS DE ENERGÍA (9%)	Diseñar, desarrollar o evaluar proyectos o programas relacionados con la energía para reducir sus costos o mejorar la eficiencia energética durante las etapas de diseño, construcción o remodelación de la construcción. Puede especializarse en sistemas eléctricos; sistemas de calefacción, ventilación y aire acondicionado; edificios verdes; iluminación; calidad del aire; o la obtención de energía.
INGENIEROS/AS CIVILES (14%)	Planificar, diseñar y supervisar la construcción y mantenimiento de estructuras e instalaciones de edificios como: carreteras, ferrocarriles, aeropuertos, puentes, puertos, canales, presas, proyectos de riego, tuberías, plantas de energía y sistemas de agua y alcantarillado.
INGENIEROS/AS DE ENERGÍA SOLAR (14%)	Analizar y evaluar proyectos de eficiencia energética solar que involucren a ciudadanos residentes, a comercios o a industrias. Diseñar sistemas solares de agua caliente y calefacción para estructuras nuevas o existentes, aplicando el conocimiento de los requisitos de energía estructural, los climas locales, la tecnología solar y la termodinámica.
GESTORES DE INSTALACIONES SOLARES (14%)	Equipos de trabajo que instalan sistemas fotovoltaicos o térmicos solares residenciales o comerciales.
INSTALADORES/AS FOTOVOLTAICOS (15%)	Instalar y mantener sistemas solares fotovoltaicos (PV) en techos u otras estructuras de acuerdo con la evaluación del sitio y los diseños. Puede incluir medición, corte, ensamblaje y atornillado estructural y módulos solares. Puede realizar trabajos eléctricos menores, como controles o monitorización.
ESPECIALISTAS EN SOSTENIBILIDAD (9%)	Sostenibilidad organizacional, como la gestión de la corriente de desechos, las prácticas de construcción ecológica y los planes de adquisición ecológicos.
ESPECIALISTAS MEDIOAMBIENTALES (14%)	Realizar investigaciones para reducir o eliminar fuentes de contaminantes o peligros que afectan el medio ambiente o a la salud de la población. Utilizando el conocimiento de diversas disciplinas científicas, puede recopilar, sintetizar, estudiar, informar y recomendar acciones basadas en datos derivados de mediciones u observaciones de aire, alimentos, suelo, agua y otras fuentes.
INSPECCIÓN FORESTALES ESPECIALISTAS EN PREVENCIÓN (15%)	Hacer cumplir la normativa contra incendios, inspeccionar bosques en busca de riesgos de incendio y recomendar medidas de prevención o control de incendios forestales. Puede informar incendios forestales y condiciones climáticas.
HIDRÓLOGOS/AS (14%)	Investigar la distribución, circulación y propiedades físicas de las aguas subterráneas y superficiales. Estudiar la forma y la intensidad de la precipitación, su tasa de infiltración en el suelo, el movimiento a través de la tierra y su retorno al océano y la atmósfera.
ECOLOGISTA INDUSTRIAL (14%)	Aplicar principios y procesos de ecosistemas naturales para desarrollar modelos para sistemas industriales eficientes. Utiliza el conocimiento de las ciencias físicas y sociales para maximizar el uso efectivo de los recursos naturales en la producción y el uso de bienes y servicios. Examinar los problemas sociales y su relación con los sistemas técnicos y el medioambiente.
TÉCNICOS DE MANTENIMIENTO DE TURBINAS (15%)	Inspeccionar, diagnosticar, ajustar y reparar turbinas eólicas. Realizar el mantenimiento de los equipos de la turbina eólica, incluyendo la resolución de fallos eléctricos, mecánicos e hidráulicos.
ANALISTAS DE CAMBIO CLIMÁTICO (14%)	Investigar y analizar la evolución de las políticas relacionadas con el cambio climático. Hacer recomendaciones relacionadas con el clima para acciones relativas a legislación, campañas de concientización o enfoques de recaudación de fondos.
RESTAURADORES MEDIOAMBIENTALES (14%)	Colaborar con el personal de campo y la biología para supervisar la implementación de proyectos de restauración y desarrollo de nuevos

<b>Puesto</b>	<b>Actividades Principales</b>
	productos. Procesar y sintetizar datos científicos complejos en estrategias prácticas de restauración, monitoreo o gestión.
ANALISTAS ESTRATÉGICOS (15%)	Investigar las condiciones del mercado en áreas locales, regionales o nacionales. Recopilar información para determinar las ventas potenciales de un producto o servicio, o la creación de una campaña. Recopilar información sobre competidores, precios, ventas y métodos de comercialización y distribución.
BIOESTADÍSTICOS (15%)	Desarrollar y aplicar la teoría y los métodos de la bioestadística al estudio de las ciencias de la vida.
BIOINFORMÁTICOS (9%)	Aplicar los principios y métodos de la bioinformática para ayudar a los científicos en relación a productos farmacéuticos, tecnología médica, biotecnología, biología computacional, proteómica, ciencias de la información informática, biología e informática médica. Aplicar herramientas bioinformáticas para visualizar, analizar, manipular o interpretar datos moleculares. Construir y mantener bases de datos para procesar y analizar información genómica u otra información biológica.
<b>Administración, Gobernanza</b>	
ANALISTAS DE GESTIÓN (14%)	Llevar a cabo estudios y evaluaciones organizacionales, diseñar sistemas y procedimientos, realizar estudios de simplificación y medición del trabajo, y preparar manuales de operaciones y procedimientos para ayudar a la administración a operar de manera más eficiente y efectiva. Incluye analistas de programa y consultores de administración.
ANALISTAS INVESTIGADORES DE PROCESOS (15%)	Formular y aplicar modelos matemáticos y otros métodos de optimización para desarrollar e interpretar información que ayude a la administración con la toma de decisiones; la formulación de políticas u otras funciones gerenciales. Puede recopilar y analizar datos y desarrollar software, servicios o productos de soporte para la toma de decisiones. Puede desarrollar y suministrar redes óptimas de tiempo, costo o logística para la evaluación, revisión o implementación del programa.
ANALISTAS DE SEGURIDAD INFORMACIÓN (15%)	Planificar, implementar, actualizar o monitorizar medidas de seguridad para la protección de redes e información de ordenadores. Garantizar controles de seguridad adecuados que protegerán los archivos digitales y la infraestructura electrónica vital. Puede responder a violaciones de seguridad informática y virus.
DESARROLLADORES DE SOFTWARE (15%)	Desarrollar, crear y modificar el software de aplicaciones informáticas generales o programas de utilidad especializados. Analizar las necesidades del usuario y desarrollar soluciones de software. Diseñar o personalizar el software para la eficiencia operativa. Analizar y diseñar bases de datos dentro de un área de aplicación, trabajando individualmente o coordinando el desarrollo de la base de datos como parte de un equipo. Supervisar a los programadores.
ESTADÍSTICOS (15%)	Desarrollar o aplicar la teoría matemática o estadística y sus métodos para recopilar, organizar, interpretar y resumir datos numéricos para generar información utilizable. Puede especializarse en campos tales como bioestadísticas, estadísticas agrícolas, estadísticas comerciales o estadísticas económicas.
MATEMÁTICOS (15%)	Llevar a cabo investigaciones matemáticas fundamentales o la aplicación de técnicas matemáticas a la ciencia, la gestión y otros campos. Resolver problemas en varios campos usando métodos matemáticos.
ANALISTAS ESTRATÉGICOS (15%)	Investigar las condiciones del mercado en áreas locales, regionales o nacionales. Recopilar información para determinar las ventas potenciales de un producto o servicio, o la creación de una campaña. Recopilar información sobre competidores, precios, ventas y métodos de comercialización y distribución.

Fuente: elaboración propia

Es necesario aclarar el carácter profesional de estos puestos basados principalmente en la complejidad de sus ejecuciones, lo que se conoce como contenidos STEM (science, technology, engineering and mathematics). Esto le resta posibilidad de comparación con los puestos a los que se unge de potestad pública claramente infra-representados en esta tabla porque tal condición es una característica independiente de los criterios de búsqueda utilizados. También debe aclararse que no aparecen muchos de los puestos con responsabilidades gestoras, directivas y de estrategia de las AAPP por sus cometidos horizontales inherentes al tamaño de la organización.

En un acercamiento menos empírico y quizás más provocador, la Singularity University (Bidshahri, 2018) identifica los siguientes puestos para finales de la próxima década:

- Técnicos de neuro-implantes
- Especialistas de neuro-estimulación
- Ingenieros de neuro-robótica
- Consultor de potenciación cognitiva
- Especialistas en ética de modificación genética
- Detective digital
- Guardián de privacidad
- Legislador tecnológico
- Planificador de ciudades inteligentes
- Diseñador de consumo cero
- Consultor de uso de energía
- Analistas de flujos de tráfico
- Ingenieros de conducción autónoma

## **5. Destrezas desde la Demanda Ciudadana. Evolución del perfil.**

Utilizando la misma base de datos O\*NET y recopilando las destrezas que allí se identifican para los puestos arriba descritos, seguidamente se jerarquizan las competencias más veces referidas (Frec.) teniendo en cuenta que todas ellas son parte de taxonomías de dicha base de datos (sin diferencias semánticas o de nivel de abstracción). Se exponen sólo las que acumulan el 80% de las referencias. Se identifican en negrita las coincidentes con las propuestas por la Singularity University:

<b>Destrezas O'NET</b>	<b>Frec.</b>	<b>Peso Relativo</b>	<b>Acumulado</b>
<b>Pensamiento crítico:</b> utilizar la lógica y el razonamiento para identificar las fortalezas y debilidades de soluciones, conclusiones o enfoques alternativos a los problemas.	37,00	13,91	13,16
<b>Escucha activa:</b> Prestar atención plena a lo que dicen otros; tomarse tiempo para entender los temas en cuestión; hacer preguntas según corresponda y no interrumpir en momentos inapropiados.	35,00	13,16	26,32
<b>Comprensión de lectura:</b> comprensión de frases y párrafos escritos en documentos relacionados con el trabajo.	31,00	11,65	37,97
<b>Comunicación oral:</b> hablar con otros para transmitir información de manera efectiva.	22,00	8,27	46,24
<b>Solución de problemas complejos:</b> identificación de problemas complejos y revisión de información relacionada para desarrollar y evaluar opciones e implementar soluciones.	20,00	7,52	53,76
<b>Juicio y toma de decisiones:</b> considerar los costos y beneficios relativos a posibles acciones, para elegir la más adecuada.	14,00	5,26	59,02
<b>Escritura:</b> comunicación eficaz por escrito según corresponda a las necesidades del interlocutor.	14,00	5,26	64,29
<b>Aprendizaje activo:</b> Entender las implicaciones de nueva información para la resolución de problemas actuales y futuros y para la toma de decisiones.	11,00	4,14	68,42
<b>Monitoreo:</b> Evaluar el propio desempeño y el de otras personas u organizaciones para realizar mejoras o decidir medidas correctivas.	10,00	3,76	72,18
<b>Estrategias de aprendizaje:</b> seleccionar y utilizar métodos y procedimientos de formación y entrenamiento apropiados para la situación al aprender o enseñar cosas nuevas.	8,00	3,01	75,19
<b>Percepción social:</b> ser consciente de las reacciones de los demás y entender por qué reaccionan así.	8,00	3,01	78,20
<b>Matemáticas:</b> usar las matemáticas para resolver problemas.	7,00	2,63	80,83

Fuente: elaboración propia

Las destrezas propuestas por la Singularity University (Bidshahri, 2017):

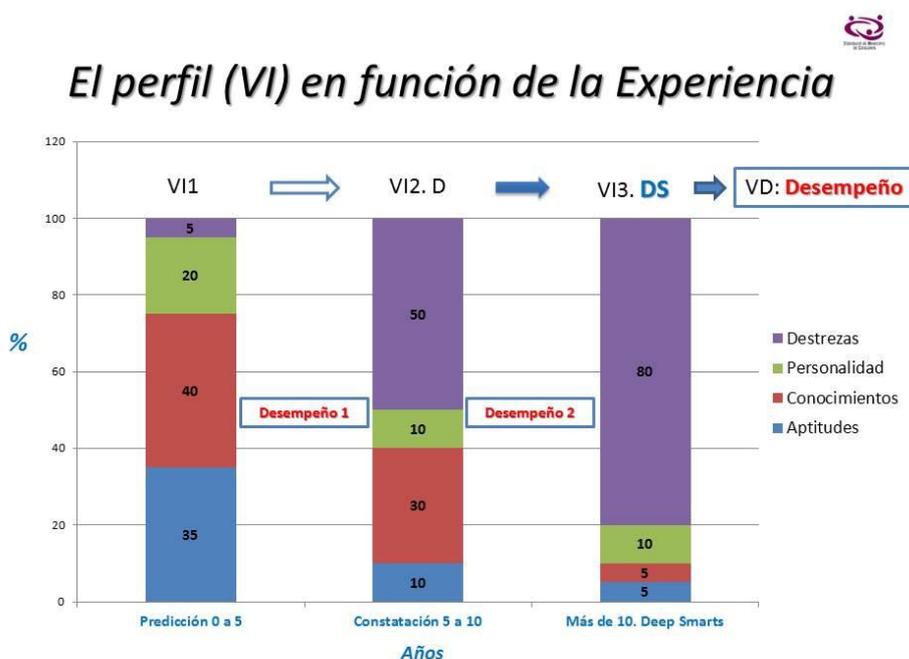
<b>Destreza</b>	<b>Definición</b>
Pensamiento crítico y Resolución de Problemas.	Preguntar y hacerlo bien es el corazón del pensamiento crítico. Antes de que se pueda resolver un problema se debe ser capaz de formularlo bien y sospechar lo que lo causa. También la capacidad para cuestionarnos el statu quo y criticar lo establecido.
Colaboración en la red. Liderar la influencia.	Una de las principales tendencias hoy es la desubicación de los trabajos y los trabajadores no constantes o contingentes (economía gig). En los próximos años los trabajadores remotos llegarán al 40%. También en la nube. Desde este punto de vista saber colaborar en red y liderar la influencia es esencial. Un liderazgo por influencia y no por jerarquía.
Agilidad y adaptabilidad.	Vivimos en entornos VUCA (volatile, uncertain, complex and ambiguous). Desde este punto de vista adaptarse y hacerlo de modo ágil es esencial. La educación actual enseña para rutinas y para procedimientos establecidos. Ya no es necesario. Debemos seleccionar personas para estar constantemente aprendiendo. Y olvidando. El impacto de la tecnología así lo exige.
Iniciativa y emprendizaje.	Debemos seleccionar personas que sean capaces de buscar oportunidades, ideas y estrategias de mejora. Nada es estático.
Eficacia en la comunicación oral y escrita.	Comunicar bien es una extensión de pensar claramente. Y de presentar argumentos de modo persuasivo. Inspirar a otros. Captar los elementos críticos de lo que se quiere decir y la propia promoción o del producto.

<b>Destreza</b>	<b>Definición</b>
Analizar y evaluar información	Tanto como accedemos a mucha Información también lo hacemos a mala Información. Necesitamos seleccionar y formar para ser capaces de evaluar las fuentes y generar conocimiento desde el análisis de buena información y datos.
Curiosidad e imaginación.	Sin curiosidad no hay nuevo conocimiento ni innovación. La imaginación es más importante que el conocimiento (A. Einstein). Importan personas que sean capaces de cuestionarse cosas y buscar soluciones más que recitar temas.

Fuente: elaboración propia

Actualmente las destrezas siguen siendo los objetivos de la formación pero tal y como puede verse en ambas tablas ya no se refieren a los procesos estandarizados a los que se referían Campbell y Kuncel (2001) sino a una conjunción de personalidad e inteligencia que nos obliga a elevar el objeto de la medida. Es por ello que las aquí descritas pueden considerarse **las competencias críticas a medir** en la selección de las AAPP para entornos coyunturales y tan líquidos como los que nos van a tocar vivir en la próxima década. Ellas concretan lo que hace “inteligentes” (Smart) a las AAPP, su equivalencia semántica con la “smartificación” como algunos autores (Ramió, 2019) nominan el tránsito a una administración que use la RPA, el BD y la IA.

Cabría explicar aquí gráficamente la evolución del perfil de todo empleado público en función de su experiencia. Se puede resumir en el siguiente cuadro:



Primoff (1975) estableció que toda conducta humana está determinada por cuatro componentes de perfil:

- *Aptitudes*: Se refiere a capacidades básicas exigibles en mayor o menor medida a todas las personas para el proceso de aprendizaje de un puesto de trabajo. Son por tanto predictoras del aprendizaje y por lo tanto de la adaptación al puesto de trabajo. Significan “tener capacidad para”. (Poder).
- *Conocimientos*: Se refiere a los conceptos, criterios y modelos mentales que conforman un marco de referencia en el que adquieren significado determinados contenidos, realidades y fenómenos propios de un área o dominio de conocimientos o experiencia. Suelen concretarse en significados comunes para todos aquellos que participan de ése marco de referencia. (Saber).
- *Destrezas*: Cuando un problema tiene una forma estandarizada de resolverse, a esa forma de proceder se le denomina destreza (Campbell y Kuncel, 2001). Es la habilidad resultante de juntar, con entrenamiento, conocimiento técnico, aptitudes y práctica. (Saber hacer).
- *Rasgos de Personalidad*: La personalidad es la predisposición heredada y aprendida para actuar de una determinada manera; variables moderadoras de cualquier ejecución que predicen que un trabajador que posee las características arriba descritas, las empleará correctamente. Las tres primeras características del perfil predicen que el candidato sabe hacer o que está capacitado para ello, la personalidad predice que lo hará y qué sentido tendrá dicha ejecución. (Querer).

El gráfico explica la evolución en tres fases evolutivas para hacerse experto/a: de 0 a 5 años, constituido principalmente por los conocimientos memorizados en la oposición o en la formación en el puesto, por las aptitudes para aprenderlos y por su disposición actitudinal para hacerlo. Esta primera distribución de las “variables independientes” (VI1) genera un primer desempeño (Desempeño 1) todavía bajo en “expertise” y donde el/la empleado público no puede fiarse mucho de sus intuiciones. Entre los 5 y los 10 años se van adquiriendo las destrezas y baja el porcentaje de uso del resto de componentes del perfil (VI2) y se produce un desempeño (Desempeño 2) caracterizado por saber hacer y por consultar y confirmar los conocimientos. Desde los 10 años en adelante las destrezas ya se han asentado y generado las conocidas como “grandes destrezas” (“deep smart”; DS en el gráfico):

VI3; DS. En esta fase el/la empleado/a público confía en sus intuiciones porque ellas ya son expertas: ve rápido lo importante, lo relaciona, sabe sus causas, hipotetiza una secuencia de actos y decide su actuación eficaz casi de forma inconsciente. Este es el objetivo de la intervención para solventar la descapitalización (Gorriti, 2016).

La siguiente tabla representa la taxonomía de DS (Leonard, Swap y Barton, 2015). Probablemente representa lo que será muy difícil de automatizar o ser soportado por aplicativos, robótica e inteligencia artificial, **y será la esencia de la actuación experta y diferencial de las personas en el empleo público del futuro.**

Dimensión	Contenido
<b>Cognitiva</b>	Conocimiento crítico sobre qué y cómo: técnico y gestión.
	<b>Pensamiento sistémico:</b> entendimiento, interdependencia y predicción de situaciones.
	<b>Juicio:</b> rapidez y sabiduría de decisión.
	Conciencia del contexto en las decisiones.
	Reconocimiento de patrones por resultados previos.
<b>Desempeño</b>	Red profesional: saber con quién contactar o tratar qué.
	<b>Interpersonal:</b> motivar y soportar desacuerdos intelectuales.
	<b>Comunicación:</b> construir mensajes, escoger medio y persuadir.
	<b>Diagnosticar y buscar pistas:</b> señales de ruido y sentido.
<b>Física</b>	Inteligencia sensorial: diagnosticar, interpretar o predecir por tacto, sonido u otras modalidades sensoriales. <i>Atajo de coherencia.</i>

*Adaptación propia.*

## 6. Fases de la Automatización.

Aunque la informática no es mi fuerte sí creo importante aclarar algunos conceptos y procesos trascendentes para entender los inevitables procesos de automatización a los que las AAPP nos veremos abocados en los próximos años, continuación de aquellos en los que ya estamos inmersos. Hasta ahora los procesos de automatización se realizaban mediante softwares que transformaban la información analógica en información digital y memorizaban los pasos realizados y las reglas lógicas implicadas. Este proceso es conocido como como *RPA* de sus siglas en

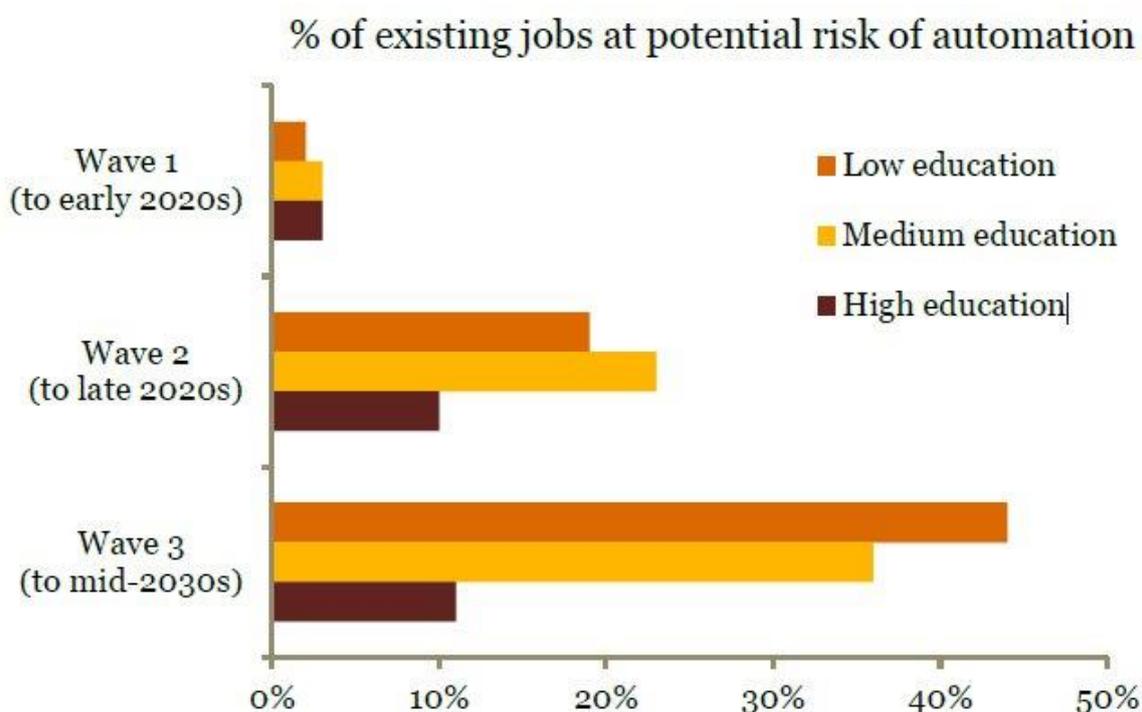
inglés: Robotic Process Automation. Desde hace unos años a este proceso de programación se ha añadido una serie de programas que aprenden de lo que los humanos hacen en sus ordenadores imitando sus ejecuciones. Al típico y clásico RPA se añaden softwares como el reconocimiento del lenguaje, el “machine learning” o el procesamiento natural del lenguaje que hacen más inteligente este proceso de digitalización o, simplemente, sustituyen la programación. La utilización de dichos softwares complementarios permite automatizar procesos rutinarios más complejos. En cualquier caso la consecuencia más inmediata de esta digitalización es la generación de aplicaciones, aplicativos o primeras etapas de robotización que se encargan de los procesos más repetitivos, rutinarios o manuales (Hidalgo, 2018). Todo aplicativo o proceso digitalizado genera datos por su uso e iteración. Estos datos quedan almacenados según una estructura predeterminada y pueden ser utilizados para la identificación de patrones de funcionamiento; regularidades del proceder que pueden transformarse en leyes, criterios y modelos mediante un análisis estadístico-matemático muchas veces comprobando predicciones hechas desde ellos. Burdamente sintetizado este es el cometido del Big Data (BD) y sus productos más importantes los algoritmos o fórmulas que recogen en lógicas matemáticas estas leyes, criterios, modelos, y regularidades observadas, las cuales, a su vez, son la base de la inteligencia artificial. O sea, digitalización, automatización, aplicativos, big data e inteligencia artificial. Pero no creamos que todas estas fases son sincrónicas o necesariamente ocurren en espacios de tiempo cortos. En la literatura están aceptadas tres fases u oleadas de automatización (Hawksworth, J & Berriman, R, 2018). Sucintamente expuestas son estas:

<b>Ola 1: Algorítmica (a principios de 2020)</b>	Automatización de tareas rutinarias simples y análisis de datos estructurados. RPA simple.
<b>Ola 2: Aumento (a finales de 2020)</b>	Interacción dinámica con tecnología para apoyo administrativo y toma de decisiones. También incluye tareas robóticas en entornos semi-controlados como mover objetos en almacenes. RPA con Machine Learning; Speech Recognition, etc. BD.
<b>Ola 3: Autónoma (hasta mediados de los años 2030)</b>	Automatización del trabajo físico y destreza manual, y resolución de problemas en situaciones dinámicas del mundo real que requieren acciones de respuesta, como en el transporte y la construcción.

Es decir, hasta 2030 se van poder someter a automatización los procesos rutinarios complejos, pero quedan lejos los manuales no rutinarios, y no digamos los que implican procesos no rutinarios complejos. Toda tarea en algún momento más allá del 2030 podrá ser automatizada pero, siendo realistas, no debe orientar en los próximos años las decisiones organizativas y de recursos humanos de las AAPP. Como se ha dicho más arriba, la automatización de las DS (deep smart) llegarán cuando las AAPP ya hayan cambiado por haber gestionado sus vacantes teniendo en cuenta estas olas de automatización. Probablemente entonces seamos más pequeños, más inteligentes y quizás más eficaces.

En dicho estudio estos autores diagraman lo que es una de las conclusiones de esta presentación: la trascendencia que para el futuro de las AAPP tendrá el nivel educativo de las personas que incorporemos a ellas. La siguiente figura evidencia dicha trascendencia en función de las olas comentadas:

## Figure 2 – Potential job automation rates by education level across waves



Source: PwC estimates based on OECD PIAAC data (median values for 29 countries)

Como puede observarse, a mayor nivel educativo la posibilidad de automatización es menor según se suceden las olas previstas. Es decir, las futuras Ofertas Públicas de Empleo (OPE`s) deben convocarse para puestos que no vayan a ser fácilmente automatizables y si, por razones de coyuntura es necesario (interinidades), debe tenerse en cuenta la titulación de los aspirantes o su posibilidad de reciclaje para futuras actuaciones complejas complementarias con máquinas o aplicativos.

## 7. Objetivar. ¿47% o 9%?

Es coincidente en la literatura extranjera y española (Hidalgo, 2018) citar dos trabajos sobre cómo va a influir la automatización en el empleo general. Concretamente el trabajo de Frey y Osborne, (2013) que concluye que un 47% de los empleos actuales serán automatizados. El otro es el realizado por economistas de la OCDE: Arntz, Gregory y Zierahn (2016) que concluyen que solo el 9% de los empleos actuales lo serán. La razón de la diferencia es que los primeros se refieren a la automatización considerando el puesto en su totalidad y los segundos considerando solamente las tareas. Es decir, para los segundos, lo único que es automatizable son los procesos (tareas) y por tanto es lógico pensar que no todas las tareas de un puesto lo serán por lo que el 47% estimado por Frey y Osborne es exagerado. Por otro lado, así como las funciones identifican las responsabilidades que un puesto asume y estas son decisiones que el/la trabajador/a no debe hacer, sí son de su incumbencia la forma como las lleva a cabo. Es decir, las mismas funciones pueden realizarse con tareas distintas en función de la “expertise” o conocimientos de los/as trabajadores/as. Reconocer esta parte idiosincrásica de los trabajadores es relativizar la posibilidad automatizable de los puestos, pero es verdad que a más tareas automatizables hay más posibilidades de que el puesto se automatice a la corta o a la media. También abre la posibilidad de una **complejidad discrecional** por parte de los/as empleados/as públicos/as, lo cual enlaza con la carrera horizontal.

Frey y Osborne, (2013) afirman que tarde o temprano la mayoría de las tareas podrán ser automatizadas por lo que su predicción no solo se refiere a las tareas actuales que suponen muy cambiantes, sino a lo que ellos llaman “cuellos de botella para la ingeniería de los procesos”: aquellas actividades que no podrán ser

automatizadas por necesitar de la intervención de destrezas y aptitudes propiamente humanas. Seguidamente se exponen dichos cuellos de botella y su correspondiente variable equivalente en O\*NET.

Cuello de Botella (Frey & Osborne, 2013)	Destrezas y Aptitudes de O*NET
<b>Percepción y Manipulación</b>	Destreza Digital
	Destreza Manual
	Trabajar en espacios incómodos o irregulares
<b>Inteligencia Creativa</b>	Originalidad
	Destreza artística
<b>Inteligencia Social</b>	Percepción social
	Negociación
	Persuasión
	Cuidado y atención de terceros

Ambos estudios han pretendido identificar alguna fórmula o algoritmo que permitiera objetivar qué puestos son susceptibles de automatización de manera que las decisiones y estrategias que a este respecto se tomaran, se basaran en algo más que meras suposiciones u opiniones. En las AAPP esta intención sería especialmente importante para convencer con argumentos y datos objetivos a la política, y para minimizar intromisiones de partes implicadas centradas en el corto plazo o en el mantenimiento del status quo.

Frey y Osborne (2013) utilizan un proceso estadístico muy complejo llegando a establecer para cada puesto analizado (702) una probabilidad de automatización siendo valor 0 ninguna posibilidad de automatización (Terapeuta de Juegos: 0.0028) y 1 la máxima posibilidad de automatización (Tele márketing: 0.99; Ver anexo de su trabajo). La fórmula más explicativa de su proceso es la siguiente:

$$L_{NS} = \sum_{i=1}^n (L_{PM,i} + L_{C,i} + L_{SI,i})$$

Sin grandes sofisticaciones matemáticas esta fórmula suma la opinión de expertos (*i*) en relación a cómo afectan los tres cuellos de botella.  $L_{pm}^5$ : puestos de percepción y manipulación;  $L_c$ : puestos en los que se es necesaria la creatividad;

<sup>5</sup>  $L$  significa "labor input" o entrada de trabajo

*Lsi*: puestos en los que es necesaria la inteligencia social. *Lns* significa en qué medida el puesto es **no** automatizable. Curiosamente, buscando los que no son automatizables obtienen el porcentaje más alto: 47% (...).

El otro estudio de Arntz, et al. (2016) utilizan la regresión para identificar las tareas automatizables para lo cual las cruzan con variables referidas a “lo que se hace en las tareas” (*cooperar con otros; intercambiar información; formar a otros; presentaciones; vender; consultoría; planificar actividades; organizar el propio calendario; influenciar; negociar; resolver problemas simples; resolver problemas complejos; trabajar en tareas físicas durante tiempo; usar dedos y manos; sin suficientes desafíos (...); necesitados de más formación*. Anexo A). Como puede verse no son tareas como tales sino aspectos predicables de ellas no guardando todas una naturaleza común en cuanto a su concepción e identificando, en algunos casos, grandes actividades (vender, consultoría), etc. Su fórmula es la siguiente:

$$y_{ij} = \sum_{n=1}^N \beta_n x_{in} + \epsilon_{ij}$$

$Y_{ij}$  es la variable dependiente: cómo de automatizable es el puesto, lo cual se obtiene sumando los resultados de multiplicar la opinión de cada experto/a ( $X_{in}$ ) por su peso  $\beta$  más un error  $\epsilon$ . Otras variables, no todas predicables de tareas individualmente consideradas, se introducen en la regresión para conocer su actuación como moderadoras, supresoras, etc. son las siguientes:

Variable	Valores
Sexo	Hombre/Mujer
Nivel educativo	Primaria/Bachiller/Grado/Master
Sector	Privado/Público/Sin ánimo de lucro
Tamaño de la organización	1-10/11-1000/>1000
Mando	Sí/No
Requisitos de titulación	Primaria-Bachiller/Grado-Master
Requisitos de experiencia	Menos de 1 año/Por lo menos 1 año
Esquema de pago	Por horas/Mensualidades
Ordenador	Sí/No
Destrezas de ordenador	Básico/Medio-Experto
Nivel de riesgo	Sí/No
Requerimiento de formación	Sí/No
Ingresos anuales	6 percentiles
Cooperación requerida	25% del tiempo/Más de un 25%

Paradójicamente, también en este caso buscando los puestos que **sí** son automatizables se obtiene un porcentaje más bajo (9%).

Admirables trabajos ambos desde su intención de objetivar las posibilidades de automatización de puestos y su aparataje estadístico que debemos tener en cuenta. Creo que ambos mejorarían sus estimaciones si diferenciaran el enunciado de una responsabilidad (función) de los procesos que la satisfacen (tareas) y escogieran sus variables a partir de información concreta de tareas obtenida por análisis de puestos realizados tras un proceso de diseño organizativo basado, para el caso de las AAPP, en un análisis de la demanda ciudadana.

### 8. Puestos a no reponer.

Distintos autores y organismos (Ramió, 2019; Suskind y Suskind, 2015, US Bureau of Labor Statistics, 2018<sup>6</sup>) concretan los que a su juicio serán puestos a no reponer en el futuro. Se exponen en una tabla con conclusiones para las AAPP. Debe tenerse en cuenta que dicha relación es solo un ejemplo y está concebida suponiendo completadas las tres olas de automatización. Y más allá:

<b>Puestos a no reponer</b>	<b>Razones</b>
Conductores de transporte público	Robotización/Big Data
Mensajeros	Robotización/Drones
Carteros	Robotización
Manipuladores	Robotización
Administrativos	Modelización de los procesos
Auxiliares	Modelización de los procesos
A1 Gestión Económica	Modelización/Aplicativos de Contabilidad/Robotización
A1 Gestión de personal	Modelización/Aplicativos/Robotización
Conserjes	Robotización
Prisiones	Robotización
Fuerzas armadas	Robotización/Drones/IA
Médicos	Inteligencia Artificial/Robótica
Técnicos de Justicia	Inteligencia Artificial
Biblioteca	Robotización
Contabilidad/Auditoría	Aplicativos

<sup>6</sup> <https://www.bls.gov/es/oo/about/ocupaciones-con-mas-rapido-crecimiento.htm>

Puestos a no reponer	Razones
Secretarios Ejecutivos	Aplicativos
Procesadores de correos clasificadores	Robótica
Centralita Telefónica	Aplicativos
Imprenta	Aplicativos
Inspectores/Testadores/Organizadores	Robotización
Letrados	Inteligencia Artificial
Control o supervisión	Blockchain
Registro	Blockchain

## 9. Condicionantes

La Administración Pública no es una organización sincrónica con los avances tecnológicos de la sociedad, es más, no es difícil que sea la última en incorporar las novedades que las nuevas tecnologías pueden aportar (Jiménez Asensio, 2018). También es una ilusión pensar que una evidencia de automatización implique, necesariamente, hacerlo. Hay varios condicionantes propios de lo público que conviene recordar:

- Sólo se automatiza lo que está bien definido y decidido. ¿Cuántas administraciones tienen información exhaustiva y detallada de sus procesos como para generar la información necesaria para su automatización? ¿Cuántas tienen la información complementaria necesaria para acompañar a dicha automatización: información identificada y estandarizada; criterios de éxito; indicadores de los mismos; diagramas de flujo de los procesos; relaciones entre puestos necesarios en el proceso; conocimientos necesarios; destrezas o competencias implicadas..., etc.? ¿Cuántas tienen procesos estandarizados de análisis de puestos y de tareas como una de sus actividades naturales y rutinarias en su actualización? ¿Algunas de las AAPP tienen información pública más allá de lo estrictamente necesario para justificar los componentes de valoración que se publican en las RPT's? Si a la mayoría de estas preguntas respondemos negativamente, el retraso es inevitable.
- La automatización necesita personal cualificado propio y formado, o contratado externamente. Esto implica un coste que va más allá de una contratación clásica temporal; estos procesos son largos y llegan a ser, una vez iniciados, la punta de

un iceberg cuyos costes se disparan a no ser que se tenga el punto anterior cualificado y haya una vocación política expresa para realizarlo y finalizarlo. Muchas veces se convierten en callejones sin salida donde volver atrás es más difícil que seguir, aunque la meta no esté clara.

- Automatizar procesos no tiene sentido si no se pretende obtener una ganancia relativa a la eficiencia o a la eficacia. En las empresas privadas la ganancia es obvia: ahorro de costes y maximización de la productividad para ser más rentables y para avanzar a nuevos productos o servicios. Estos criterios no están claros en las AAPP porque tampoco está claro que la eficacia y la eficiencia sean sus únicas metas. Muchas veces sofisticaciones del valor público de la igualdad convierten a la gestión en procesos cuyo criterio de éxito es la no litigiosidad legal. Otras veces, la condición (el procedimiento administrativo) se convierte en un fin en sí mismo. Esta forma de proceder, cuando es rutinaria y premiada, impide tener una conciencia clara del valor de la automatización.
- Optar por la automatización, siquiera por presión social o “fashion” de políticos/as jóvenes o concienciados, aboca a un modelo gerencialista cuyas condiciones de existencia son la burocracia abierta y la separación de las carreras de los políticos y los empleados públicos (Dahlström y Lapuente, 2018). Esto es raro en las AAPP españolas muy identificadas con el modelo corporativo que se caracteriza por burocracia cerrada (muy normativizada) y donde la carrera de los funcionarios está solapada con la carrera de los políticos o condicionada por ella. Este hecho impide valorar la profesionalidad de la acción pública ya que no existen incentivos para mejorar porque el bien hacer no tiene repercusiones (no se evalúa). Automatizar implica estandarizar la ejecución y modelizar su buen hacer generando datos para tal calificación. Este hecho no es premiado en los modelos corporativos.
- Es muy probable que al optar por la automatización de los procesos de las AAPP nos encontremos no con la desaparición de puestos sino con la necesidad de su rediseño (Hidalgo, 2018). Si optamos por automatizar tareas la realidad será que muchos puestos las compartan con máquinas y la labor del/la empleado/a se complejice y se complemente con la de las máquinas por referirse a las competencias no automatizables citadas más arriba. A juicio de varios autores (Frey y Osborne, 2013; Arntz, et al. 2016; Ramió, 2019; Hidalgo, 2018) las consecuencias de este hecho serán las siguientes: complementar tareas

rutinarias y más si estas son complejas, implicará un nivel de supervisión y de sensibilidad ante los problemas, de razonamiento y de construcción de estrategias de solución que va más allá del mero cumplir con una carga de trabajo. Esta complejidad exigirá un mayor nivel educativo exigible o susceptible de adquirirse, por lo que la formación y la promoción interna serán más importantes en las políticas de RRHH. Lo que parece inevitable es que quien no pueda aportar estos niveles de complejidad y competencia quedará relegado a puestos donde la disminución salarial será inevitable (Hidalgo, 2018; Cowen, 2014) y serán residuales en cuanto a la carga de trabajo.

- Ante estas realidades las AAPP se verán abocadas a procesos de rediseño organizativo el cual deberá seguir basándose en el análisis de la demanda ciudadana en cuanto a sus responsabilidades asumidas, pero su concreción en puestos deberá contemplar: la incorporación de las nueva tecnologías; un nivel de sueldo por productividad constatada; un nivel educativo superior y donde todo ello deberá ser revisado constantemente por el exponencial avance de la tecnología y el abaratamiento de sus precios (Hidalgo, 2018). Tampoco está claro la supervivencia del concepto de puesto... ¿qué quedará vacante un puesto o unas complejidades?

## 10. Limitaciones.

La primera limitación se refiere a que en el Estado ni, que yo sepa, en ninguna comunidad autónoma existe una plataforma parecida a O\*NET, por lo que no podemos asumir que lo que de esta base de datos americana obtenemos sea trasladable a la realidad de nuestras AAPP. Una vez más convendría aunar esfuerzos para que la información de los puestos de las AAPP del Estado pudiera captarse de modo estandarizado y estructurado y pudiera compartirse para enriquecernos mutuamente de los procesos, las condiciones, los estándares y la información que los puestos necesitan. Mi experiencia tras tres análisis de puestos realizados en la administración General del País Vasco es que hay más homogeneidad de la que creemos; mucha de la información disponible tras estos procesos es válida para otras AAPP. Se trataría de elaborar un proyecto conjunto tipo O\*NET. Su propia estructura y dinámica de alimentación y mantenimiento puede ser un benchmarking a copiar.

El hecho de no disponer de esta información de los puestos ha obligado a muchos autores a elevar los criterios de automatización centrándose en estrategias basadas en capacidades o competencias (Frey y Osborne, 2013) o en enunciados generales de tareas que para el que suscribe no son tales (Arntz, et al., 2016). Los criterios para diseñar tareas son los siguientes (Branson, 1981):

- Una tarea es una acción específica que identifica un proceso de un solo ejecutor/a y bajo su dominio.
- El enunciado tiene un verbo de acción y un objeto sobre el que se ejerce la acción.
- Tiene un comienzo y final definido.
- Es ejecutada en periodos de tiempo relativamente cortos: minutos u horas, pero raramente en días o semanas.
- La tarea es observable; viendo su ejecución se puede concluir que la tarea ha sido ejecutada.
- Una tarea es medible; viendo su ejecución se puede concluir si ha sido bien o mal ejecutada y cuantificar dicho juicio.
- Cada tarea es independiente de otras acciones y tiene sentido en sí misma.

A mi juicio cumplir con estos requisitos facilitará la automatización por estar referidos a comportamientos laborales concretos susceptibles de ser sometidos a la digitalización de su información y a la modelización de sus flujos. Elevar el tiro a competencias o a enunciados de actividad general puede implicar la pérdida de información esencial para determinar el nivel de automatización de un puesto y por ende del grado de complementariedad del mismo en relación a los trabajadores que de él se encargarán tras la automatización.

La principal limitación, a mi juicio, es el propio modelo corporativista de las AAPP del Estado. No se puede decir que el modelo gerencialista haya triunfado por propia voluntad de la política (Ramió, 2019), es más, hemos migrado al modelo de gobernanza sin haber saturado este. Tímidos y fallidos intentos de implantar el Estatuto Básico del Empleo Público (EBEP y TREBEP, 2007 y 2015) (Jiménez Asensio, 2018) así lo demuestran. Lo que ocurre es que, como se dice en las

páginas anteriores, la Administración Pública o es útil o no será (Ramió, 2017) y tal utilidad pasa necesariamente por demostrar su utilidad y valor público servicial haciendo más con menos. Ahí la automatización es imparable por evidencia y por necesidad de legitimidad ante la sociedad que mirará a la administración pública como un órgano que le debe defender de la polarización del mercado de trabajo y de su incapacidad en todos sus estratos de alcanzar la complejidad necesaria. También como alguien que debe mirar a la formación como algo más estratégico que como lo hace actualmente, tanto dentro de ella misma para reciclar a los que salgan desubicados del inevitable rediseño organizativo, como para reflexionar sobre su modelo educativo que debe preparar para una sociedad compleja donde no solo el trabajo tal y como ahora lo concebimos será el reto sino la salud, el ocio y la sostenibilidad. Es decir, las AAPP están abocadas a reflexionar seriamente su modelo corporativista. Para ello puede aprovechar la ola de la automatización y la realidad de las jubilaciones masivas. Ambas le pueden ayudar a diseñar un modelo de servicio público con la seguridad jurídica necesaria para ubicarla en la realidad líquida del Siglo XXI.

## Referencias.

- Aguilar, F. J. (1967). *Scanning the business environment*. The MacMillan Company: New York.
- Arntz, M., T. Gregory and U. Zierahn (2016), *The Risk of Automation for Jobs in OECD Countries: A Comparative Analysis*, *OECD Social, Employment and Migration Working Papers*, No. 189, OECD Publishing, Paris.  
<http://dx.doi.org/10.1787/5jlz9h56dvq7-en>
- Bidshahri, R. (2017). *7 Critical Skills for the Jobs of the Future*.  
<https://singularityhub.com/2017/07/04/7-critical-skills-for-the-jobs-of-the-future/#sm.0000074rzvzw87f2ewgijjqcpnd9>
- Bidshahri, R. (2018). *These Are the Most Exciting Industries and Jobs of the Future*.  
<https://singularityhub.com/2018/01/29/these-are-the-most-exciting-industries-and-jobs-of-the-future/#sm.0000074rzvzw87f2ewgijjqcpnd9>.
- Branson, R. K. (1981) *Extended Task Analysis Procedure*. User's Manual. Revised Edition. Florida State University.
- Campbell, J. P., Kuncel, N.R. (2001). Individual and Team Training. En: Neil Anderson, Deniz S. Ones, Handan Kepir Sinangil y Chockalingam Viveswaran (Editores). *Handbook of Industrial & Organizational Psychology. Volume 1*. pp.: 278 a 312
- Cowen, T. (2014). *The average is over. Powering America beyond the age of the great stagnation*. Plume. ISBN 9780142181119
- Dahlström, C., Lapuente, V. (2018). *Organizando el leviatán. Por qué el equilibrio entre políticos y burócratas mejora los gobiernos*. Barcelona. Deusto.
- Frey, C. B., Osborne, M.A. (2013). *The future of employment: how susceptible are jobs to computerization*. Aquí:  
[https://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/downloads/academic/The\\_Future\\_of\\_Employment.pdf](https://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/downloads/academic/The_Future_of_Employment.pdf)
- Gorriti, M. (2016). Funcionarios y laborales. Criterios para su decisión organizativa. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*. Núm. 1. Págs. 94-111. IVAP. Oñati.
- Hawksworth, J., Berriman, R. (2018). *Will robots really steal our jobs? An international analysis of the potential long term impact of automation*. En:

- <https://www.pwc.co.uk/economic-services/assets/international-impact-of-automation-feb-2018.pdf>
- Hidalgo, M. A. (2018). *El empleo del futuro. Un análisis del impacto de las nuevas tecnologías en el mercado laboral*. Barcelona. Deusto.
- Jiménez Asensio, R. (2017). *El empleo público ante la digitalización y la robótica*. Aquí: <https://rafaeljimenezasensio.com/2017/12/02/el-empleo-publico-ante-la-digitalizacion-y-la-robotica/>
- Jiménez Asensio, R. (2018). *Función Pública, ¿transformación o crisis? (I) La herencia recibida*. Aquí: <https://rafaeljimenezasensio.com/2018/02/09/funcion-publica-transformacion-o-crisis-i-la-herencia-recibida/>
- Jimenez Asensio, R. (2018). *El empleo público del futuro. (A propósito del libro de Manuel Alejandro Hidalgo, Deusto, 2018)*. Aquí: <https://rafaeljimenezasensio.com/>
- Leonard, D., Walter, S., Barton, G. (2015). *Critical Knowledge Transfer. Tools for managing your company's deep smarts*. Harvard Business Review Press. Boston. Massachusetts. ISB: 9781422168110
- Primoff, E. S. (1975) *"How to prepare and conduct job element examinations"*. Washington D. C.: U. S. Government Printing Office.
- Ramió, C & Salvador, M (2018). *La Nueva Gestión del Empleo Público: Recursos Humanos e Innovación de la Administración*. Barcelona. Tibidado.
- Ramió, C (2017). *La Administración pública del futuro (Horizonte 2050). Instituciones, política, mercado y sociedad de la innovación*. Madrid. Tecnos.
- Ramió, Carles (2019): *Inteligencia Artificial y Administración Pública. Robots y Humanos Compartiendo el Servicio Público*, Madrid: Ed. Catarata.
- 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.
- Susskind, R., Susskind, D. (2015). *The Future of the Professions: How Technology Will Transform the Work of Human Experts*. Oxford University Press. Oxford. UK.

# 3<sup>a</sup>

sessió

19/12/18

Les xarxes empresarials en els sistemes institucionals públics: problemàtica laboral.

**Juan Bautista Vivero Serrano**, professor titular de Dret del Treball i de la Seguretat Social de la Universitat de Salamanca.

L'enfoc preventiu en la protecció de dades personals després del RGPD: en especial, els codis de conducta.

**Rafael Jiménez Asensio**, catedràtic de Universitat (acreditat) i consultor institucional.

Grups de WhatsApp, cossos de seguretat i crítica dels responsables institucionals: lliure expressió, falta de respecte als superiors o delictes d'injúries?

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

## **LAS REDES DE ENTIDADES PÚBLICAS: PROBLEMÁTICA LABORAL\***

**Juan Bautista Vivero Serrano**

Profesor titular (s.e) de Derecho del trabajo  
Universidad de Salamanca  
Letrado del Tribunal Supremo

*SUMARIO:* I. Las redes de empresas y las redes de entidades públicas: a modo de introducción. II. Clasificación de las redes de entidades públicas: las redes sujeto y las redes convenio. III. El sobresaliente impacto laboral de las redes de empresas y de entidades públicas y la desconfianza del Derecho administrativo de la crisis ante las redes institucionales de entidades públicas. IV. Algunas manifestaciones del impacto laboral de las redes de organizaciones públicas. IV. 1. La identificación del empleador, el ejercicio del poder de dirección y la cesión lícita de trabajadores. IV. 2. La negociación colectiva adaptada al fenómeno de las redes de entidades públicas. IV. 3. La tutela del derecho de huelga ejercicio en el ámbito de las redes de entidades públicas.

### **I. Las redes de empresas y las redes de entidades públicas: a modo de introducción**

Las redes de empresas son un fenómeno económico y jurídico de sobresaliente alcance, uno de los prototipos del capitalismo del siglo XXI<sup>1</sup>. Un fenómeno ya muy consolidado y en constante crecimiento cuantitativo y cualitativo. La moderna organización empresarial en red frente a la tradicional, no extinguida ni mucho menos todavía, organización empresarial omnicomprensiva y vertical responde a numerosas razones económicas (especialización, ahorro de costes vía convenios colectivos *low cost*, ajuste rápido y flexible de los factores productivos, etc.) y tecnológicas (digitalización y cantidad y calidad de los transportes que facilitan las redes de todo tipo), que podrían sintetizarse en la idea de la eficiencia como motor organizativo de la actividad económica desplegada por las empresas. Una eficiencia económica más

---

\* El presente artículo ha sido elaborado en el marco del Proyecto de Investigación “Impacto laboral de las redes de empresas”, financiado por la Secretaría de Estado de Investigación, Desarrollo e Innovación del Ministerio de Economía y Competitividad (DER 2015-67099-P MINECO/FEDER).

<sup>1</sup> Pioneros en la materia en España desde la perspectiva mercantil son, entre otros, los siguientes estudios de J. I. RUIZ PERIS (dir.). *Hacia un Derecho para las redes empresariales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2009, *Nueva perspectivas del Derecho de redes empresariales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, y *Claves del Derecho de redes empresariales*, Universidad de Valencia, Valencia, 2017.

importante si cabe que en el pasado de la mano de unos mercados de bienes y servicios más abiertos, competitivos y cambiantes. Organización empresarial en red que desde la perspectiva jurídica constituye una opción lícita al amparo de la libertad de empresa del artículo 38 CE y de las consiguientes facultades organizativas propias del empresario mercantil.

Las redes de entidades públicas, u organizaciones públicas si se prefiere esta terminología más amplia, cuya clasificación se deja para el siguiente apartado, responden también a diferentes razones, obviamente no reconducibles a la idea económica y mercantil de la eficiencia, sino a la eficacia como principio constitucional de actuación de las administraciones públicas en aras de la satisfacción objetiva de los intereses generales (art. 103.1 CE). Así, entre otras razones, la necesidad de contar con organizaciones públicas de suficiente tamaño mediante la agrupación de pequeños municipios (mancomunidades de municipios), el juego fundamental de los principios de cooperación y colaboración en un modelo de administraciones públicas fuertemente descentralizado en lo territorial y en lo funcional (convenios administrativos, con o sin una organización burocrática o institucional detrás como los consorcios y las sociedades públicas interadministrativas), e incluso razones vinculadas a la tradición (las comarcas en Cataluña y Aragón, sin perjuicio de lo que después se dirá). En todo caso, la eficiencia económica, desprovista del mercantil ánimo de lucro, es un principio general de actuación de las administraciones públicas ("eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos"), tal y como establece el artículo 3.1.j) de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público (en adelante, LRJSP), que además ha cobrado un protagonismo creciente en estos últimos años de persistente crisis económica y centralidad política de la reducción del déficit público, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera por utilizar los términos legales ( LO 2/2012)<sup>2</sup>.

En el caso de las redes de entidades públicas el soporte jurídico general de las mismas se encuentra en la autonomía institucional, reconocida para las principales administraciones públicas territoriales en el artículo 137 CE, y en su instrumento fundamental para la conformación de la imprescindible estructura burocrática o

---

<sup>2</sup> M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho de la Función Pública*, Tecnos, Madrid, 2016, pp. 59 ss.

institucional, la potestad administrativa de autoorganización<sup>3</sup>, que permite la creación de órganos administrativos, organismos públicos sin personalidad y entidades públicas instrumentales con personalidad jurídica propia, de Derecho público y de Derecho privado. Potestad administrativa de autoorganización que lógicamente permite también la creación de redes de entidades públicas, siempre con sometimiento al principio de legalidad (art. 103.1 CE). Una potestad administrativa discrecional, que no arbitraria, que debe respetar el ya referido principio general de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos, lo que algunos conectan con el derecho de los administrados a una buena organización administrativa<sup>4</sup>. Y si eso es así para el ejercicio de la potestad de organización sin salir del ámbito de cada administración, con más motivo en el caso del ejercicio conjunto de la respectiva potestad organizativa por parte de cada una de las organizaciones públicas integrantes de la red.

Vaya por delante que la terminología empleada, redes de empresas y redes de entidades u organizaciones públicas, es eminentemente doctrinal o académica. Ni en el Derecho mercantil ni en el Derecho laboral españoles, a diferencia de lo que sucede por ejemplo en Italia con la figura legal del contrato de red<sup>5</sup>, aparece la figura de la red de empresas, ni siquiera en la jurisprudencia que tantas veces actúa como punta de lanza jurídica. De la misma manera, tampoco el Derecho administrativo español ha recogido la figura de la red de entidades públicas, y además en este caso la doctrina administrativista no parece haber dedicado a este fenómeno la atención que en los últimos años le han prestado a las redes de empresas los mercantilistas y laboristas. Curiosamente, y sin ánimo exhaustivo, algunas leyes autonómicas de autonomía local han previsto alguna de las múltiples variantes de las redes de entidades públicas, las redes de cooperación territorial de la Ley 5/2010 de Autonomía Local de Andalucía (art.

---

<sup>3</sup> R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo, t. I*, Open, Madrid, 2015, pp. 102 ss.

<sup>4</sup> H. GOSÁLBEZ PEQUEÑO y otros, *Manual básico de empleo público*, Tecnos, Madrid, 2013, pp. 76-77.

<sup>5</sup> Ley de 7 de agosto de 2012, núm. 134. Entre otros muchos, F. CARFAGGI (dir.), *Il contratto di rete*, Il Mulino, Bologna, 2009, y T. TREU (a cura di), *Contratto di rete. Trasformazioni del lavoro e reti di imprese*, Wolters Kluwer, Milano, 2015.

84) <sup>6</sup> y las redes de cooperación municipal y local de la Ley 2/2016, de Instituciones Locales de Euskadi (art. 99)<sup>7</sup>.

## II. Clasificación de las redes de entidades públicas: las redes sujeto y las redes convenio

La tipología de las redes de empresas es inabarcable y no deja además de presentar nuevas variantes cada día. De ahí que tanto la literatura mercantil como la laboral se hayan conformado con una aproximación taxonómica a las mismas<sup>8</sup>. De los diferentes criterios de clasificación quizá el más relevante, y el de mayor interés para su traslación al ámbito del sector público, sea el de la configuración jurídica de la red. A este respecto, cabe mencionar, en primer lugar, las redes empresariales articuladas mediante contratos mercantiles bilaterales o multilaterales de muy diversa tipología, nominados e innominados, destacando la franquicia como ejemplo prototípico de esta categoría de redes empresariales contractuales<sup>9</sup>.

Adviértase que el fenómeno de las redes empresariales contractuales conlleva unas relaciones de estabilidad e interdependencia entre los diferentes procesos productivos involucrados (y sus respectivos empresarios al frente) <sup>10</sup>, que no debe confundirse con el fenómeno de las contrata y subcontratas de obras y servicios de la propia actividad del empresario comitente, particularmente contemplado por diversas normas laborales y de seguridad social, con el artículo 42 ET como principal exponente<sup>11</sup>. Podría decirse, en este sentido, que la descentralización o externalización productiva y las redes empresariales contractuales son realidades distintas, sin perjuicio de que con frecuencia puedan llegar a coincidir. Como son distintas las redes

---

<sup>6</sup> E. CARBONELL PORRAS, «La cooperación intermunicipal en la realización de las obras y los servicios locales (reflexiones a propósito de algunos mecanismos distintos de la creación de entidades supramunicipales)», en *Anuario de Derecho Municipal*, 2010, pp. 57 ss.

<sup>7</sup> F. J. ENÉRIZ OLAECHEA, «La tipología de las entidades locales y las fórmulas institucionales de intermunicipalidad», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 107-II, 2017, pp. 207 ss.

<sup>8</sup> Por todos, W. SANGUINETI RAYMOND, *Redes empresariales y Derecho del Trabajo*, Comares, Granada, 2016, pp. 18 ss.

<sup>9</sup> Entre otros muchos, D. LANTARÓN BARQUÍN, «Problemática jurídico-laboral del contrato de franquicia: su proyección sobre la condición de empleador», en W. Sanguinetti Raymond y J. B. Vivero Serrano (dirs.), *Impacto laboral de las redes empresariales*, Comares, Granada, 2018, pp. 29 ss.

<sup>10</sup> W. SANGUINETI RAYMOND, *Redes empresariales y ...*, op. cit., pp. 14 ss.

<sup>11</sup> S. PERÁN QUESADA y J. L. MONEREO PÉREZ (dirs.), *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial. Aspectos laborales y de seguridad social*, Comares, Granada, 2018.

de empresas y los grupos de empresas, en especial los más frecuentes en España, los grupos por subordinación (con control societario de la matriz por medio) por contraposición a los grupos por coordinación<sup>12</sup>.

Y desde esa misma perspectiva de la configuración jurídica de la red, la otra gran tipología de redes empresariales es la de las redes sujeto u organización, en las que la cooperación entre las empresas se refuerza mediante la constitución de una organización o consorcio *ad hoc*, con personalidad jurídica propia como sucede por ejemplo con las agrupaciones de interés económico<sup>13</sup>, o sin personalidad jurídica propia y plena como acontece por ejemplo con las uniones temporales de empresas<sup>14</sup>, que no obstante no dejan de tener un cierto y *sui generis* grado de personificación jurídica.

Siguiendo la anterior clasificación y trasladándola, no sin las debidas precauciones, al ámbito de las entidades u organizaciones públicas, también aquí cabría defender la existencia de redes de entidades públicas contrato o convenio y redes de entidades públicas sujeto u organización.

Empezando por estas últimas, y sin ánimo exhaustivo, podrían incluirse entre las mismas las siguientes. En primer lugar, la mancomunidad de municipios del artículo 44 de la Ley 7/1985, de bases de régimen local (LBRL, en adelante), con personalidad de Derecho público y naturaleza de administración local supramunicipal, especialmente empleada en las comunidades autónomas con multitud de pequeños municipios como Castilla y León y Castilla-La Mancha<sup>15</sup>. Téngase muy en cuenta que se incluye a la

<sup>12</sup> J. A. ECHEBARRIA SÁENZ, «Los grupos por coordinación como instrumento de red», en J. I. RUIZ PERIS, *Nuevas perspectivas del Derecho de redes empresariales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 249 ss.

<sup>13</sup> Ley 12/1991, de agrupaciones de interés económico, que también regula en el artículo 22 las agrupaciones europeas de interés económico.

<sup>14</sup> Ley 18/1982, sobre régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de empresas y de las sociedades de desarrollo regional.

Por todos, C. SOLÍS PRIETO, «Uniones temporales de empresas: implicaciones de un fenómeno de cooperación interempresarial carente de regulación en el ámbito laboral», en W. Sanguineti Raymond y J. B. Vivero Serrano (dirs.), *Impacto laboral de las redes empresariales*, Comares, Granada, 2018, pp. 75 ss.

<sup>15</sup> Dicen así los dos primeros apartados del artículo 44 LBRL: «1. Se reconoce a los municipios el derecho a asociarse con otros en mancomunidades para la ejecución en común de obras y servicios determinados de su competencia. 2. Las mancomunidades tienen personalidad y capacidad jurídicas para el cumplimiento de sus fines específicos y se rigen por sus Estatutos propios. Los Estatutos han de regular el ámbito territorial de la entidad, su objeto y competencia, órganos de gobierno y recursos, plazo de duración y cuantos otros extremos sean necesarios para su funcionamiento. En todo caso, los órganos de gobierno serán representativos de los ayuntamientos mancomunados».

Entre otros muchos, T. MEDINA ARNAIZ, «Las mancomunidades y los consorcios como fórmulas de prestación de servicios públicos en Castilla y León», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, 2010, núm. 20, pp. 303 y ss.,

mancomunidad de municipios en la categoría de las redes sujeto porque la creación de las mismas es voluntaria, asociativa para ser precisos, a diferencia de lo que sucede con otras agrupaciones de municipios de carácter forzoso<sup>16</sup>, por imperativo constitucional, estatutario o legal, como sucede con las provincias, los territorios forales en el País Vasco, las veguerías en Cataluña, las islas en Canarias y Baleares y las áreas metropolitanas del artículo 43 LBRL<sup>17</sup>. En cuanto a las comarcas del artículo 42 LBRL, si bien no necesariamente suponen una agrupación forzosa de municipios en las comunidades autónomas con más tradición, Cataluña<sup>18</sup> y Aragón<sup>19</sup>, su origen es forzoso, *ex lege*.

En segundo lugar, y como ejemplo de entidad institucional o instrumental con personalidad de Derecho público, el consorcio de los artículos 118 y ss. LRJSP<sup>20</sup>.

En tercer lugar, y como ejemplo de entidades institucionales o instrumentales con personalidad de Derecho privado, las sociedades y fundaciones públicas capitalizadas o fundadas por parte de dos o más administraciones o entidades públicas en calidad de soporte organizativo o institucional de determinados convenios interadministrativos<sup>21</sup>.

---

y M. HERNANDO RYDINGS, «Las mancomunidades y los consorcios», en M. Almeida Cerredá y otros (dirs.), *La racionalización de la organización administrativa local: las experiencias española, italiana y portuguesa*, Civitas, Navarra, 2015, pp. 139 ss.

<sup>16</sup> A. GALÁN GALÁN y M. VILALTA REIXACH, «Las provincias, las islas y las entidades supramunicipales», en T. Cano Campos (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo, t. II*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 199 ss.

<sup>17</sup> El caso de la Ley 31/2010, de 10 de agosto, del Parlamento de Cataluña, del Área Metropolitana de Barcelona.

<sup>18</sup> Decreto Legislativo 4/2003, de 4 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de la organización comarcal de Cataluña.

<sup>19</sup> Decreto Legislativo 2/2006, de 27 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de delimitación comarcal de Aragón.

<sup>20</sup> Dice así el artículo 118.1: «Los consorcios son entidades de derecho público, con personalidad jurídica propia y diferenciada, creadas por varias Administraciones Públicas o entidades integrantes del sector público institucional, entre sí o con participación de entidades privadas, para el desarrollo de actividades de interés común a todas ellas dentro del ámbito de sus competencias».

Entre otros muchos, C. BARRERO RODRÍGUEZ, «Los consorcios administrativos ante un nuevo régimen jurídico», en *Revista Andaluza de Administración Pública*, 2016, núm. 94, pp. 57 ss., y J. E. QUESADA LUMBRERAS, «Los consorcios y la problemática del personal a su servicio», en *REALA*, 2018, núm. 10, pp. 40 ss.

<sup>21</sup> E. CARBONELL PORRAS, «La cooperación intermunicipal ...», op. cit., pp. 67 ss.

En cuarto lugar, también como entidad institucional de Derecho privado, la asociación de entidades territoriales locales de la disposición adicional 5ª LBRL<sup>22</sup>.

En quinto y último lugar, y por lo que se refiere a la comunidad autónoma de Cataluña, debe también mencionarse como supuesto de red sujeto o institucional la comunidad de municipios de los artículos 123 y ss. del Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña, que pese a carecer de personalidad jurídica propia, al igual que sucede con las uniones temporales de empresas en el sector privado, no dejar por ello de ser un verdadero ejemplo de entramado organizativo o institucional al servicio del interés común de los municipios integrados en la comunidad, siendo los mismos responsables solidarios de las obligaciones contraídas<sup>23</sup>.

En cuanto a las redes de entidades públicas configuradas jurídicamente vía convenio interadministrativo y sin soporte burocrático o institucional detrás, además de las articuladas a través de los convenios de los artículos 47 y ss. LRJSP (y de las regulaciones legales de las comunidades autónomas), heterogéneas o casuísticas por naturaleza, merece la pena destacar aquí las basadas en la encomienda de gestión del artículo 11 LRJSP<sup>24</sup>. También podrían incluirse como ejemplo de este tipo de redes no institucionales de entidades públicas, por lo que a Cataluña se refiere, las instrumentadas mediante la delegación y la asignación de competencias propias de la Generalidad a los entes locales de Cataluña, en su caso con empleados públicos de la Generalidad de Cataluña por medio<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> A la misma se refieren, en el ámbito de Cataluña, los artículos 133 y ss. del Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña.

<sup>23</sup> A. Galán Galán, «La creación de la figura de la “comunidad de municipios” por la Ley catalana 21/2002, de 5 de julio, de séptima modificación de la Ley 8/1987, de 15 de abril, municipal y de régimen local de Cataluña», en *Revista General de Derecho Administrativo*, 2002, núm. 1.

<sup>24</sup> Dice así el artículo 11.1 LRJSP: «La realización de actividades de carácter material o técnico de la competencia de los órganos administrativos o de las Entidades de Derecho Público podrá ser encomendada a otros órganos o Entidades de Derecho Público de la misma o de distinta Administración, siempre que entre sus competencias estén esas actividades, por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño. Las encomiendas de gestión no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos regulados en la legislación de contratos del sector público. En tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en ésta».

Sobre la encomienda de gestión, R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo*, op. cit., pp. 121-122.

<sup>25</sup> Artículos 137 y ss. del Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña.

Repárese en que no se han incluido entre las redes convenio a las derivadas de las múltiples fórmulas de colaboración público-privada mediante los correspondientes contratos administrativos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público. Sin duda, la organización en red de numerosas actividades y servicios públicos, con presencia en los mismos de los empresarios privados, permite hablar de redes empresariales, aunque no en sentido estricto de redes de entidades públicas, razón por la que no serán objeto de atención en este trabajo. Por lo demás, hay una ponencia a cargo de Susana Rodríguez Escanciano, máxima especialista en la materia, que posiblemente aborde algunas de las cuestiones propias de estas singulares redes empresariales público-privadas, cuya problemática laboral tanto está ocupando a la doctrina laboralista<sup>26</sup>, y lo seguirá haciendo máxime tras la reciente STC 122/2018, de 31 de octubre, que afecta de lleno a la figura de los trabajadores indefinidos no fijos provenientes de entidades de Derecho privado, del propio sector público y del sector privado también.

Para concluir con este apartado puramente clasificatorio, resta por decir que mientras entre las redes de empresas prevalecen con creces las redes contrato sucede justo lo contrario en el caso de las redes de entidades públicas, siendo preponderantes las redes sujeto o institucionales, con especial protagonismo a este respecto de las mancomunidades de municipios, los consorcios y las sociedades públicas. La mentalidad burocrática más asentada en el sector público seguramente haya contribuido a este predominio, aunque también la tipificación legal de diversas figuras institucionales de Derecho público y de Derecho privado, claramente funcionales a los objetivos de las redes de entidades públicas, en unos casos por estar en su esencia misma (mancomunidad de municipios y consorcios) y en otros por resultar fácilmente adaptable (sociedades públicas constituidas por varias administraciones o entidades públicas). En el sector privado, en cambio, sigue prevaleciendo la autonomía de cada empresa, más fácil de llevar a la práctica a través de relaciones contractuales bilaterales o multilaterales, sin soporte organizativo o burocrático detrás, ni siquiera puramente instrumental como sucede con los diversos tipos de consorcios mercantiles (agrupación de interés económico y unión temporal de empresas, sobre todo).

---

<sup>26</sup> Entre otros muchos, A. TODOLÍ SIGNES y D. MARTÍNEZ SALDAÑA, *Remunicipalización de servicios, sucesión de empresas y trabajadores indefinidos no fijos*, Aranzadi, Navarra, 2017.

Por último, aunque el fenómeno de las redes de entidades públicas no es ni mucho menos privativo del ámbito local es en el mismo donde ha alcanzado un mayor desarrollo.

### **III. El sobresaliente impacto laboral de las redes de empresas y de entidades públicas y la desconfianza del Derecho administrativo de la crisis ante las redes institucionales de entidades públicas**

Ya se ha dicho que las redes de empresas constituyen, por emplear la expresión del mercantilista Ruiz Peris<sup>27</sup>, un fenómeno económico y una realidad jurídica, ya muy consolidado y en constante crecimiento cuantitativo y cualitativo, cuya trascendental influencia en el entero Derecho del trabajo constituye sin la menor duda una de las más acusadas señas de identidad de los ordenamientos laborales de nuestros días<sup>28</sup>. Prácticamente todas las instituciones laborales, las individuales y las colectivas o sindicales, se ven afectadas en mayor o menor medida por el nuevo paradigma de la organización empresarial en red. Y, sin embargo, las normas laborales, salvo escasas excepciones, siguen dándole la espalda a este fenómeno, dejando así a los jueces y tribunales de lo social la responsabilidad de la construcción del Derecho del trabajo de las redes empresariales. Una labor judicial ciertamente casuística y asistemática, más preocupada por encontrar soluciones pragmáticas que por la construcción conceptual o dogmática, pero que *grosso modo* debe valorarse muy positivamente en la medida en que parte de la organización empresarial en red (y su amplio y ambivalente impacto laboral) como un fenómeno fisiológico, alejado de la visión marcadamente patológica que está detrás de algunos preceptos legales clásicos como el de la contratación y subcontratación de bienes y servicios del artículo 42 ET y el de la cesión ilegal de

<sup>27</sup> J. I. RUIS PERIS, «Las redes empresariales como fenómeno económico y realidad jurídica», en W. Sanguineti Raymond y J. B. Vivero Serrano (dirs.), *Impacto laboral de las redes empresariales*, Comares, Granada, 2018, pp. 13 ss.

<sup>28</sup> Imprescindible a este respecto resultan las obras de W. SANGUINETI RAYMOND, *Redes empresariales y ...*, op. cit., y W. SANGUINETI RAYMOND y J. B. VIVERO SERRANO (dirs.), *Impacto laboral de las redes empresariales*, Comares, Granada, 2018. También resultan muy interesantes las siguientes obras algo más lejanas en el tiempo: M<sup>a</sup>. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas*, Trotta, Madrid, 2004, E. DESDENTADO DAROCA, *La personificación del empresario laboral. Problemas sustantivos y procesales*, Lex Nova, Valladolid, 2006, y L. GAETA Y R. GALLARDO MOYA (dirs.), *Los empresarios complejos: un reto para el Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2010.

Asimismo, aunque desde la perspectiva italiana, I. ALVINO, *Il lavoro nelle reti di imprese: profili giuridici*, Giuffrè, Milano, 2014, y M. MOCELLA, *Reti d'impresa e rapporti di lavoro*, ESI, Napoli, 2018.

trabajadores del artículo 43 ET, por no hablar de buena parte de la jurisprudencia sobre el grupo de empresas a efectos laborales<sup>29</sup>.

Pues bien, el impacto laboral de las redes de entidades públicas es muy similar, por no decir idéntico, al impacto laboral de las redes de empresas a que se acaba de hacer mención. Semejanza de impacto o de efectos jurídico-laborales de la organización de determinadas organizaciones públicas en red, que en parte obedece a la inexistencia de una genuina y plena relación laboral especial de empleo público<sup>30</sup>. Es más, las múltiples singularidades del Derecho del trabajo del sector público, de origen legal, jurisprudencial y convencional, no están precisamente pensadas para hacer frente a la compleja problemática laboral de la organización de determinadas organizaciones públicas en red. En definitiva, la organización en red de las empresas y las organizaciones públicas plantea numerosos problemas y retos para las instituciones laborales individuales y colectivas, a día de hoy en manos fundamentalmente de los jueces y tribunales y de los juristas académicos.

Antes de cerrar este apartado conviene llamar la atención sobre dos diferencias relevantes entre las redes de empresas y las redes de organizaciones públicas; diferencias más extrínsecas que intrínsecas. Primera, el indiscutible mayor peso tanto en términos absolutos como relativos de las redes de empresas sobre las redes de entidades públicas. Mientras en el sector privado la organización empresarial en red es la regla, sin perjuicio de que las diferencias de integración de los procesos productivos de las diferentes empresas sean muy acusadas, en el sector público la organización en red de las organizaciones públicas no deja de ser una opción menor, muy por debajo de la clásica descentralización funcional practicada por las administraciones públicas territoriales, que en sentido estricto no encaja en el mundo de las redes de organizaciones públicas. Más bien, la referida descentralización funcional guarda mayor

---

<sup>29</sup> Entre otros muchos, I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, «Grupo de empresas y Derecho del Trabajo: el abandono del criterio de la dirección unitaria como elemento adicional determinante de la responsabilidad solidaria», en *Actualidad Laboral*, 2014, núms. 7-8 (versión digital), J. MOLINS GARCÍA-ATANCE, «El grupo de empresas con efectos laborales», en *Trabajo y Derecho*, 2015, núm. 4, pp. 34 ss., M. I. RAMOS QUINTANA, *La responsabilidad laboral de los grupos de empresas*, Bomarzo, Albacete, 2015, y J. BAZ RODRÍGUEZ, «De “Aserpal” a “Tragsa”. Una reformulación de la doctrina jurisprudencial de la “empresa de grupo”. Levantamiento del velo *versus* concepto laboral de empleador (artículo 1.2 ET)», en *Trabajo y Derecho*, 2016, núm. 18, pp. 85 ss.

<sup>30</sup> Por todos, T. SALA FRANCO, *Incidencias de la legislación laboral en el marco de la Función Pública*, MAP, Madrid, 1989, p. 90 y J. M. LÓPEZ GÓMEZ, *La relación laboral especial de empleo público. Estudio de su régimen jurídico tras la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Civitas, Madrid, 2009.

similitud con el ámbito de los grupos de empresas por subordinación que con el de las redes de empresas, pues están basadas más en relaciones de jerarquía o dominación que de autonomía, interdependencia y cooperación. Otra cosa son las múltiples fórmulas de colaboración público-privado, pero deliberadamente este trabajo no se ocupa de las mismas.

Segunda diferencia extrínseca, mientras las redes de empresas son un fenómeno en permanente crecimiento de la mano de la globalización económica, de la creciente digitalización de la economía, etc., las redes de organizaciones públicas, que habían experimentado un notable crecimiento durante la última década del siglo XX y la primera del siglo XXI, se han visto profundamente afectadas por el denominado Derecho administrativo de la crisis, con múltiples reformas a partir del año 2012 cuyo denominador común es la desconfianza hacia las diferentes formas de redes institucionales de organizaciones públicas o redes sujeto, en especial las mancomunidades de municipios, los consorcios y las sociedades públicas constituidas por varias administraciones. Una desconfianza, focalizada sobre todo en el ámbito local, que hunde sus raíces en los mantras de la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera y que se traduce en facilidades para la supresión de las redes institucionales existentes y trabas para la creación de nuevas redes<sup>31</sup>.

#### **IV. Algunas manifestaciones del impacto laboral de las redes de organizaciones públicas**

Constituye este apartado un simple esbozo del notable impacto laboral de las redes de organizaciones públicas, en la línea de lo que sucede con el impacto laboral de las redes de empresas. Se ha dicho ya, y se reitera ahora, que prácticamente todas las instituciones laborales individuales y colectivas se ven en mayor o menor medida afectadas por la organización de tipo reticular, pues la organización en red conlleva para los trabajadores (contratados laborales por lo que a este estudio se refiere, aunque obviamente también para los funcionarios públicos) la presencia junto al

---

<sup>31</sup> Así, entre otros, M. ALMEIDA CERREDA, «Tres procesos contemporáneos de reforma de las organizaciones administrativas locales: orígenes, finalidades y líneas de actuación coincidentes», en M. Almeida Cerredá y otros (dirs.), *La racionalización de la organización administrativa local: las experiencias española, italiana y portuguesa*, Civitas, Navarra, 2015, pp. 36 ss.

empresario o empleador titular de los contratos de trabajo suscritos entre las partes de una pluralidad de empresarios o empleadores en liza, lo que obviamente no puede dejar de afectar a las relaciones laborales, concebidas conforme al modelo clásico para la entrada en escena de un único empresario, el titular de todos los contratos de trabajo adscritos a su organización/empresa, sin perjuicio de las aperturas controladas por las vías de las empresas de trabajo temporal y las contrataciones y subcontratas de obras y servicios.

Solo serán objeto de atención aquí, y de manera superficial además, tres posibles ámbitos de afectación laboral de la organización en red. Uno individual, la identificación del empleador y el ejercicio de los poderes empresariales, y dos colectivos o sindicales en coherencia con la denominación de este seminario, la negociación colectiva y la tutela del derecho fundamental de huelga.

Se insiste en que son muchos los ámbitos del impacto laboral de la organización en red de determinadas entidades públicas, si bien las limitaciones objetivas de este trabajo y las limitaciones subjetivas de este autor aconsejan no ir más allá de lo apuntado. En todo caso, y por poner solo un ejemplo muy relevante, piénsese en el impacto que dos instituciones laborales claves como la sucesión de empresa (art. 44 ET) y el despido colectivo (art. 51 y d. a. 16ª ET) experimentan a resultas de la disolución de las redes institucionales de organizaciones públicas (mancomunidades de municipios y consorcios, por ejemplo), algo a la orden del día en estos recientes años de profunda crisis económica<sup>32</sup>. Una disolución que, salvo que venga acompañada del completo cese de la actividad, servicio o función objeto de la red institucional, o salvo que se canalice mediante la cesión global de activos y pasivos a una sola entidad pública (art. 127.5 LRJSP en el caso de los consorcios), a buen seguro exigirá la participación de una pluralidad de empleadores públicos, junto al empleador titular de la red institucional pública objeto de disolución y extinción de la personalidad jurídica, puesto que tanto la subrogación empresarial (vía sucesión legal de empresa del 44 ET o no) de los contratos laborales de determinados trabajadores como el despido

---

<sup>32</sup> Entre otros muchos, M. TREVIÑO PASCUAL, «Redimensionamiento de personal por extinción del sector público instrumental», en *Trabajo y Derecho*, 2017, núm. 35, pp. 42 y ss., y C. GALA DURÁN, «Los despidos colectivos en las administraciones públicas: análisis de las causas justificativas, los criterios de selección de los trabajadores y la interrelación con la sucesión de empresa», en *Documentación Laboral*, 2016, núm. 106, pp. 33 ss.

colectivo de otros deberán ser consensuadas por los empleadores públicos en liza. Participación conjunta de los diferentes empleadores públicos involucrados no prevista en modo alguno por las normas laborales, aunque no por ello ilegal. De hecho, y aunque sea para declarar la nulidad de los correspondientes despidos colectivos por fraude de ley, el Tribunal Supremo ha considerado partícipes en los despidos colectivos en los consorcios de las unidades territoriales de empleo de Andalucía no solo a los consorcios en cuestión, sino también, por no decir sobre todo, a la Junta de Andalucía a través del Servicio Andaluz de Empleo<sup>33</sup>.

#### **IV. 1. La identificación del empleador, el ejercicio del poder de dirección y la cesión lícita de trabajadores**

El punto de partida tanto de las redes de empresas contrato como de las redes de entidades públicas convenio, sin soporte organizativo o institucional detrás, es que cada una de las organizaciones cumple su correspondiente papel en la red contribuyendo a la misma mediante su propio personal laboral (y funcionario, en su caso). En cambio, en las redes institucionales de entidades públicas, y en menor medida en las redes de empresas sujeto, junto al personal laboral de cada una de las organizaciones en red, que pudiera o no involucrarse en las actividades comunes de la red según los casos, la propia red sujeto o institucional cuenta con su propio personal laboral (y funcionario, en su caso), sin que en este momento interese la procedencia de dicho personal laboral propio de la red, contratado *ex novo* o procedente (temporal o definitivamente) de las organizaciones públicas integrantes de la red<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> Por todas, la STS, 4ª (Pleno), 12-2-2013, rec. 142/2013. Sentencia seguida por muchas otras como por ejemplo la STS, 4ª, 23-9-2014, rec. 310/2013.

<sup>34</sup> Téngase muy en cuenta lo previsto, a este respecto, en la regulación legal de los consorcios tras la importante reforma de los mismos operada en el año 2013. Dispone así el artículo 121 LRJSP: «El personal al servicio de los consorcios podrá ser funcionario o laboral y habrá de proceder exclusivamente de las Administraciones participantes. Su régimen jurídico será el de la Administración Pública de adscripción y sus retribuciones en ningún caso podrán superar las establecidas para puestos de trabajo equivalentes en aquélla. Excepcionalmente, cuando no resulte posible contar con personal procedente de las Administraciones participantes en el consorcio en atención a la singularidad de las funciones a desempeñar, el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, u órgano competente de la Administración a la que se adscriba el consorcio, podrá autorizar la contratación directa de personal por parte del consorcio para el ejercicio de dichas funciones».

Dicho de otra manera, en el modelo español, y a diferencia de lo que permite y fomenta el modelo italiano a través de la figura del contrato en red<sup>35</sup>, ni los empresarios en red en el sector privado ni las organizaciones públicas en red en el sector público han optado por la figura del empresario plural *stricto sensu*, esto es, por la presencia en la parte empresarial del contrato de trabajo de dos o más empresarios cotitulares, con obligaciones solidarias nacidas del contrato de trabajo único<sup>36</sup>. Aunque el artículo 1.2 ET permita teóricamente la figura del empresario plural, la práctica española de la organización en red no ha discurrido en modo alguno a través de dicha vía. Posibilidad que en el ámbito del sector público tendría especial dificultad, que no imposibilidad, de la mano de los procesos selectivos basados en los principios constitucionales de mérito y capacidad, con regulaciones dispares de no fácil armonización en un proceso selectivo único<sup>37</sup>.

Lo que sí ha propiciado la organización en red tanto en el sector privado como en el público es la figura del empresario complejo, esto es, el reparto del ejercicio de los poderes empresariales entre dos o más empresarios, si bien siendo solo uno de ellos el titular del contrato de trabajo<sup>38</sup>. A este respecto, cabe distinguir al menos dos variantes posibles, ambas lícitas y alejadas de la patológica cesión ilegal de trabajadores del artículo 43 ET. Se trata de dos ejemplos de solución judicial, a falta de regulación legal *ad hoc*, de los problemas derivados de la organización en red, a partir de la contemplación del fenómeno de la organización en red en principio como un fenómeno fisiológico.

La primera variante es la cesión lícita de trabajadores dentro de la red, conforme a la cual el trabajador de un empleador integrado en la red (o de la propia red en las redes institucionales o sujeto) pasa a prestar (en todo o en parte) temporalmente su actividad laboral para otro u otros empleadores de la red o para la propia red en las

---

<sup>35</sup> L. NOGLER, «Mono e multi-datorialità tra debito e garanzie patrimoniali dei crediti di lavoro», en W. Sanguineti Raymond y J. B. Vivero Serrano (dirs.), *Impacto laboral de las redes empresariales*, Comares, Granada, 2018, pp. 97 ss.

<sup>36</sup> Sobre las distintas figuras del empleador conjunto, el empleador plural, el empleador complejo y el empleador indirecto o instrumental, véase W. SANGUINETI RAYMOND, «El empleador plural, el empleador complejo y el empleador instrumental en las redes empresariales», en W. Sanguineti Raymond y J. B. Vivero Serrano (dirs.), *Impacto laboral de las redes empresariales*, Comares, Granada, 2018, pp. 115 ss.

<sup>37</sup> J. B. VIVERO SERRANO, *El acceso al empleo público en régimen laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

<sup>38</sup> véase W. SANGUINETI RAYMOND, «El empleador plural ...», op. cit., pp. 123 ss.

redes institucionales o sujeto, siempre que dicha cesión temporal de mano de obra responda a una finalidad común de la red<sup>39</sup>. Lo que en otras circunstancias caería en el ámbito de la cesión ilegal de trabajadores del artículo 43 ET, al no venir protagonizada por una empresa de trabajo temporal, en el ámbito de la organización en red constituye una posibilidad lícita, sin perjuicio de la eventual responsabilidad solidaria de los empresarios en liza de la mano de la coyuntural figura del empleador complejo. Se trata de una solución judicial construida para el ámbito de los grupos de empresas, para la movilidad no generalizada de determinados trabajadores estratégicos dentro de los grupos de empresas no patológicos<sup>40</sup>. Solución judicial también aplicada por los tribunales superiores de justicia de las comunidades autónomas por ejemplo a las uniones temporales de empresas que se nutran en mayor o menor medida de trabajadores de las empresas consorciadas<sup>41</sup>, pero extensible a las demás redes de empresas y también a las redes de organizaciones públicas.

La segunda variante consiste en la prestación de actividad laboral para el propio empleador, con sometimiento a sus poderes empresariales en evitación de la cesión ilegal de trabajadores, pero con simultáneo ejercicio de determinados poderes empresariales, singularmente el poder de dirección, por parte de otro u otros empresarios de la red no titulares del contrato de trabajo. Otro ejemplo de la figura del empleador complejo dentro de la organización en red, que, aunque excluya la cesión ilegal de trabajadores y las contundentes consecuencias jurídicas asociadas a la misma, no deja de tener otro tipo de consecuencias para los trabajadores afectados por la figura del empleador complejo, en particular la responsabilidad solidaria de los empleadores conjuntos, pese a la existencia de un único contrato de trabajo con un único empleador. Hay, de hecho, algunas sentencias del Tribunal Supremo que han aplicado ya la figura del empleador complejo en el ámbito del sector público.

El caso más conocido el de una variante de red convenio entre diversos ayuntamientos, actuando uno de ellos como empleador en régimen laboral de la animadora sociocultural demandante por despido atípico improcedente (terminación de contratación temporal en fraude de ley), y la Junta de Castilla-La Mancha, con

---

<sup>39</sup> W. SANGUINETI RAYMOND, *Redes empresariales y ...*, op. cit., pp. 93 ss.

<sup>40</sup> SSTs, 4ª, 26-11-1990, núm. 1428, y 25-6-2009, rec. 57/2008.

<sup>41</sup> C. SOLÍS PRIETO, «Uniones temporales de ...», op. cit., pp. 88 ss.

condena solidaria a todas las entidades públicas vinculadas por los convenios para la prestación de determinados servicios sociales suscritos durante numerosos años<sup>42</sup>. Bien es cierto que en dicho caso la argumentación del Supremo acerca del ejercicio por parte de la Junta de Castilla-La Mancha de un poder directivo general u ordenador, que convierte a la misma en empleadora conjunta de la trabajadora demandante y la hace responsable solidaria del despido atípico improcedente, no es del todo convincente, pues más bien parece que lo que la sentencia del Supremo denomina poder directivo empresarial de tipo general, frente al poder directivo más específico y proyectado sobre la prestación de trabajo, la jornada, el lugar de trabajo, etc., es en realidad una facultad de ordenación general y de seguimiento y control, con origen en el convenio interadministrativo firmado entre las entidades públicas (art. 49 LRJSP), proyectada no sobre la trabajadora demandante, sobre su relación laboral individual, sino sobre su empleadora pública, el Ayuntamiento de Mejorada.

#### **IV. 2. La negociación colectiva adaptada al fenómeno de las redes de entidades públicas**

En el ámbito de las relaciones colectivas o sindicales el impacto de las redes de empresas y también el de las redes de entidades públicas es sobresaliente<sup>43</sup>. Solo se van a considerar aquí, en todo caso, dos manifestaciones posibles de dicho impacto y solo a modo de breve apunte.

La primera, la creación de novedosas unidades de negociación colectiva interadministrativas, que atiendan a la realidad de las redes de entidades públicas, a algunas de sus variantes al menos: mancomunidades de municipios y consorcios locales, por ejemplo. Nuevas unidades de negociación colectiva que facilitarían la convergencia de las condiciones de trabajo y empleo de los trabajadores de las distintas organizaciones públicas integrantes de la red, más los propios empleados de las redes institucionales, así como el régimen jurídico de la movilidad de los

---

<sup>42</sup> STS, 4ª, 4-2-2015, rcud 96/2014. Asimismo, la STS, 4ª, 14-5-2014, rcud 1467/2013, con una argumentación especialmente endeble en lo que a la construcción de la figura del empleador conjunto o complejo se refiere. Mayor argumentación puede encontrarse en la STS, 4ª, 11-7-2012, rcud 1591/2011.

<sup>43</sup> G. ROJAS RIVERO, «La negociación colectiva en las redes empresariales», en W. Sanguinetti Raymond y J. B. Vivero Serrano (dirs.), *Impacto laboral de las redes empresariales*, Comares, Granada, 2018, pp. 251 ss.

trabajadores dentro de la red, tanto de los casos de cesión temporal lícita como de los supuestos de cambio definitivo de organización pública, con mantenimiento de una determinada "situación administrativa" en la organización pública de origen, al estilo de la situación de servicio en otras administraciones públicas del artículo 88 EBEP, en principio aplicable solo a los funcionarios de carrera.

Vaya por delante que tras la reforma operada en el año 2011 del artículo 87.1 ET, con la previsión de la negociación colectiva de las empresas vinculadas<sup>44</sup>, el marco legal de la negociación colectiva de los trabajadores asalariados parece que permitiría las posibilidades apuntadas en el párrafo anterior, otorgando la legitimación del lado social a los sindicatos, resolviendo así los problemas de falta de interlocución social de muchos pequeños municipios. Una posibilidad legal que, aunque no tenga una traducción en la práctica todavía relevante, tiene ya algunos ejemplos significativos, también en el ámbito de las entidades públicas como sucede con los convenios colectivos del personal laboral docente e investigador de las universidades públicas de algunas comunidades autónomas, con Galicia como ejemplo pionero.

Por otro lado, también contribuiría a la implantación de esas nuevas unidades de negociación colectiva adaptadas a las necesidades de determinadas redes de organizaciones públicas el artículo 34.2 EBEP, en principio pensado para la mesas supramunicipales de negociación colectiva de los funcionarios públicas, aunque seguramente extensible también a las mesas de negociación conjunta de funcionarios y contratados laborales de la mano de una interpretación finalista y sistemática del artículo 36.3 EBEP<sup>45</sup>.

La segunda manifestación del impacto de las redes de entidades públicas en la negociación colectiva, sin mayores obstáculos legales, dependiente únicamente de la voluntad de los sujetos negociadores de los convenios colectivos clásicos de las administraciones públicas, es la regulación de la movilidad de los trabajadores

---

<sup>44</sup> P. NIETO ROJAS, «Legitimación para negociar convenios de empresas en red o vinculadas», en *Trabajo y Derecho*, 2018, núm. 37, pp. 55 ss.

<sup>45</sup> J. V. VIVERO SERRANO, «La negociación colectiva conjunta de los empleados públicos: un marco normativo a medio construir y una realidad difícil de conocer», en R. Escudero Rodríguez (coord.), *Observatorio de la negociación colectiva: empleo público, igualdad, nuevas tecnologías y globalización*, CC.00.-Cinca, Madrid, 2010, pp. 81 ss.

asalariados dentro de las redes de organizaciones públicas, con previsión del correspondiente *status* de los trabajadores que pasasen de forma definitiva (también temporal, aunque con soluciones técnicas distintas) de una organización pública a otra distinta dentro de la red o a la propia red de tipo institucional o sujeto, en la línea de la situación administrativa de servicio en otras administraciones públicas del artículo 88 EBEP, en principio aplicable solo a los funcionarios de carrera.

#### **IV. 3. La tutela del derecho de huelga ejercicio en el ámbito de las redes de entidades públicas**

Por lo que se refiere al ejercicio del derecho fundamental de huelga, entre otras muchas situaciones posibles<sup>46</sup>, las redes de empresas y de organizaciones públicas, así como los grupos de empresas e incluso los fenómenos más clásicos de contrata y subcontratas de obras y servicios del artículo 42 ET, exponen a los trabajadores huelguistas ante la posibilidad de que los comportamientos lesivos del derecho de huelga provengan no solo del empresario formal de los mismos, sino también de otros empresarios integrantes de la red, del grupo de empresas o el empresario principal en los supuestos del artículo 42 ET. Sin caer en la sinécdoque, es sobre todo el caso del denominado esquirolaje decidido por un tercero<sup>47</sup>.

A este respecto, el ordenamiento español es pionero a nivel mundial a la hora de otorgar a los trabajadores huelguistas una tutela más allá del estrecho ámbito del contrato de trabajo, de las conductas lesivas provenientes del propio empresario, protegiendo también a los trabajadores huelguistas frente a otros empresarios cuyos procesos productivos se vean afectados de lleno por la convocatoria de huelga, cayendo por ejemplo en la tentación de sustitución de los huelguistas por otros trabajadores de otros empresarios contratados (mercantil o administrativamente) *ad hoc* u otras fórmulas posibles de sustitución clásica o tecnológica, de esquirolaje decidido por un tercero en definitiva. Una tutela construida por los tribunales de lo

---

<sup>46</sup> J. B. VIVERO SERRANO, «Redes empresariales y derecho de huelga: nuevos escenarios para la tutela y la limitación», en W. Sanguinetti Raymond y J. B. Vivero Serrano (dirs.), *Impacto laboral de las redes empresariales*, Comares, Granada, 2018, pp. 277 ss., y W. SANGUINETI RAYMOND, «La tutela sustancial del derecho de huelga en estructuras empresariales complejas», en *Revista de Derecho Social*, 2016, núm. 74, pp. 11 ss.

<sup>47</sup> Terminología de J. B. VIVERO SERRANO, «Redes empresariales y ...», op. cit., pp. 283-284.

social<sup>48</sup>, con el Tribunal Constitucional<sup>49</sup> y el Tribunal Supremo<sup>50</sup> a la cabeza, que lógicamente tiene unos contornos muy estrictos, limitados a los diferentes supuestos de “especial vinculación” entre los trabajadores huelguistas y el empresario tercero protagonista del esquirolaje o de cualquier otro comportamiento lesivo del derecho de huelga.

Ni que decir tiene que la tutela del derecho de huelga frente al esquirolaje decidido por un tercero resulta también de aplicación en cualesquiera tipos de redes de organizaciones públicas. De hecho, uno de los primeros casos que permitieron la construcción judicial de la tutela del derecho de huelga en cuestión tuvo lugar en el ámbito del sector público, siendo el empresario tercero condenado por lesión del derecho de huelga de los trabajadores del empresario concesionario del servicio de restauración del Hospital de Donosti el Servicio Vasco de Salud, aunque ciertamente no se tratase de una red convenio, sino más bien de un supuesto de colaboración público-privada vía contratación administrativa<sup>51</sup>.

---

<sup>48</sup> Muy interesante el caso de la huelga de los trabajadores de las empresas contratistas de Telefonica resuelto por la STSJ de Cataluña, 12-3-2018, rec. 99/2018.

<sup>49</sup> SSTC 75 y 76/2010, seguidas de otras muchas también de ese mismo año. Son las conocidas como sentencias del caso Samoa.

<sup>50</sup> Especialmente importante es la sentencia del caso grupo Prisa, la STS, 4ª, 11-2-2015, rec. 95/2014. También las más recientes SSTs, 4ª, 3-10-2018, rrcud 3365/2016 (caso grupo Zeta), y 1147/2017 (caso grupo ABC de Sevilla).

<sup>51</sup> STSJ del País Vasco, 26-10-2010, rec. 1955/2010.



## El enfoque preventivo en la protección de datos personales en el RGPD y en la nueva LOPDGDD: elementos (Especial consideración de los Códigos de Conducta)<sup>1</sup>

Rafael Jiménez Asensio (Consultor, Estudio Sector Público SLPU/Catedrático de Universidad acreditado)  
<https://rafaeljimenezasensio.com/>

### SUMARIO

#### Presentación

#### I.- EL NUEVO MARCO NORMATIVO DE LA UE EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

- 1.- *¿Por qué una nueva regulación europea (RGPD) que ha sido desarrollada por la LOPDGDD?*
- 2.- *¿Cuáles son los motivos por los que se ha derogado la Directiva de 95/46/CE y se ha aprobado el Reglamento (UE) 2016/679, desarrollado posteriormente por la LOPDGDD?*
- 3.- *El nuevo marco normativo del RGPD y de la LOPDGDD como cambio de paradigma*
- 4.- *La LOPDGDD: Ideas-fuerza del proceso de elaboración y del Preámbulo de la citada Ley.*

#### II.- SISTEMA INSTITUCIONAL Y DE GESTIÓN DE PROTECCIÓN DE DATOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (RGPD/LOPDGDD)

- 1.- *Introducción*
- 2.- *Responsables de tratamiento y Encargados de tratamiento: sus peculiaridades aplicativas en el ámbito del gobierno local.*
- 3.- *Registro de las Actividades de tratamiento*
- 4.- *Seguridad de los datos personales*
- 5.- *Análisis de Riesgos*
- 6.- *Evaluación de Impacto sobre la Protección de Datos*
- 7.- *El Delegado de Protección de Datos*
- 8.- *Códigos de Conducta y Mecanismos de Certificación*
- 9.- *Autoridades de control independientes: Idea general*
- 10.- *Régimen de responsabilidades y sanciones: Idea general. Aplicación al Sector Público*

#### BREVES CONCLUSIONES

---

<sup>1</sup> Ponencia presentada al Seminario de Relaciones Colectivas de la FMC, Barcelona 19 de diciembre de 2018.

## **Presentación**

---

Este trabajo pretende centrar la atención en los elementos principales que conforman el enfoque preventivo de la protección de datos personales que se deriva de la plena aplicabilidad del Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (RGPD, en lo sucesivo), así como conforme se prevé en la reciente Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de derechos digitales (LOPDGDD, en lo sucesivo).

Para abordar esta materia, se abordan, en primer lugar, algunas nociones muy básicas de carácter general sobre el nuevo marco de protección de datos formado por el binomio normativo conformado por el RGPD y la LOPDGDD, a través de cuatro epígrafes. En segundo lugar, se tratan los elementos sustantivos del denominado como enfoque preventivo de la protección de datos de carácter personal y, en particular haciendo hincapié en algunos de los elementos de ese nuevo enfoque preventivo de la protección de datos personales que plantado inicialmente por el RGPD ha sido ratificado, como no podía ser de otro modo, por la reciente LOPDGDD.

De acuerdo con el encargo que me ha sido hecho, se tratará especialmente aquello que se corresponde con los códigos de conducta, pero se debe advertir de inmediato que, en lo que concierne a las Administraciones Públicas y a las entidades del sector público, la regulación de esta materia solo se aplica parcialmente y, además, dado el régimen sancionador que se prevé (con una aplicación blanda) por lo que respecta a las organizaciones públicas, su interés no es precisamente el mayor, sobre todo si se analiza en relación con el resto de herramientas o instrumentos que conforman lo que he venido en denominar como *nuevo modelo institucional y de gestión de la protección de datos en la Administración Pública*.

El presente trabajo se cierra con unas breves conclusiones y, asimismo, con un Anexo en el que se incluyen algunas Ideas-fuerza de la nueva LOPDGDD, que, si bien reiteran algunos de los contenidos tratados puntualmente en el texto, plantean un análisis general de ese texto normativo y pueden ayudar al lector a comprender mejor su alcance y sentido.

## I.- EL NUEVO MARCO NORMATIVO DE LA UE EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

### 1.- ¿Por qué una nueva regulación europea (RGPD) que ha sido desarrollada por la LOPDGDD?

La necesidad objetiva de la nueva regulación europea en materia de protección de datos de carácter personal surge del propio contexto tecnológico y de su evolución en las dos últimas décadas. En efecto, en los más de veinte años transcurridos desde 1995 (fecha de aprobación de la Directiva 95/46/CE) hasta 2016 (fecha de entrada en vigor del RGPD) o 7 de diciembre de 2018 (entrada en vigor de la LOPDGDD) la digitalización y la revolución tecnológica, así como la globalización y transferencia internacional de los propios datos, ha generado nuevos e importantes retos para la protección de los datos personales y, en particular, para los derechos y libertades de los ciudadanos. Esta nueva regulación no solo se dicta para afrontar los retos del presente, sino en especial también para hacer frente a los grandes desafíos del futuro en materia de protección de datos y de garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos, ámbitos que en estos momentos están comenzando a ser objeto de una erosión nunca conocida hasta la fecha.

Sin embargo, la orientación preferentemente *preventiva* o situada en un *enfoque de riesgos* precisamente tiende a evitar que los responsables y encargados de los diferentes tratamientos se encuentren ante situaciones nuevas que no puedan hacer frente y que, por consiguiente, esos nuevos e inciertos contextos que se produzcan en el ámbito tecnológico puedan erosionar los derechos de las personas físicas a través de la manipulación o uso torticero de los datos personales. Ante la evidente situación de incertidumbre que se atisba frente al desarrollo efectivo, las secuelas o efectos de la revolución tecnológica, ese enfoque anticipatorio o preventivo era la solución más idónea por parte del poder normativo europeo y del propio desarrollo de la LOPDGDD.

Tampoco conviene olvidar que cuando se aprobó la Directiva 95/46/CE el desarrollo de Internet era mucho menor. Las redes sociales y buena parte de las compañías tecnológicas no habían nacido o se encontraban en un estadio de desarrollo mucho menor.

Uno de los documentos más importantes que dio inicio al cambio normativo en materia de protección de datos en la Unión Europea fue la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, titulada *Un enfoque global de la protección de los datos personales en la Unión Europea*, COM/2010/0609 final. En el preámbulo de la propia LOPDGDD se hace expresa mención a este importante documento, que servirá de base inicial para el cambio de orientación de la normativa en materia de protección de datos.

Si esto era así en 2010 qué puede decirse en 2018 y qué podrá suceder en 2025 o 2030. Una de las claves para hacer frente a esa revolución tecnológica y a su afectación a la protección de datos personal radica en disponer de una mayor capacidad de (auto)control de la protección de datos personales, una idea que asimismo se recoge en el Preámbulo de la LOPDGDD y que enlaza con la jurisprudencia constitucional más relevante en esta materia (por todas: STC 292/2000).

En este contexto de avance de la revolución tecnológica o digital y de sus inevitables impactos sobre la protección de datos personales, el papel del Sector Público y, particularmente, de la Administración Pública, adquiere un rol de gran importancia para preservar los derechos y

libertades de la ciudadanía. Y la regulación de esta materia se convierte en una de claves de esa correcta preservación, tal como recoge el Considerando 6 del RGPD.

## ***2.- ¿Cuáles son los motivos por los que se ha derogado la Directiva de 95/46/CE y se ha aprobado el Reglamento (UE) 2016/679, desarrollado posteriormente por la LOPDGDD?***

---

La derogación de la Directiva 96/45/CE y su sustitución por el RGPD no es una operación normativa menor. El cambio de instrumento regulador obedece, tal como se ha visto, a razones de contexto y a la necesidad objetiva de establecer un Reglamento (UE) que, como es sabido, es una disposición normativa europea que tiene un alcance general, es obligatoria en todos sus elementos y directamente aplicable.

La Administración Pública y las entidades de su sector público pueden tratar (y de hecho tratan) gran cantidad de datos personales (un volumen considerable) que, en determinados contextos, pueden ser causa o provocar situaciones de riesgo evidente.

Asimismo, es también obvio que el sector público trata en no pocas ocasiones "categorías especiales de datos" (datos sensibles), por utilizar la terminología del Reglamento UE. Todo ello requiere a los responsables y encargados del tratamiento en el sector público especial diligencia en tales procesos, pero en particular fomentar una cultura y actividad preventiva tanto en el diseño de los procesos de tratamiento como por defecto (esto, es de manera permanente, analizando en cada caso y circunstancia la necesidad de tales tratamientos), aplicando todas las medidas técnicas y organizativas que estén a su alcance para salvaguardar los derechos fundamentales de las personas físicas (el objetivo central, no se olvide, del RGPD).

Por consiguiente, la regulación que se ha llevado a cabo a través del Reglamento (UE) 2016/679 y posteriormente la LOPDGDD es particularmente importante por lo que afecta al sector público. Pero de inmediato cabe afirmar que, sin perjuicio de que se aplique también al sector público (a lo que el Reglamento denomina "autoridades y organismos públicos"), no es menos cierto que el foco central de preocupación de esa disposición normativa de la Unión Europea es el riesgo que para la protección de los derechos fundamentales y, en especial, la protección de datos de las personas físicas, se pueda producir como consecuencia del tratamiento masivo de datos, del cruce entre estos datos dirigido entre otras cosas a la elaboración de "perfiles" y de las observaciones masivas derivadas de los datos.

Una observación importante es, sin duda, resaltar que tanto el RGPD como la LOPDGDD, a diferencia del conjunto de leyes que solo se aplican a las Administraciones Públicas o a las entidades de su sector público (LPAC, LRJSP, LCSP, etc.), tienen como vocación reguladora tanto el sector privado (preferentemente) como el sector público. Por tanto, algunas de las previsiones de ese binomio normativo RGPD/LOPDGDD no tienen como objeto regular la Administración Pública (esto es, contienen algunas reglas que se aplican exclusiva o preferentemente a organizaciones o entidades del sector privado) y, en algunos casos, veremos cómo contienen asimismo determinados ámbitos normativos cuya aplicabilidad se modula o incluso se excepciona en lo que afecta a determinadas entidades del sector público (régimen sancionador, preferentemente).

La entrada en vigor del Reglamento UE 2016/679, como es sabido, se produjo a los veinte días de su publicación en el DOUE, pero su plena aplicabilidad se produjo a partir del 25 de mayo de 2018 (artículo 99 RGPD). En todo caso, la adaptación normativa del Derecho interno a ese RGPD ha sido tardía, pues no se ha producido hasta más de seis meses después de la citada fecha.

En los Considerandos 9 a 13 del RGPD se explicitan cuáles han sido los motivos que han justificado el cambio de instrumento normativo. Y cabe reenviar a esas razones para ver cómo se justifica la nueva configuración de ese marco normativo:

- La aplicación de la Directiva 1995 ha sido fragmentaria y desigual
- Se quiere garantizar un nivel uniforme y elevado de protección de datos personales, y que sea además equivalente en todos los Estados miembros.
- La protección efectiva de los datos personales exige reforzar las obligaciones de quienes los tratan. El endurecimiento del régimen sancionador es uno de los presupuestos de apoyo de tal normativa.
- La base jurídica para esta regulación se encuentra en el artículo 16. 2 del TFUE. El artículo 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea recoge, por su parte, el derecho fundamental.
- Regular esta materia por un Reglamento debería proporcionar seguridad jurídica y transparencia.

El Consejo de Estado, en su dictamen 757/2017, de 26 de octubre de 2017, sintetizó en una serie de ideas-fuerza el recurso al instrumento normativo del Reglamento, norma obligatoria en todos sus elementos y directamente aplicable en todos los Estados miembros (artículo 288 TFUE), como medio necesario para llevar a cabo esa reducción de las divergencias normativas que se habían producido con la aplicación de la Directiva 95/46/CE. Nos remitimos a lo allí expuesto.

Por consiguiente, el operador jurídico o técnico debe ser plenamente consciente de que, en este nuevo contexto normativo de protección de datos personales y a diferencia del marco normativo anterior (en el que la LOPD era la referencia determinante), deberá trabajar con dos herramientas normativas "en paralelo": una de carácter principal, reforzada además por la primacía del Derecho de la Unión Europea frente al Derecho de los Estados miembros, como es el Reglamento (UE) 2016/679, mientras que la otra es la LOPDGDD que se limita a "completar o aclarar" la regulación europea, así como a establecer determinadas excepciones solo cuando esté habilitada específicamente para ello por la normativa europea.

El resultado, como se dirá en su momento, es bien obvio: el Reglamento (UE) 2016/679 se convierte en la norma de cabecera en materia de protección de datos y la actual LOPDGDD será una disposición normativa, por mucho que se califique de "orgánica", de carácter complementario o de desarrollo. Así lo conforma con claridad evidente el propio preámbulo. Es más, si la Ley Orgánica está llamada a desarrollar los derechos fundamentales y libertades públicas recogidos en la sección primera del capítulo segundo del título primero de la Constitución, en este caso el desarrollo del contenido esencial de este derecho fundamental, como ha expuesto la mejor doctrina (Luis Rodríguez Álvarez) se ha realizado –como luego se verá– por el propio Reglamento UE y no por la LOPDGDD, que realiza un mero reenvío, al menos en lo que a las dimensiones del derecho a la protección de datos respecta, a los establecido en la disposición normativa europea.

### ***3.- El nuevo marco normativo del RGPD y de la LOPDGDD como cambio de paradigma***

---

Este punto requiere un desarrollo algo más detenido. En efecto, la nota distintiva del actual marco normativo, comprendido por el binomio RGPD/LOPDGDD frente al anteriormente existente (Directiva-LOPD), reside que el nuevo modelo transita *desde un modelo reactivo a un modelo proactivo o centrado en el "enfoque de riesgos"*. Ese cambio de "filosofía" de la nueva regulación europea está perfectamente descrito en los Considerandos del RGPD, así como se

refleja tangencialmente en diferentes disposiciones normativas de ese Reglamento europeo. Una vez más el preámbulo de la LOPDGDD se hace eco perfectamente de este nuevo enfoque y de ese tránsito citado como se verá de inmediato.

Las razones de ese tránsito en la concepción del problema han sido expuestas anteriormente, pero todas ellas tienen que ver con dos factores sustantivos:

- a) La posición dominante de las grandes compañías tecnológicas que tienen una posición de cuasi monopolio en todo lo que afecta a los datos personales con un volumen de información cada vez más abrumador, lo que puede tener serias consecuencias sobre los derechos de la persona y la propia subsistencia del Estado democrático tal como lo hemos concebido tradicionalmente;
- b) El acelerado e incierto desarrollo tecnológico que, basado en el dato personal y en los algoritmos, está inaugurando una nueva revolución tecnológica de resultados altamente inciertos, un contexto que exige incidir especialmente en la prevención o en el denominado "enfoque de riesgos", algo que obligará a las Administraciones Públicas (en cuanto organizaciones que tratan gran cantidad de datos personales y algunas veces datos de carácter sensible) a establecer un registro de actividades de tratamiento, incrementar las medidas de seguridad dirigidas a proteger los derechos fundamentales de las personas que sean titulares de esos datos, así como a llevar a cabo una serie de análisis de riesgos y, en su caso, evaluaciones de impacto, aparte de dotarse de una arquitectura organizativa dirigida a cumplir esos fines establecidos por el Reglamento (funciones de los responsables y encargados del tratamiento; la figura del Delegado de Protección de Datos; Códigos de Conducta y mecanismos de Certificación, el papel de las autoridades de control; etc.). Todo ello se pormenoriza en la LOPDGDD.

En cierta medida se puede afirmar que se traslada a la protección de datos de carácter personal (aunque con algunas limitaciones, según se verá) el esquema propio de la *política de compliance*, en el que la dimensión preventiva o anticipadora es una de las claves de bóveda del modelo que se pretende construir. Ante la más que evidente incertidumbre que plantea el desarrollo tecnológico el binomio normativo RGPD/LOPDGDD transmite la idea de que se debe estar siempre alerta, también en el ámbito de lo público, con el fin de evitar todas esas intromisiones y afectaciones sobre el derecho de protección de datos personales y el resto de los derechos fundamentales, por conexión o consecuencia.

Como se ha venido reconociendo, también por la AEPD (Informe sobre el proyecto de LOPD), en verdad con este nuevo marco normativo impulsado por el RGPD se ha producido un *auténtico cambio de paradigma* en el modo y manera de gestionar los datos personales con innegables consecuencias, no solo presentes sino sobre todo futuras. Se puede afirmar, sin riesgo a equivocarse que el RGPD es una disposición normativa que afronta una regulación con vistas a resolver problemas inmediatos, pero que se dota de los instrumentos necesarios para enfrentarse a los innumerables retos e incertidumbres que se abren en el futuro.

La Unión Europea ha sido el primer espacio geográfico supraestatal que se ha inclinado por una regulación "regional" de la protección de datos personales y por exigir a las grandes empresas tecnológicas (así como al resto de sujetos obligados, entre ellos las Administraciones Públicas) el cumplimiento de una exigente normativa.

El nuevo marco normativo (RGPD/LOPDGDD) se asienta sobre una serie de principios que todos los responsables y encargados del tratamiento deben respetar, algunos de ellos redefinidos, y asimismo con un nuevo catálogo ampliado de dimensiones de derechos específicos vinculados con la protección de datos personales, que deberán ser garantizados en su ejercicio por las Administraciones Públicas. También hay nuevas facetas de tales derechos (derecho a la limitación de los tratamientos, derechos a la portabilidad de datos o derecho al olvido) y redefinición de algunos otros de ellos. La Sentencia del TJUE de 2014 (Google contra

España) tuvo en este punto importancia destacable, al menos para impulsar ese denominado "derecho al olvido", una redefinición del derecho a la cancelación de datos personales, ya existente. La LOPDGDD ha ido incluso más lejos al regular dentro de ese texto normativo unos denominados *derechos digitales* que tienen una conexión relativa con el real objeto de la norma jurídica, que es la protección de datos personales, e inclusive pueden llamar a cierta confusión.

La Administración Pública, a través de los responsables y encargados del tratamiento, debe cumplir fielmente los principios relativos al tratamiento, debiendo estos informar toda la actuación pública en cualquier tratamiento de datos personales (artículo 5 RGPD) y, especialmente, teniendo en cuenta la "base jurídica" o "licitud del tratamiento", sea esta el consentimiento del interesado o afectado (en los términos que se recogen en el citado RGPD, aunque en el ámbito de las Administraciones Públicas, como veremos, la propia Agencia Española de Protección de Datos pone en cuestión que esa sea una base legítima de tratamiento en el sector público), el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable de tratamiento o, en su caso, el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de los poderes públicos conferidos al responsable de tratamiento (artículo 6 RGPD, letras a), c) y e). Aspectos estos últimos determinantes para que la Administración Pública pueda tratar legítimamente los datos personales.

Con ser importante esa cuestión, en el campo de la Administración Pública resulta trascendental la articulación a través del RGPD y de la LOPDGDD de una serie de elementos perfectamente estructurados que tienden a salvaguardar la orientación principal de esa normativa: prevenir riesgos futuros en el tratamiento de datos personales. Gran parte de esa arquitectura de elementos instrumentales o de gestión se encuadran en esa *política de compliance* sobre la cual se inspira el modelo, pero otros disponen de autonomía propia, aunque encuentran su pleno sentido en ese enfoque de riesgos reiteradamente citado.

En verdad, el binomio normativo RGPD/LOPDGDD combina acertadamente instrumentos de gestión de protección de datos basados en ese enfoque de riesgos, con una redefinición del modelo institucional que fortalece el papel de las autoridades de control y articula un conjunto de medidas sancionadoras con fuerte componente de disuasión para evitar la erosión de los derechos fundamentales de la persona física a través del tratamiento de datos personales; aunque tales medidas sancionadoras se diluyan casi completamente cuando de aplicarlas a las Administraciones Públicas y a sus entidades del sector público se trata, tal como ha quedado regulado el artículo 77 de la LOPDGDD, que sigue la línea de tendencia de la anterior LOPD de 1999, como si nada hubiera cambiado ni en el contexto ni el futuro de esta importante materia.

En esta lógica preventiva se enmarcan diferentes instrumentos o instituciones que se articulan dentro de lo que se podría denominar, según decíamos anteriormente, como un nuevo modelo institucional y de gestión de la protección de datos en las organizaciones públicas, que descansa principalmente sobre una serie de ejes de la configuración del sistema de protección de datos a partir del binomio normativo RGPD/LOPDGDD.

Este nuevo modelo de gestión de protección de datos debe ser seguido fielmente por parte de las Administraciones Públicas y por las entidades de su sector público, puesto que en este caso todos y cada uno de esos elementos (con algunas singularidades tales como la necesidad de llevar a cabo evaluaciones de impacto, las excepciones en los supuestos del régimen de supervisión de códigos de conducta o las derivadas en materia de el régimen específico de sanciones que se pueda definir, entre otras) se aplican también a las organizaciones públicas

ELEMENTOS DEL NUEVO MODELO DE GESTIÓN DE DATOS PERSONALES EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

1. Nuevo rol o nuevo marco de responsabilidades del responsable y, particularmente, del encargado del tratamiento de datos. Especialmente todo lo relativo a la protección de datos desde el diseño y por defecto.
2. Registro de las actividades de tratamiento. Instrumento de obligada existencia, con unas excepciones muy tasadas.
3. Medidas de Seguridad y, en particular, obligaciones específicas vinculadas con la seguridad o con las brechas de seguridad (*breach data*)
4. Análisis de Riesgos en el tratamiento.
5. Evaluación de impacto de aquellas operaciones de tratamiento que lo exijan.
6. Implantación de la figura del Delegado de Protección de Datos (preceptiva en las Administraciones Públicas)
7. Códigos de conducta.
8. Mecanismos de certificación
9. Reforzamiento del papel de las autoridades de control en su diseño institucional, en sus funciones y en sus poderes.
10. Régimen de responsabilidad y sanciones (con modulaciones importantes en su aplicación a las Administraciones Públicas, de conformidad con lo establecido en la LOPDGDD, artículo 77 LOPDGDD)

Todos y cada uno de los elementos o ejes de ese Nuevo Modelo de Gestión de Protección de Datos Personales deben ser puestos en marcha, con distinta intensidad como se decía, por todas y cada una de las Administraciones Públicas. Sin duda, el reto es importante. Y no cabe orillar que el proceso de adaptación de las estructuras organizativas de las Administraciones Públicas y de sus entidades del sector público será lento y gradual.

En verdad, la adaptación de la gestión de protección de datos al nuevo modelo dibujado por el RGPD implicará, en primer lugar, la interiorización de cuál es la visión y sentido de ese binomio normativo (qué pretende y por qué), así como, en segundo plano, un cambio de cultura organizativa y algunas modificaciones estructurales de importancia, como también dedicar recursos tanto personales como materiales, tecnológicos y financieros, a esa finalidad.

En cualquier caso, este Modelo de Gestión de Protección de Datos se tendrá que ir desarrollando paulatinamente, pues no cabe prever que a corto plazo de produzcan cambios sustantivos en el modo y manera de tratar los datos personales por las Administraciones Públicas. El cambio de modelo es tan radical que convendrá hacer una prudente digestión (y aplicación gradual, pero persistente) de sus innovadores elementos. Tal vez, como se dirá al final, el acelerado desarrollo de las tres oleadas de la revolución tecnológica (digitalización, automatización e Inteligencia Artificial) seguramente irán incorporado gradualmente a las Administraciones Públicas esa necesaria presión para hacer frente a tan importantes y complejos retos, que se materializarán, como expone el propio RGPD (artículo 25.1) en "los riesgos de diversa probabilidad y gravedad (que efectivamente se puedan ir produciendo) para los derechos y libertades de las personas físicas" (idea que se pretende concretar en el artículo 28 LOPDGDD). También la Administración Pública y el conjunto del sector público deben impulsar de modo efectivo el desarrollo de la economía digital, pero asimismo deben salvaguardar la protección de datos personales y su adecuada utilización de conformidad con lo establecido en el binomio normativo RGPD/LOPDGDD. En ese justo y complejo equilibrio es en el que deberá moverse la acción de los poderes públicos. Y, por consiguiente, tiene interés especial tratar, siquiera sea sucintamente, tales elementos que conforman ese nuevo Sistema de Gestión de la Protección de Datos Personales en ese marco normativo.

#### ***4.- La LOPDGDD: Ideas-fuerza del proceso de elaboración y del Preámbulo de la citada Ley.***

---

El BOE del pasado jueves 6 de diciembre publicó la *Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales* (LOPDGDD), cuya entrada en vigor se produjo el día 7 de diciembre. Esta regulación deroga la anterior LOPD de 1999 (LO 15/1999) y al reciente Real Decreto Ley 5/2018, que tenía una vocación puramente transitoria, tal como exponía su disposición final única ("El presente real decreto-ley entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el 'BOE' y lo estará hasta la vigencia de la nueva legislación orgánica de protección de datos (...)"). Se da cumplimiento, así, a la necesaria adaptación normativa del Derecho interno a las previsiones del Reglamento (UE) 2016/679 (RGPD, en lo sucesivo).

Este breve epígrafe no tiene por finalidad llevar a cabo un estudio exhaustivo de la LOPDGDD. Nuestra única pretensión en estos momentos es resaltar telegráficamente algunos de aquellos aspectos que, por lo que afecta a la Administración Pública y a su sector público institucional (sin adentrarme en el sector salud), incorporan novedades importantes en relación con lo tratado en el propio RGPD o, en su caso, regulan otras previsiones que conviene tener presentes para una cabal interpretación de este nuevo *marco normativo dual* (RGPD/LOPDGDD) de la protección de datos personales con el que necesariamente deberá obrar el aplicador del Derecho a partir de ahora en el ámbito público.

Antes una importante precisión: el RGPD, salvo en aquellas materias en las que permita excepcionalmente una regulación que restrinja sus previsiones por una norma de Derecho interno (supuestos tasados), es la disposición normativa que –dada su naturaleza– dispone de primacía aplicativa en caso de antinomia, desplazando en ese caso a cualquier norma de Derecho interno, Ley Orgánica incluida. Por tanto, que nadie piense (si es que hay alguien que a estas alturas lo pretende) que "estudiando" solo la LOPDGDD podrá resolver los problemas que se susciten en materia de protección de datos. Eso ya es el pasado. Cualquier operador público deberá actuar a partir de ahora, tal como decíamos, con *dos pantallas normativas* (RGPD/LOPDGDD), con las precisiones antes expuestas.

En este sentido, debe ponerse de relieve que –como reconociera en su día José Luís Rodríguez Álvarez– el RGPD (una disposición normativa del Derecho de la Unión Europea) es en verdad la norma que desarrolla y regula directamente el contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos recogido en la CE (algo insólito en materia de regulación primaria de los derechos fundamentales), adoptando la LOPDGDD un papel meramente complementario o auxiliar<sup>2</sup>. La utilización, por tanto, de la forma de *ley orgánica* no puede esconder que en este caso el papel de este tipo de norma está subordinado a lo dispuesto en una disposición normativa de la Unión Europea con una especial fuerza activa, como es el RGPD, cuyo alcance general, obligatoriedad, aplicabilidad y eficacia directa condiciona totalmente el espacio de configuración de la citada Ley orgánica y, por tanto, de las propias Cortes Generales, que en este caso juega el papel de concreción de lo que una norma europea establece. El propio preámbulo de la Ley lo deja bien claro al afirmar que "*más que de incorporación cabría hablar de 'desarrollo' o complemento del Derecho de la Unión Europea*". Por consiguiente, la propia LOPDGDD admite en el citado preámbulo su carácter *vicarial*, puesto que advierte que su aprobación se explica por razones de salvaguardar el principio de seguridad jurídica "*tanto para la depuración del ordenamiento nacional como para el desarrollo o complemento*" del RGPD.

---

<sup>2</sup> Ver: L. Rodríguez Álvarez: "Artículo 18.4 CE", *Comentarios a la Constitución de 1978, Libro Homenaje al Profesor Luís López Guerra*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

Este nuevo marco normativo ha venido además adornado por la inclusión (estirando hasta el infinito el artículo 18.4 CE) de los denominados *derechos digitales* cuyo parentesco con el objeto de la Ley se visualiza exclusivamente en *el dato personal* como medio a través del cual se pueden ejercer o, en otros muchos casos, entorpecer o dificultar, el ejercicio de determinados derechos fundamentales de la persona física que se ven plenamente afectados por el mundo de Internet y por las redes sociales, cuando no por la propia revolución tecnológica. Pero, aparte de esa vinculación con "el dato" (en un caso *de* la persona y en los otros que afectan *a* la persona), realmente se trata de cuestiones distintas que –como bien expresó Víctor Almonacid– hubiesen requerido un tratamiento normativo diferenciado en sendas leyes orgánicas distintas (de protección de datos personales y de garantía de derechos digitales); pero no cabe ocultar que las tentaciones de aprovechar la tramitación parlamentaria de la LOPD (que no tenía especiales dificultades en la articulación de un consenso suficiente para ser aprobada en sede parlamentaria ante la imperiosa necesidad de adaptar la legislación interna al RGPD) para insertar ese catálogo amplio de derechos digitales fueron muy altas. Así, se utilizó a la LOPD como una suerte de "Caballo de Troya" para la inclusión de unos derechos digitales que, de otro modo, no se hubiesen podido insertar en el sistema jurídico al requerir su tramitación por ley orgánica y exigir un plazo de aprobación, así como unas mayorías, que con toda seguridad no se hubiesen podido conseguir.

Sin embargo, no trataré en este texto de esta cuestión, puesto que ya la abordé en un comentario anterior<sup>3</sup>. Sobre este mismo tema han reflexionado recientemente diferentes autores en distintos espacios abiertos, como por ejemplo: Eduardo Rojo Torrecilla, por lo que afecta al campo de los derechos digitales en el ámbito laboral<sup>4</sup>; o Concepción Campos Acuña, desde una óptica más general<sup>5</sup>, entre otras muchas referencias que se podrían traer a colación. Está por ver, en cualquier caso, que mediante regulaciones nacionales (en este caso por Ley, anticipándose a su anunciado reflejo constitucional, como así se recoge en el preámbulo de la LOPDGDD) se puedan garantizar plenamente el ejercicio y los efectos de derechos con proyección global. Al menos se intenta. Con el paso del tiempo iremos viendo si su efectividad es tal, pues dentro de esos denominados "derechos digitales" hay desde principios o normas directiva hasta auténticos derechos u otros que se difieren en su concreción posterior a normas jurídicas de distinto carácter o a propias normas convencionales.

Por tanto, lo que a continuación sigue es una mera identificación de algunos aspectos importantes que pueden tener interés de la nueva regulación en cuanto que innovan determinadas cuestiones en relación con la normativa anteriormente vigente. Pero este análisis se realizará ahora a través de la exposición de algunas ideas-fuerza recogidas en el Preámbulo (aunque a algunas de ellas ya se ha hecho referencia anteriormente y no se reiterarán), así como, más adelante, de aquellas otras que se pueden extraer del articulado, teniendo como foco de atención la Administración Pública y, en particular, sus posibles impactos sobre las entidades locales.

En cuanto al contenido del preámbulo conviene resaltar, aparte de lo ya expuesto, cuatro puntos especialmente:

- El Preámbulo de la LOPDGDD inicia su exposición con la obligada referencia al artículo 18.4 CE (una auténtica percha de dimensiones descomunales a partir de esta ley de donde cuelgan implícitamente un número desorbitado de derechos digitales, diecinueve concretamente, aparte del propio derecho a la protección de datos

---

<sup>3</sup> Ver: <https://rafaeljimenezasensio.com/2018/10/22/proteccion-de-datos-y-derechos-digitales/>

<sup>4</sup> Ver: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2018/12/los-derechos-digitales-laborales-en-la.html>

<sup>5</sup> <http://concepcioncampos.org/10-puntos-que-debes-conocer-ya-de-la-nueva-lopd-y-gdd/>

personales, esta vez por decisión del legislador y no de la jurisprudencia constitucional). Allí se reitera la jurisprudencia más significativa del Tribunal Constitucional (especialmente la importante STC 292/2000) y se indica que ese derecho fundamental tiene por objeto en este caso "el control de los datos" por parte de las personas físicas, así como se configura -una cuestión ya conocida- como "un derecho autónomo e independiente que consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a terceros, sea el Estado (Administraciones Públicas) o un particular".

- La Ley Orgánica 3/2018 es, por tanto, la tercera ley orgánica en esta materia desde 1992 (Ley Orgánica 5/1992), lo que implica cambios permanentes de ese marco legislativo en un plazo que supera en poco los 25 años. Y ello es debido, sin duda, a la enorme volatilidad de esta materia y a los constantes cambios que la revolución tecnológica y digital están imprimiendo en su contenido. Sucede, en consecuencia, a la Ley Orgánica 15/1999, que asentada en la Directiva de 1995 se había quedado, al igual que esta, muy desfasada y, en todo caso, inadaptada a las exigencias del Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE. El objetivo de regular esta materia por parte de la UE de forma uniforme estaba logrado a través de la aprobación de ese RGPD, lo que exigía una adaptación del marco normativo interno a tales previsiones, que es lo realizado por la LOPDGDD.
- La LOPDGDD, por consiguiente, es, tal como ya se ha dicho, una *regulación de segundo grado*. A pesar de la solemnidad que implica aprobar esa normativa por "Ley Orgánica" y tras una larga deliberación parlamentaria, lo cierto es que los márgenes de configuración (o de innovación) normativa que tiene ese legislador orgánico son más bien escasos. Aun así se ha intentado apurar el contenido y se ha procedido a aprobar una Ley Orgánica de una extensión e intensidad más que notable (97 artículos, 29 disposiciones adicionales, 6 disposiciones transitorias, una disposición derogatoria, y 16 disposiciones finales, en las que se modifican un buen número de Leyes y Leyes Orgánicas: LOREG, LOPJ, LGS, LOU, LJCA, LEC, LOE, LPAC, ET, TREBEP, etc.).
- La inclusión de un listado de derechos digitales en el contenido de la LOPDGDD se pretende justificar en la omnipresencia de Internet ("la red") en estos momentos de la vida social, profesional y personal de la ciudadanía, así como en los riesgos y oportunidades que ese mundo ofrece. Hay una pretendida conexión objetiva (aunque el preámbulo no incide sobre este punto) con "el dato como mercancía" de ese mundo digitalizado, pues al utilizarse como tal se puede producir una innegable afectación a los derechos fundamentales de la persona (o a determinados derechos fundamentales), aunque los derechos digitales se configuran en su mayor parte como medios de proteger los derechos fundamentales frente a una invasión digital que puede obstaculizar, preterir o, incluso, anular la arquitectura tradicional de los derechos fundamentales que tanto ha costado construir en los siglos pasados. La duda que sobrevuela a todo este nuevo marco de digitalización intensiva y de revolución tecnológica es si los derechos fundamentales de la persona saldrán bien parados de tales procesos o serán puestos en cuestión mediante un vaciamiento de su efectividad. Sobre este punto no cabe sino especular, pero algunas pistas no contienen predicciones muy halagüeñas precisamente.

## II.- SISTEMA INSTITUCIONAL Y DE GESTIÓN DE PROTECCIÓN DE DATOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (RGPD/LOPDGDD)

## 1.- Introducción

---

El nuevo modelo de Protección de Datos que se prevé en el binomio normativo RGPD/LOPDGDD se asienta, tal como se viene reiterando, sobre la *responsabilidad proactiva*, lo que tiene especiales consecuencias a la hora de articular el sistema institucional y de gestión de protección de datos en las Administraciones Públicas. Efectivamente, ese cambio de paradigma obliga a las organizaciones del sector público a *construir* un modelo de gestión que dé respuesta cabal a los hipotéticos riesgos que se puedan producir en un futuro inmediato o mediato, objetivo para el cual se debe repensar gradualmente el modelo organizativo y recomponer las piezas que sean necesarias para que este se articule efectivamente en la orientación y finalidad del RGPD/LOPDGDD.

Se pone, por tanto, el acento principalmente en hacer frente a "los riesgos de diversa probabilidad y gravedad para los derechos y libertades de las personas físicas" (artículo 24.1 RGPD) y, por tanto, en la adopción de determinadas medidas tales como, entre otras, la protección desde el diseño y por defecto, el análisis de riesgos y la evaluación de impacto que conlleva determinados tratamientos de datos personales, así como la adopción de códigos de conducta y mecanismos de certificación; es decir, el foco se sitúa en la anticipación y en la prevención, una suerte de garantía y aplicación de la política de cumplimiento (*compliance*) también en las organizaciones públicas.

Ni que decir tiene que, como también se viene reiterando, este enfoque de riesgos y preventivo implica un cambio de cultura organizativa frontal en lo que al tratamiento de datos respecta. Al menos impone una forma distinta de trabajar en todos los procesos, procedimientos y proyectos que impliquen tratar datos de forma masiva, que entrañen alto riesgo y aquellos otros que se encuadran en "categorías especiales" (datos sensibles). También supone articular de modo efectivo todas las piezas de ese nuevo modelo institucional y de gestión en las distintas organizaciones públicas, aspecto sobre el que se deberá trabajar de forma especial en los próximos tiempos.

Y es aquí donde se hallan los principales problemas para transitar correctamente de un modelo de protección de datos "reactivo" a otro "proactivo". La formación se torna ineludible y las políticas de sensibilización y es una herramienta o palanca de cambio o transformación imprescindible para ir introduciendo paulatinamente la nueva cultura de gestión en la protección de datos personales.

El tránsito será lento, también en el sector público. Se ha comenzado tarde y habrá que ajustar paulatinamente los distintos elementos de esa nueva arquitectura institucional y de gestión que deberá funcionar en un plazo razonable de forma armónica, sobre todo si, según se decía, se quiere que los datos personales y los derechos fundamentales de las personas físicas no sufran menoscabo alguno.

De hecho, ese nuevo sistema de gestión (que debería haber estado ya listo para funcionar con anterioridad al 25 de mayo de 2018), se ha demorado mucho en su puesta en marcha por la tardía aprobación de la LOPDGDD. En cualquier caso, no hay excusa, puesto que el RGPD se aprobó con un largo periodo que difería su aplicabilidad precisamente para garantizar su efectividad y llevar a cabo tal proceso de adaptación y su aplicabilidad era pleno desde la fecha indicada. Pero aún así todavía pesa mucho la cultura jurídica que vive apegada al BOE y sigue teniendo un peso relativo el Derecho de la Unión Europea hasta que diferentes pronunciamientos de los tribunales de justicia nos lo recuerdan, momento en el cual ya nada tiene remedio.

Y, para articular razonablemente, las diferentes piezas que gravitan en torno a la construcción de ese nuevo modelo institucional y de gestión de la protección de datos personales en el sector público, se deben tener presentes, aparte de los principios y derechos antes recogidos,

una serie de elementos organizativos e institucionales que tienden a configurar un nuevo Sistema de Gestión de la Protección de Datos en el Sector Público que se configura de los siguientes elementos básicos:

<b>Elementos Básicos del Sistema de Gestión de Protección de Datos</b>	<b>Ubicación sistemática en el RGPD</b>
Responsables/Encargados del tratamiento	Capítulo IV RGPD (artículos 24-29) Artículos 28, 29, 30, 33 y DTR 5ª LOPDGDD
Registro de las Actividades de tratamiento	Artículo 30 RGPD Artículo 31 LOPDGDD
Seguridad de los datos personales	Artículos 32-34 RGPD Artículo 32 LOPD
Análisis de Riesgos	Proceso previo, en su caso, a la evaluación de impacto (Artículo 24-25 y 35-36 RGPD y 28 LOPDGDD)
Evaluación de impacto relativa a la protección de datos	Artículos 35-36 RGPD
Delegado de Protección de Datos	Artículos 37-39 RGPD Artículos 34-37 LOPDGDD
Códigos de Conducta	Artículos 40-41 RGPD Artículo 38 LOPDGDD
Mecanismos de Certificación	Artículos 42-43 Artículo 39 LOPDGDD
Autoridades de Control (AEPD/ACPD)	Artículos 51-59 (especialmente) Títulos VII y VIII LOPDGDD
Régimen de Sanciones	Capítulo VIII RGPD Título IX LOPDGDD

El objeto, por tanto, de esta segunda parte no es otro que analizar brevemente y de forma descriptiva estos elementos que configuran la arquitectura básica del Sistema Institucional y de Gestión de la Protección de Datos en las organizaciones públicas, con la finalidad de que este análisis sirva como medio de activar la puesta en marcha de todas esas piezas de este complejo engranaje a la mayor brevedad por parte de las Administraciones Públicas y de sus entidades del sector público institucional, pero especialmente de las Administraciones locales que son el objeto central de estas líneas.

## ***2.- Responsables de tratamiento y Encargados de tratamiento: sus peculiaridades aplicativas en el ámbito del gobierno local.***

### ***Responsable de tratamiento***

El Considerando 78 RGPD comienza del siguiente modo: "La protección de los derechos y libertades de las personas físicas con respecto al tratamiento de datos personales exige la adopción de medidas técnicas y organizativas apropiadas con el fin de garantizar el cumplimiento de los requisitos del presente Reglamento". Asimismo, cabe tener en cuenta lo dispuesto en los Considerandos 79 y 81 del RGPD.

La puesta en marcha de esas medidas técnicas y organizativas apropiadas es una responsabilidad de una figura clave en el modelo de protección de datos, también en el sector público: el responsable del tratamiento. Y, además, compete a este responsable del tratamiento implantar los principios de protección de datos desde el diseño y por defecto. Este último aspecto es, sin duda, determinante del nuevo modelo, que se asienta en la prevención de riesgos en los tratamientos de datos de carácter personal actuales y futuros.

El responsable del tratamiento es quien determina, según la definición del artículo 4, los fines y medios del tratamiento. La regulación específica de la figura del responsable de tratamiento se halla en los artículos 24 a 27 RGPD, si bien el Reglamento está plagado de referencias permanentes a esta figura, que se transforma así en pieza clave para garantizar el perfecto cumplimiento de las obligaciones derivadas de la norma europea o del Derecho interno de los Estados miembros, así como en garante último de que se adoptarán las medidas técnicas y organizativas apropiadas para su adecuación a tal normativa. Esta idea se refleja perfectamente en el artículo 24.1 RGPD.

Por tanto, la aplicación de las medidas técnicas y organizativas que debe poner en marcha quien ejerza las funciones de responsable del tratamiento dependerán de la naturaleza, contexto y fines del tratamiento, pero especialmente (y aquí viene la dimensión preventiva articulada con la evolución futura de este problema) teniendo en cuenta *los riesgos de diversa probabilidad y gravedad para los derechos y libertades de las personas físicas*. Tal como expresa el artículo 24.3 RGPD la adhesión a códigos de conducta o mecanismos de certificación "podrán ser utilizados como elementos para demostrar el cumplimiento de las obligaciones por parte del responsable del tratamiento". Y sobre esta cuestión volveremos luego.

El artículo 25 RGPD, por su parte, recoge una de las ideas sustantivas del nuevo modelo centrado específicamente en la gestión de riesgos. Así, la protección de datos desde el diseño y por defecto es responsabilidad exclusiva del propio responsable del tratamiento, que deberá asimismo aplicar las medidas técnicas y organizativas apropiadas teniendo en cuenta lo establecido en el primer inciso de ese mismo precepto.

Por lo que respecta a la LOPDGDD, particular importancia tienen, por lo que afecta al nuevo modelo de gestión de protección de datos en el sector público (asentado en un enfoque de riesgos) las obligaciones generales del responsable y del encargado del tratamiento recogidas en el artículo 28, especialmente por lo que se refiere a los criterios para determinar los mayores riesgos en la adopción de las medidas organizativas y técnicas (artículos 24 y 25 RGPD; 28 LOPDGDD y legislación sectorial aplicable, en su caso). Esta regulación normativa sirve de complemento a la establecida en el RGPD. Así, para la adopción de medidas técnicas y organizativas por parte de los responsables y encargados del tratamiento, se tendrán en cuenta, en particular, los mayores riesgos que podrían producirse, entre otros (no es un listado exhaustivo) en una serie de supuestos, por ejemplo cuando el tratamiento:

- Pueda generar situaciones de discriminación, usurpación de identidad, fraude, pérdidas financieras, daño para la reputación, etc.
- Pueda privar a los afectados de derechos o libertades o impedirles el control de sus datos personales.
- Si afecta, siempre que el tratamiento no sea incidental o accesorio, a las categorías especiales de datos o a los datos de infracciones administrativas.
- Implique una evaluación de aspectos personales o cree o utilice perfiles personales
- Afecte a grupos en situación de vulnerabilidad o menores de edad, así como discapacitados
- Implique un tratamiento masivo por el número de afectados o la gran cantidad de datos personales.
- Fuesen a ser objeto de transferencia internacional.

- Y cualesquiera otros que, a juicio del responsable o del encargado pudieran tener relevancia y en particular aquellos previstos en códigos de conducta y estándares definidos por esquemas de certificación, lo que dota a estos mecanismos de un papel especialmente relevante en lo que afecta a esa política de enfoque de riesgos o de naturaleza preventiva.

Asimismo, la LOPDGDD reenvía en materia de "corresponsabilidad del tratamiento" (artículo 29) a lo establecido en el RGPD (artículo 26), con la única precisión que la determinación de las responsabilidades "se realizará atendiendo a las actividades que efectivamente desarrolle cada uno de los corresponsables del tratamiento".

En el ámbito local de gobierno la figura del responsable de tratamiento será habitualmente el Alcalde o Alcaldesa, salvo que tal atribución haya podido ser delegada en un miembro de su equipo de Gobierno o, asimismo, en la persona titular de un órgano directivo en los municipios de gran población. Esta caracterización de un órgano de naturaleza política como responsable del tratamiento (de cualquier tratamiento) no deja de ser una ficción jurídica, puesto que por regla general tales "responsables" desconocen cuáles son sus responsabilidades efectivas en esta materia y desplazan hacia la estructura funcional la necesidad de asesorar, cuando no redirigir, qué deben o no deben hacer tales "responsables". Este pésimo planteamiento conceptual del problema tal vez explique el motivo real de ese régimen sancionador blando que se ha adoptado en la LOPDGDD (artículo 77), pues al fin y a la postre se está reconociendo que no hay, en verdad, un responsable efectivo sobre el cuál pueda desplegarse la responsabilidad y, sobre todo, el régimen de sanciones, cuando se cometen errores evidentes o se incumplen las previsiones del RGPD/LOPDGDD. Da la impresión de que el desplazamiento de esas responsabilidades puede terminar recayendo en el personal funcionario, cuando así se inste por parte de la autoridad de control la puesta en marcha de un procedimiento sancionador, como luego se verá. En este marco de tanta incertidumbre sería razonable que las Administraciones Públicas regularán qué es responsabilidad de los responsables, cuál de los encargados y en qué medida deben asumir las consecuencias los funcionarios o empleados públicos. Los códigos de conducta pueden servir, en ausencia de normativa propia que regule esta materia, como medio de concreción de estas importantes cuestiones vagamente reguladas por el binomio RGPD/LOPDGDD (sobre todo por esta última).

### ***Encargado de protección de datos***

El Considerando 97 delimita a rasgos generales cuál es el papel y perfil que debe tener esta figura. Su regulación en el RGPD se encuentra recogida en los artículos 28 y 29, principalmente en el primero que resulta fundamental para concretar los criterios generales expuestos en el Considerando 97 sobre cuál es el régimen aplicable a la figura del encargado de tratamiento.

Dada la finalidad del RGPD de protección de los datos de carácter personal y, concretamente, de los derechos fundamentales de las personas físicas que se puedan ver afectados por tales tratamiento de datos, la norma europea introduce algunas novedades importantes en la regulación del encargado del tratamiento, con el objetivo de apuntalar el cumplimiento estricto del propio Reglamento, puesto que en las Administraciones Públicas tales datos en unas ocasiones serán tratados por encargados "internos", pero en no pocas de ellas por encargados "externos", mediante procedimientos de contratación pública, encomiendas de gestión, convenios u otros instrumentos jurídicos.

La regulación sustantiva de esa figura se lleva a cabo en el artículo 28 RGPD, del que se pueden destacar, entre otros, los siguientes aspectos:

- Cuando se vaya a realizar un tratamiento por cuenta de un responsable del tratamiento, éste elegirá únicamente un encargado que ofrezca garantías suficientes para aplicar

medidas técnicas y organizativas apropiadas, de manera que el tratamiento sea conforme con los requisitos del presente Reglamento y garantice la protección de los derechos del interesado.

- El encargado del tratamiento no podrá recurrir a otro encargado sin la autorización previa por escrito, específica o general, del responsable. Debiendo informar de todo cambio.
- El tratamiento por el encargado se regirá por un contrato o acto jurídico, que deberá estipular, en particular, una serie de exigencias que se detallan en el artículo 28.3 RGPD.
- Cuando un encargado recurra a otro para llevar a cabo determinadas actividades de tratamiento por cuenta del responsable, se le impondrán, también por contrato o acto jurídico, las mismas obligaciones de protección de datos estipuladas en el contrato o acto jurídico existentes entre el responsable y encargado principal (artículo 28.4)
- La adhesión a códigos de conducta o mecanismos de certificación podrá utilizarse como elemento para demostrar que se cumplen las garantías establecidas en ese artículo 28.1 a 4 RGPD.
- Y, en fin, se incorpora una importante cláusula de desplazamiento de la responsabilidad en determinados supuestos (artículo 28.10).

Por lo que afecta a la LOPDGDD, la figura del encargado del tratamiento se regula específicamente en el artículo 33, con una mención expresa a la proyección estructural de la figura en las Administraciones Públicas (33.4); esto es, podrán atribuirse las competencias propias de un encargado a un determinado órgano de la Administración mediante la adopción de un norma reguladora, lo que facilita la distinción estructural entre quien es responsable y quien deba asumir otras funciones diferenciadas que son las propias del encargado, acotando así el reparto de las responsabilidades de cada uno de ellos y cómo se deban depurar las responsabilidades que se puedan derivar en cada caso, tal como se señalaba anteriormente. Y, en relación con los contratos del encargado de tratamiento, cabe destacar la importante disposición transitoria quinta de la LOPDGDD, recogida ya en el RDL 5/2018, pero al que se le ha incorporado un párrafo nuevo (vigencia de los contratos hasta 2022, pero cualquiera de las partes podrá exigir la modificación).

Concretamente, las notas más relevantes de esta figura de encargado tal como aparecen recogidas en el artículo 33 de la LOPDGDD, son las siguientes:

- "El acceso por parte de un encargado de tratamiento a los datos personales que resulten necesarios para la prestación de un servicio al responsable no se considerará comunicación de datos" (33.1), siempre que se cumpla lo establecido en el RGPD y en la LOPDGDD.
- Tendrá la consideración de responsable del tratamiento y no la de encargado quien en su propio nombre y sin que conste que actúa por cuenta de otro, establezca relaciones con los afectados aun cuando exista un contrato o acto jurídico con el contenido fijado en el artículo 28.3 RGPD. Se exceptúan de esta regla los encargos efectuados en el marco de la legislación de contratación del sector público.
- "Tendrá asimismo la consideración de responsable del tratamiento quien figurando como encargado utilizase los datos para sus propias finalidades" (33.2, párrafo 2).
- El responsable del tratamiento determinará si, cuando finalice la prestación de los servicios del encargado, los datos de carácter personal deben ser destruidos, devueltos al responsable o entregados, en su caso, a un nuevo encargado. Se establece alguna excepción (33.3). No procederá la destrucción de los datos cuando una previsión legal obligue a su conservación (será obligación del responsable conservarlos).
- "El encargado del tratamiento podrá conservar, debidamente bloqueados, los datos en tanto pudieran derivarse responsabilidades de su relación con el responsable del tratamiento".

- Tal como señalábamos, el artículo 33.5 contiene esta importante previsión: "En el ámbito del sector público podrán atribuirse las competencias propias de un encargado del tratamiento a un determinado órgano de la Administración General del Estado, la Administración de las comunidades autónomas, las Entidades que integran la Administración Local o a los Organismos vinculados o dependientes de las mismas mediante la adopción de una norma reguladora de dichas competencias, que deberá incorporar el contenido exigido por el artículo 28.3 del Reglamento (UE) 2016/679".

### ***3.- Registro de las Actividades de tratamiento***

Se trata, sin duda, de una de las novedades más significativas del RGPD, que enlaza directamente con la filosofía que impregna el nuevo modelo de gestión de datos personales.

La creación u mantenimiento de un registro de actividades de tratamiento es una obligación que deben llevar a cabo necesariamente los responsables del tratamiento (o sus representantes) y los encargados del tratamiento (o sus representantes). Y sustituye la antigua obligación de notificar los ficheros y tratamientos a las autoridades de control. No es un registro de ficheros, sino de tratamientos.

El marco regulatorio de ese Registro de actividades viene establecido por el artículo 30 RGPD.

Cabe tener en cuenta que el artículo 31 LOPDGDD, que reenvía a lo establecido en el artículo 30 RGPD, regula también el Registro de Actividades de tratamiento. Y se añade que el Registro podrá organizarse en torno a conjuntos estructurados de datos, debiendo especificar, según sus finalidades, las actividades de tratamiento llevadas a cabo y las demás exigencias establecidas por el RGPD. Se deberá comunicar al DPD Las Administraciones Públicas y sus entidades del sector público institucional (con excepción de las sociedades mercantiles públicas) "harán público un inventario de sus actividades de tratamiento accesible por medios electrónicos en el que constará la información establecida en el artículo 30 RGPD" (artículo 31.2 LOPDGDD). A tal efecto, se debe resaltar que la disposición final undécima modifica la Ley 19/2013, de 9 de diciembre (LTAIBG), incorporando un artículo 6 bis, donde se establece precisamente que los sujetos enumerados en el artículo 77 de la LOPDGDD (Administraciones Públicas y entidades de su sector público, salvo empresas públicas), "publicarán su inventario de actividades de tratamiento en aplicación del artículo 31 de la citada Ley Orgánica".

Hay que tener en cuenta que estos Registros de Actividades de tratamiento del Responsable o del Encargado tienen distinta intensidad en cuanto a su contenido, tal como establecen los apartados 1 (Responsable) o 2 (Encargado) del artículo 30 RGPD:

<b><i>Responsables de tratamiento</i></b>	<b><i>Encargados de tratamiento</i></b>
Nombre y datos de contacto del responsable o de su representante	Nombre y datos de contacto del encargado o de su representante
Nombre y datos de contacto del DPD	Nombre y datos de contacto del DPD
Fines del tratamiento	Categorías de tratamientos
Categorías interesados y de datos personales	
Categorías destinatarios comunicaciones, incluidos destinatarios terceros países	
Transferencias internacionales tercer país	Transferencias internacionales tercer país
Plazos previstos supresión categorías	

datos	
Medidas técnicas y organizativas de seguridad: descripción general	Medidas técnicas y organizativas de seguridad: descripción general

#### ***4.- Seguridad de los datos personales***

---

En el RGPD la seguridad se vincula estrechamente con la protección de datos personales y con la salvaguarda de los derechos y libertades de las personas físicas. Este es un enfoque de seguridad diferente, pues tiende a formar parte de ese Sistema de Gestión de Datos Personales que deben activar todas las organizaciones públicas.

Las novedades que introduce el RGPD en este ámbito también son importantes, sobre todo por la naturaleza proactiva de los tratamientos y la necesidad de tener el enfoque de riesgos estrechamente vinculado con los sistemas de seguridad. Ello imprime un concepto de seguridad "dinámico" o "instantáneo", que depende del responsable del tratamiento. Este concepto de seguridad se debe enmarcar necesariamente en un contexto de revolución tecnológica que tendrá impactos potencialmente muy fuertes sobre el ámbito de los datos personales.

El marco regulatorio es muy preciso y se recoge en los artículos 32 y 33 del RGPD.

Por lo que respecta a la LOPDGDD cabe señalar expresamente lo establecido en la disposición adicional primera que recoge una importante regulación sobre las medidas de seguridad en el ámbito del sector público (mejor dicho a los responsables enumerados en el artículo 77.1 de esa misma ley orgánica), y que extiende su aplicabilidad también (medidas equivalentes) a las empresas (en este caso sí) y fundaciones vinculadas a las Administraciones matriz, así como en los casos en que un tercero preste servicios en régimen de concesión, encomienda de gestión o contrato (cuyas medidas de seguridad se corresponderán con las de la Administración de origen y se ajustarán al Esquema Nacional de Seguridad). Es curioso, por tanto, que si bien en materia de régimen sancionador las empresas públicas y fundaciones quedan extramuros del *régimen blando* previsto en la norma, en materia de seguridad se les incluya dentro del perímetro aplicativo, lo cual es una decisión adecuada por razones obvias. La aplicación correcta del Esquema Nacional de Seguridad, como se viene afirmando, es un presupuesto necesario para que el nuevo sistema de gestión de la protección de datos personales funcione adecuadamente en cualquier Administración Pública. El parentesco o imbricación de ambos planos es evidente, tal como se ha puesto de relieve por la mejor doctrina. Se trata también de una importante novedad del RGPD. Se regula en los artículos 33 y 34, ofreciendo un doble régimen jurídico de notificación o comunicación inmediata ("sin dilación indebida") por parte del responsable del tratamiento a la autoridad de control y a los interesados, respectivamente, en los casos de violación de seguridad que comporten pérdida, alteración o destrucción de datos.

Por lo que respecta a las violaciones del sistema de seguridad (Data Breach) cabe recordar lo siguiente. Hay, en esta materia, una obligación institucional doble por parte del responsable: por un lado, debe notificar a la autoridad de control, en el plazo estipulado y siempre que constituya un riesgo para los derechos y libertades de la persona física, de las violaciones que se produzcan en la seguridad (artículo 33 RGPD); y, por otro, deberá asimismo comunicar al interesado *las violaciones del sistema de seguridad que entrañen alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas*. El encargado lo debe poner de inmediato en conocimiento del responsable.

#### ***5.- Análisis de Riesgos***

---

El enfoque predominantemente "proactivo" del Sistema de Gestión de Datos Personales que se deriva del RGPD impone al responsable y encargado del tratamiento la exigencia de llevar a cabo con carácter previo un Análisis de Riesgos, al menos para descartar que deba de realizar una "Evaluación de Impacto relativa a la protección de datos" que se analiza en el siguiente epígrafe de esta Guía.

Esta cuestión está asimismo entrelazada con el Sistema de Seguridad que se implante, pues el análisis de riesgos debe formar parte de la propia evaluación del nivel de seguridad.

Y ello lo pone de relieve el artículo 32.2 RGPD de forma diáfana:

*"Al evaluar la adecuación del nivel de seguridad se tendrán particularmente en cuenta los riesgos que presente el tratamiento de protección de datos, en particular como consecuencia de la destrucción, pérdida o alteración accidental o ilícita de datos personales transmitidos, conservados o tratados de otra forma, o la comunicación o acceso no autorizado a dichos datos".*

El análisis de riesgos está por tanto imbricado con la seguridad y también con la prevención o anticipación, forma parte "existencial" por tanto del nuevo Sistema de Gestión de Datos Personales, también en el sector público.

## ***6.- Evaluación de Impacto sobre la Protección de Datos***

---

Conviene tener claro desde el inicio que una Evaluación de Impacto sobre la Protección de Datos (EIPD) no se requiere siempre. Por eso es importante llevar a cabo con carácter previo el Análisis de Riesgos (aunque en algunos casos, como se verá, no es necesaria esta fase si la EIPD es obligatoria).

El Análisis de Riesgos puede conducir perfectamente a que no existe riesgo alguno en el tratamiento o los riesgos que conlleva son de orden menor (fácilmente controlables), adoptando las medidas técnicas y organizativas necesarias para preservar la seguridad de los datos personales y su no afectación a los derechos y libertades de las personas físicas. En ese caso no hay que pasar a la EIPD.

El marco regulatorio de la EIPD está recogido en el importante artículo 35 RGPD. Y en el artículo 36 RGPD se recoge el trámite de "consulta previa" estrechamente relacionado con los tratamientos de alto riesgo.

## ***7.- El Delegado de Protección de Datos***

---

La figura del Delegado de Protección de Datos (DPD) es nueva, aunque tiene algunos precedentes que ahora no es necesario citar. Se inserta, como una pieza más e importante, en el nuevo Sistema Institucional y de Gestión de Datos Personales que se enmarca en esa política "proactiva", anticipatoria o preventiva por la que aboga el RGPD y la LOPDGDD.

Para las Administraciones Locales la nota más importante es la obligatoriedad que establece el RGPD: todas ellas deben disponer de un DPD. Realmente, esa exigencia, como tantas otras que se contienen en el RGPD, iban más dirigidas a las Administraciones Públicas de gran tamaño y a otras sectoriales donde los riesgos, el uso masivo y las categorías especiales en el tratamiento de datos personales son la moneda corriente. Pero la obligación normativa está ahí y, por tanto, ha de cumplirse.

Hay que insertar la figura del DPD en ese cambio de modelo de gestión de datos personales al que se viene haciendo referencia. Y hay que verlo como ventana de oportunidad, pues el DPD debería ayudar a ese proceso de transformación organizativa y al cambio en los tratamientos que el RGPD exige.

Esa transformación o tránsito de una cultura "reactiva" a otra "proactiva" no es fácil, menos aún en un sector público en el que el endurecimiento del régimen sancionador del RGPD se ve hasta cierto punto descafeinado, al descansar principalmente sobre "multas administrativas", que de momento no parece que se vayan a proyectar sobre los responsables o encargados del tratamiento en las Administraciones Públicas (según redacción del artículo 77.1 LOPDGDD).

En ese contexto, el DPD debe ser una palanca de transformación que haga posible la implantación de la cultura proactiva también en las instituciones públicas y, por lo que ahora interesa, en la Administración Local.

Pero, además, el DPD es importante que tenga conocimientos especializados y cualificación pertinente, pues es el punto de apoyo principal del responsable y encargado del tratamiento (esto es, quien les asesora), al efecto de cumplir debidamente las obligaciones del RGPD. Debería actuar, por tanto, como "cortafuegos" que impidiera incumplimientos. Especialmente importante es su papel en los procesos de Evaluación de Impacto.

Es en el considerando 97 dónde se dibujan las líneas maestras de esa nueva figura del DPD, que luego serán desarrolladas por los artículos 37 a 39 del RGPD, así como a través de referencias incidentales (algunas que ya se han visto) a lo largo del resto del articulado.

Cuatro son, por tanto, las ideas-fuerza que cabe resaltar del DPD según este Considerando 97:

- 1.- El DPD es un colaborador necesario, aunque también supervisor, del responsable o encargado del tratamiento en el sector público.
- 2.- Debe ser DPD una persona que acredite conocimientos especializados del Derecho y de la práctica de protección de datos.
- 3.- El DPD puede ser empleado público o ser provisto de forma externa.
- 3.- El DPD ejerce sus funciones y cometidos "de manera independiente"

Antes de adentrarnos en el análisis de la regulación normativa y en algunos aspectos operativos o prácticos que plantea a corto plazo esta figura, es conveniente delimitar su alcance en el ámbito de lo que hasta ahora indeterminadamente llamamos "sector público"

¿Qué cabe entender por "autoridad y organismo público" según el RGPD?

El RGPD utiliza *la expresión "autoridad y organismo público"* a la hora de atribuir la exigencia de crear necesariamente la figura del DPD.

¿Y qué cabe entender por "autoridad y organismo público" según el RGPD?

Esta es una noción que, como expuso el Grupo de Trabajo del Artículo 29 en el documento que seguidamente se cita (*Directrices sobre los delegados de protección de datos*), reenvía al Derecho interno de los Estados miembros.

Y, por tanto, debería ser la LOPDGDD la que precise su perímetro. De momento, la redacción que se ha dado al artículo 34 LOPDGDD no aclara qué entidades del sector público son las que están obligadas a disponer de esta figura del DPD.

Para resolver el problema se puede intentar acudir al artículo 77 LOPDGDD, donde se regula cuál es el "Régimen aplicable a determinadas categorías de responsables o encargados del tratamiento" (todas ellas, salvo un supuesto, aplicables a las Administraciones Públicas y a las entidades del sector público) que, por una razón de paralelismo, cabría estimar que son las entidades que sí tendrían la obligación de disponer de un DPD, por lo que cabe deducir que son las que el legislador orgánico ha considerado que se encuadrarían en esa noción que emplea el RGPD de "autoridades y organismos públicos". Por lo que afecta al ámbito local de gobierno, el perímetro de aplicación de tal régimen singular se proyectaría, así, sobre las siguientes entidades:

- Los entes que integran la Administración Local (Ayuntamientos, Veguerías o Diputaciones, Áreas Metropolitanas, Comarcas, Mancomunidades y Entidades Municipales Descentralizadas)
- Los organismos públicos y entidades de Derecho Público vinculadas o dependientes de la Administración Local (organismos autónomos y entidades públicas empresariales)
- Las fundaciones del sector público adscritas a entes locales.
- Los consorcios adscritos a un ente local.

Si se puede trasladar ese esquema institucional a las entidades que están obligadas a disponer de un DPD, ello supondría que las sociedades mercantiles de carácter público no tendrían esa obligación "ex RGPD" (salvo que ejerzan funcionalmente algunas de las actividades que se relatan para las entidades recogidas en el artículo 34.1 LOPDGDD, en cuyo caso deberán disponer de un DPD), pero que sí podría exigirseles en los mismo términos que a las empresas del sector privado cuando concurrieran las circunstancias previstas en el citado RGPD. Aunque ya hemos visto que la LOPDGDD no es muy coherente en ese trazado, pues no hay una justa correspondencia en el perímetro que fija el artículo 77.1 LOPDGDD en relación con el régimen sancionador y lo que establece la disposición adicional primera LOPDGDD, que sí incluye a las sociedades mercantiles de naturaleza pública dentro de la aplicación del Esquema Nacional de Seguridad y de las medidas allí recogidas.

Por tanto, no parece tener mucho sentido que se incluya a las Fundaciones y no a las sociedades mercantiles de capital público. Algunas de ellas llevan a cabo precisamente tratamiento de datos de forma extensa e intensa (piénsese, por ejemplo, en todas aquellas sociedades mercantiles de capital público que prestan servicios informáticos de apoyo a la entidad matriz). Por tanto, lo más recomendable es que, dado que también en aquellos supuestos en los que las entidades o empresas no tengan la obligación de dotarse de un DPD lo puedan hacer, las sociedades mercantiles designen también un DPD o, en su caso, de acuerdo con lo establecido en el artículo 37.2 RGPD, se valgan de aquel que haya sido designado por la Administración Pública a la que estén vinculadas.

La regulación de esta figura se recoge principalmente en los artículos 37 a 39 RGPD.

El artículo 37, dedicado a "la designación" del DPD, prevé los siguientes extremos:

- La designación es preceptiva en algunos casos: ¿Cuándo ha de designarse según el RGPD por el responsable del tratamiento preceptivamente un DPD? (artículo 37.1 RGPD) El caso de las autoridades y organismos públicos ya ha sido analizado. Lo que no impide que cualquier organización lo pueda designar voluntariamente o si así lo exige la legislación de un Estado miembro (artículo 37.4 RGPD)
- ¿Cuántos DPD puede haber?: Pretende dar respuesta a si cabe nombrar uno o varios DPD (por grupo de empresas o autoridad u organismo público, atendiendo a "su estructura organizativa y su tamaño" (artículo 37.2 y 3 RGPD)

- ¿Qué conocimientos o competencias deben acreditar?: Las exigencias profesionales y conocimientos que debe acreditar quien sea designado DPD, vinculadas a las funciones de la figura (artículo 37.5 en relación con artículo 39 RGPD)
- ¿Deben ser internos o externos? El DPD podrá formar parte de la plantilla o ser un externo a la organización (contratación de servicios) (artículo 37.6 RGPD)
- Publicidad del DPD: El responsable o encargado publicarán (presumiblemente en la Web o Portal de Transparencia) los datos de contacto del DPD y los comunicarán a la autoridad de control.

Por su parte, el artículo 38 tiene como objeto "la posición" del DPD en relación con el responsable o encargado del tratamiento:

- Colaborador necesario: Se prevé una garantía de participación del DPD en "todas las cuestiones relativas a la protección de datos personales" (artículo 38.1 RGPD).
- Recursos: Se le deben facilitar al DPD los recursos necesarios para el desempeño de sus funciones y para el mantenimiento de sus conocimientos especializados (formación) (artículo 38.2 RGPD)
- Estatuto "de independencia": Garantía de que no recibirá ninguna instrucción en lo que respecta al desempeño de sus funciones, no pudiendo ser destituido ni sancionado por su desempeño, y rindiendo cuentas al más alto nivel jerárquico de la organización (artículo 38.3 RGPD)
- Punto de contacto: Los interesados podrán ponerse en contacto con el DPD en todo lo relativo a sus datos personales y al ejercicio de sus derechos (artículo 38.4 RGPD).
- Confidencialidad: El DPD está obligado a mantener el secreto o confidencialidad por el desempeño de sus funciones (artículo 38.5 RGPD)
- DPD "a tiempo parcial": El DPD podrá desempeñar otras funciones siempre que no den lugar a conflictos de interés (artículo 38.6 RGPD)

Y, en fin, el artículo 39 RGPD define cuáles son, como mínimo, las funciones del DPD, vinculándolas todas ellas especialmente a "los riesgos asociados a las operaciones de tratamiento"(artículo 39.2 RGPD). A saber:

- Informar y asesorar al responsable o al encargado del tratamiento y a los empleados sobre las obligaciones del RGPD y del Derecho interno.
- Supervisar el cumplimiento del presente RGPD, promover su implantación en la organización e impulsar la formación.
- Ofrecer asesoramiento sobre la EIPD y supervisar su aplicación.
- Cooperar con la autoridad de control.
- Actuar como punto de contacto de la autoridad de control.

La regulación de la figura del DPD en la LOPDGDD la figura del Delegado de Protección de Datos reitera algunas de las características recogidas en el RGPD (artículos 37 a 39), pero con algunas exigencias adicionales. Veamos cuáles son sus rasgos más relevantes según la regulación que lleva a cabo la citada Ley Orgánica 3/2018:

- La obligación de designar un DPD por parte de las Administraciones Públicas se deriva del propio RGPD.
- Una vez designado, se establece la obligación de comunicación a la autoridad de control en el plazo de diez días el nombramiento y, en su caso, del cese del DPD (artículo 34.3)
- Se prevé, al igual que el RGPD, la dedicación a tiempo completo o parcial del DPD, en función del tipo de datos que se traten por cada organización (artículo 34.5)

- Tiene el DPD acceso a los datos personales y procesos de tratamiento, no pudiendo el responsable o encargado oponerse a este acceso invocando confidencialidad o secreto
- La "obtención de titulación universitaria" (la imprecisión de la norma es notable, pero parece referirse a postgrados o, en su caso, masteres y no propiamente a grados universitarios) se tendrá especialmente en cuenta para demostrar a través de mecanismos de certificación el cumplimiento de los requisitos del artículo 37.5 RGPD
- Se prevé, también en línea con el RGPD, la garantía, siempre que se trate de persona física, de no remoción y de independencia, evitando cualquier conflicto de intereses del DPD (Art. 36.2), lo que puede poner en duda algunos nombramientos en función del tipo de tareas que se desarrollen (dedicación parcial). Dicho de otra manera, la exigencia de que no haya conflictos de intereses (que aparecía reflejada en las *Directrices* sobre los delegados de protección de datos del Grupo del Artículo 29) se trasladan a la LOPDGDD como garantía de independencia y objetividad en el funcionamiento de tal figura, lo que desaconseja que se atribuya esa condición a puestos de trabajo que puedan tener tareas de informe jurídico o técnico relacionadas directa o indirectamente con la protección de datos personales, sobre todo en aquellos casos en los que la dedicación a tales funciones es parcial. Tal vez ello desaconseje que en el ámbito local de gobierno tales funciones de DPD se sitúen en el ámbito de la Secretaría o de la Secretaría-Intervención, por los hipotéticos conflictos de intereses que se pudieran producir.
- La facultad del DPD de inspeccionar los procedimientos relacionados con el objeto de la Ley y emitir recomendaciones (artículo 36)
- La facultad de documentar y comunicar a los órganos competentes la existencia de una vulneración relevante en materia de protección de datos.
- Y el régimen de intervención del DPD en los supuestos de reclamaciones ante las autoridades de control (artículo 37), donde se admite que el afectado pueda presentar una reclamación ante el DPD con carácter previo a la presentación de la reclamación ante la autoridad de control, incorporando una suerte de recurso potestativo de carácter administrativo que deberá resolver el órgano competente, pues difícilmente esa resolución la podrá emitir en DPD, menos aún si es una figura externalizada, pues se trataría del ejercicio de funciones de autoridad, aunque estos aspectos no se tratan en la LOPDGDD. Se refuerza así el papel del DPD como "punto de contacto" entre la ciudadanía (afectados) y la Administración Pública (responsable o encargado) que ha llevado a cabo el correspondiente tratamiento. También se prevé que la propia autoridad de control, una vez recibida una reclamación, dé traslado al DPD a efectos de que por parte de este se responda en el plazo de un mes a la citada reclamación. Si no hubiera DPD la autoridad de control podrá dirigirse al responsable o encargado del tratamiento (artículo 65.3 LOPDGDD).

## ***8.- Códigos de Conducta y Mecanismos de Certificación***

---

Se trata de dos instrumentos que entroncan perfectamente con el enfoque "proactivo" que imprime el RGPD. Tienen, por tanto, una orientación preventiva o anticipatoria. Esta es su verdadera esencia.

Asimismo, ambas son herramientas de carácter *dispositivo*, pero que, en el caso de los Códigos de Conducta, una vez asumidos por quienes se adhieran a los mismos tendrán carácter vinculante.

En cualquier caso, sin perjuicio de lo que se dirá, cabe presumir que la adhesión a tales códigos puede implicar la atenuación en sus caso de las responsabilidades derivadas por un tratamiento de datos incorrecto (el artículo 83.2 RGPD incluye, en efecto, la adhesión a códigos de conducta o mecanismos de certificación como circunstancias "a tener en cuenta" cuando de imposición de multas administrativas se trate), si bien cabe resaltar que a las Administraciones Públicas ni a sus responsables o encargados no se les imponen sanciones, tal como prevé el artículo 77 LOPDGDD). Aunque, en el supuesto de los mecanismos de certificación, expresamente se recoge la idea de que la certificación no limitará la responsabilidad del responsable o del encargado (artículo 43.4 RGPD). De ahí que se hablara anteriormente de una *política de compliance* atenuada trasladada a la protección de datos.

Esa impresión inicial puede desvanecerse si se analizan estas herramientas en el marco del conjunto de previsiones del RGPD.

En efecto, los rasgos del sistema preventivo y de cumplimiento son evidentes en ciertos pasajes del RGPD. Tal como prevén los artículos 24.3 y 28.5 RGPD, la adhesión a códigos de conducta o mecanismos de certificación "pueden ser utilizados como elementos para demostrar el cumplimiento" o la existencia de una serie de garantías, respectivamente, por parte del responsable o del encargado del tratamiento.

Asimismo, la adhesión a un Código de Conducta o a un mecanismo de certificación "podrá servir de elemento para demostrar el cumplimiento de los requisitos establecidos" (en materia de seguridad) en el artículo 32.1 RGPD (artículo 32.3 RGPD).

También el cumplimiento de los códigos de conducta "se tendrá debidamente en cuenta al evaluar las repercusiones de las operaciones de tratamiento realizadas por los responsables o encargados", en particular cuando se lleve a cabo una EIPD.

Por consiguiente, disponer de códigos de conducta y mecanismos de certificación es no solo adoptar una visión preventiva en línea con la finalidad del RGPD, *sino especialmente dotarse de una política de cumplimiento que salvaguarda la función del responsable o encargado del tratamiento de cualquier organización pública (Administración autonómica, así como en su sector público), también de la Administración Local.*

### **Regulación de los códigos de conducta:**

#### **a) En el RGPD:**

El RGPD regula en los artículos 40 a 43 los códigos de conducta y los mecanismos de certificación. A pesar de su carácter de libre adhesión, cabe constatar que algunas de tales previsiones no se aplican a "las autoridades y organismos públicos" (por tanto, a las Administraciones Públicas y a las entidades de su sector público).

El artículo 40.1 RGPD prevé una labor de promoción de los códigos de conducta que será llevada a cabo, por lo que ahora interesa, por las autoridades de control, en la que se tendrán en cuenta las características específicas de los distintos sectores de tratamiento. Los códigos de conducta están destinados a contribuir a la correcta aplicación del RGPD (artículo 40.1).

Por su parte, el artículo 40.2 se refiere a que "las asociaciones y otros organismos representativos de categorías de responsables o encargados de tratamiento *podrán* elaborar códigos de conducta". Como podría ser, por ejemplo, el caso de las asociaciones o federaciones de municipios o entes locales, en su caso.

La elaboración de tales códigos de conducta, así como su modificación o ampliación, tiene por objeto, entre otras, la aplicación de las siguientes cuestiones (artículo 40.2 RGPD):

- El tratamiento leal y transparente
- Los intereses legítimos perseguidos por los responsables del tratamiento en contextos específicos
- La recogida de datos personales
- La seudonimización de datos personales
- La información proporcionada al público y a los interesados
- La información proporcionada a los niños y la protección de estos, así como la manera de obtener el consentimiento de los titulares de la patria potestad o tutela sobre el niño
- Las medidas y procedimientos a que se refieren los artículos 24 y 25 y las medidas de seguridad del tratamiento a que se refiere el artículo 32
- La notificación de violaciones de la seguridad de datos personales a las autoridades de control y la comunicación de dichas violaciones a los interesados
- La transferencia de datos personales a terceros países
- (...)

De esas circunstancias descritas se puede advertir cuál puede ser el contenido orientativo de un código de conducta en esta materia.

Es importante, asimismo, tener en cuenta que tales asociaciones y cualesquiera otro organismos que promuevan esos códigos de conducta deben presentar el proyecto de código ante la autoridad de control para que por parte de esta se dictamine si es conforme al RGPD y proceda a aprobar tal código "si considera suficiente las garantías adecuadas ofrecidas". Por parte de la autoridad de control se registrará y publicará tal código (artículo 40.5 y 6 RGPD).

Cabe también tener en cuenta (y este es un punto muy importante por lo que afecta al sector público) que el artículo 41 RGPD ("Supervisión de los códigos de conducta aprobados"), así como por conexión el artículo 40. 4 del RGPD, no se aplicarán a los tratamientos realizados por autoridades y organismos públicos (artículo 41.6 RGPD: "El presente artículo no se aplicará al tratamiento realizado por autoridades y organismos públicos")

### ***b) En la LOPDGDD***

La regulación de los códigos de conducta en la LOPDGDD se contiene en su artículo 38 y tiene, por lo que a la Administración Pública o Local interesa, los siguientes rasgos:

- Los códigos de conducta serán vinculantes por quienes se adhieran a los mismos 38.1).
- Podrán promoverse por asociaciones y organismos, pero también por los responsables o encargados a los que se refiere el artículo 77.1 LOPD. Por tanto, por los responsables o encargados de cualquier Administración Pública, ente local, organismo público, consorcio o fundación puede promover la elaboración y aprobación de tales códigos de conducta (38.2).
- Ante la inaplicación al sector público (autoridades y organismos públicos) del artículo 41 RGPD (organismos o entidades de supervisión), el artículo 38.2, párrafos segundo a cuarto, no se aplicaría tampoco a tales entidades públicas, con lo que tendría plena aplicación en materia de reclamaciones previas de carácter potestativo o de reenvío por las autoridades de control lo previsto en el artículo 37 LOPDGDD.
- Los códigos serán aprobados por las autoridades de control competentes en cada caso (38.3)
- Las autoridades de control someterán los proyectos de código de conducta al mecanismo de coherencia establecido en el artículo 63 RGPD, en relación con lo previsto en el artículo 40.7 RPD (38.4).

- La Agencia Española de Protección de Datos y las autoridades autonómicas de protección de datos mantendrán un registro conjunto de los códigos de conducta aprobados (38.5)
- Por Real Decreto se establecerá el contenido del registro y las especialidades del procedimiento de aprobación de los códigos de conducta (38.6).

Por consiguiente, en lo que afecta a códigos de conducta, las Administraciones y entidades del sector público, tendrían una serie de modulaciones en lo que respecta exclusivamente a las funciones de supervisión y resolución extrajudicial de conflictos que aparecen reguladas en el artículo 41 del RGPD, pero que se detallan, por lo que respecta a que tales organismos o entidades de supervisión conocieran de las reclamaciones previas, pues este procedimiento específico no es aplicable a las Administraciones Públicas, de conformidad con lo establecido en el artículo 3º LOPDGDD, de conformidad con el reiterado artículo 41 RGPD.

### ***Regulación de mecanismos de certificación***

#### ***En el RGPD***

Los artículos 42 y 43 RGPD regulan los mecanismos y organismos de certificación.

En el artículo 42.1 también se recoge una labor de "promoción" que debe ser ejercida entre otros por los Estados miembros y las autoridades de control con la finalidad de crear mecanismos de certificación en materia de protección de datos y sellos y marcas de protección de datos. El objetivo de tales instrumentos es siempre "demostrar el cumplimiento de lo dispuestos en el presente Reglamento en las operaciones de tratamiento de los responsables y los encargados"

Los mecanismos de certificación (sellos o marcas) tienen como finalidad principal demostrar que, por parte de los responsables y encargados del tratamiento, se cumple el RGPD. Tienden, por tanto, a salvaguardar la actuación de responsables y encargados. De ahí la importancia de dotarse de ellos.

Las líneas básicas de esa regulación son las siguientes:

- La certificación será voluntaria y estará disponible a través de un proceso transparente (artículo 42.3 RGPD).
- La certificación no limitará la responsabilidad del responsable o encargado del tratamiento en cuanto al cumplimiento del presente Reglamento (artículo 42.4 RGPD)
- Será expedida por los organismos de certificación regulados en el artículo 43 RGPD o por la autoridad de control competente, sobre la base de criterios aprobados por dicha autoridad en los términos establecidos en el artículo 42 RGPD.
- Obligación de los responsables y encargados del tratamiento de proveer toda la información necesaria para llevar a cabo el procedimiento de certificación.
- La certificación será expedida al responsable o encargado del tratamiento por un período máximo de tres años, renovables en las condiciones expuestas (artículo 42.6 RGPD)

#### ***En la LOPDGDD***

El artículo 39 LOPDGDD confiere la competencia para llevar a cabo la acreditación de las instituciones de certificación a la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC), que será la que comunique a las autoridades de control respectivas las concesiones, denegaciones o revocaciones de las acreditaciones, así como su motivación.

Se ha de tener asimismo en cuenta la disposición transitoria segunda del LOPDGDD en relación con los Códigos tipo inscritos en las autoridades de protección de datos de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre: Adaptación de su contenido al artículo 40 RGPD en el plazo de un año.

### ***9.- Autoridades de control independientes: Idea general***

---

No cabe duda que la correcta implantación del RGPD y de la LOPDGDD, también en los distintos niveles de gobierno (y, en particular, en la Administración Local) requiere de esa pieza institucional imprescindible que son las autoridades de control.

No es objeto de este trabajo analizar el papel y funciones de tales autoridades de control, a las que el RGPD y la propia LOPDGDD dedican un buen espacio regulador.

En estas páginas solo interesa destacar cuál es la finalidad de tales autoridades de control, y poner de relieve algunos de sus elementos más relevantes, pues se trata sin duda, del mecanismo de cierre para que el nuevo Sistema Institucional y de Gestión de Protección de Datos de las Administraciones Locales funcione adecuadamente.

Bajo este punto de vista es oportuno resaltar que la finalidad principal de las autoridades de control no es otra que la protección de las personas físicas con respecto al tratamiento de datos de carácter personal.

Esta es una idea que se recoge perfectamente en el Considerando 117 y en otros sucesivos (por ejemplo, en el Considerando 123 donde se añade a la finalidad anterior la de "facilitar la libre circulación de los datos personales en el mercado interior"). En el ejercicio de esas funciones "deben supervisar la aplicación de las disposiciones adoptadas de conformidad con el presente Reglamento y contribuir a su aplicación coherente en toda la Unión".

No interesa abordar aquí las cuestiones relativas a la posición institucional de estas autoridades de control ni tampoco a la existencia de varias autoridades de control o a la designación, en este caso, de una autoridad de control que ejerza como "punto de contacto único" (Considerando 117). Pero sí puede ser oportuno resaltar que los amplios cometidos funcionales que el RGPD encomienda a tales autoridades de control implicarán necesariamente un refuerzo de recursos financieros y humanos, que no parece ser muy viable en época de contención fiscal.

### ***Regulación de las autoridades de control en el RGPD***

La regulación de las autoridades de control en el RGPD está contenida en su Capítulo VI. Este Capítulo se estructura en diferentes secciones que abordan, entre otros, los siguientes ámbitos materiales:

- o Designación de una o varias autoridades por Estado
- o Estatuto de independencia de tales autoridades (ajenos a toda influencia externa, ya sea directa o indirecta y no admitirán ninguna instrucción) (artículo 52 RGPD)
- o Condiciones aplicables a los miembros de las autoridades de control y normas relativas al establecimiento de la autoridad de control. (artículos 53 y 54 RGPD)
- o Competencias de la autoridad principal de control (artículos 55 y 56 RGPD)
- o Funciones es el aspecto más importante a nuestros efectos y se trata de forma singularizada (artículo 57 RGPD)
- o Poderes, que se desdoblán en poderes de investigación, correctivos o de autorización y consultivos (artículo 58 RGPD).
- o Informe de actividad (artículo 59 RGPD)

Se pueden identificar, a tal efecto, algunas funciones de esas autoridades de control en relación con las Administraciones Públicas y, con lo que ahora interesa, con las Administraciones Locales, a saber:

- Controlar la aplicación del presente Reglamento y hacerlo aplicar.
- Asesorar a las instituciones sobre las medidas administrativas a adoptar para la protección de los derechos y libertades con respecto a los tratamiento de datos.
- Promover la sensibilización de los responsable y encargados del tratamiento sobre sus obligaciones derivadas del presente Reglamento.
- Tratar las reclamaciones presentadas.
- Llevar a cabo investigaciones sobre aplicación del presente Reglamento.
- Adoptar cláusulas contractuales tipo
- Elaborar lista relativa al requisito de Evaluación de Impacto.
- Ofrecer asesoramiento sobre operaciones de tratamiento.
- Alentar la elaboración de códigos de conducta, dictaminar y aprobarlos.
- Fomentar la creación de mecanismos de certificación de la protección de datos y aprobar los criterios de certificación.
- (El desempeño de las funciones de la autoridad de control será gratuito para el interesado y para el delegado de protección de datos; salvo las excepciones tasadas en la norma (artículo 57.4 RGPD).

Por lo que respecta a la determinación de algunos *poderes correctivos* de tales autoridades de control, se pueden citar, entre otros, los siguientes:

- Sancionar a todo responsable o encargado del tratamiento con una advertencia.
- Sancionar a todo responsable o encargado del tratamiento con un apercibimiento
- Ordenar al responsable o encargado del tratamiento que atiendan las solicitudes de ejercicio de los derechos del interesado en virtud del RGPD
- Ordenar al responsable o encargado del tratamiento que las operaciones de tratamiento se ajusten al RGPD
- Ordenar al responsable de tratamiento que comunique las violaciones de la seguridad de los datos personales.
- Imponer una limitación temporal o definitiva del tratamiento, incluida su prohibición.
- Ordenar la rectificación o supresión de datos personales o la limitación de tratamiento.
- Retirar una certificación
- Imponer una multa administrativa (ver régimen singular entidades sector público)

Hay que tener en cuenta que esos poderes correctivos se modulan convenientemente por lo que respecta a las Administraciones Públicas y (a la mayor parte) de las entidades del sector público (salvo las empresas públicas), de acuerdo con lo establecido en el artículo 77 LOPDGDD, como seguidamente veremos.

### ***Regulación de las autoridades de control en la LOPDGDD***

El Título VII de la LOPDGDD regula exhaustivamente las Autoridades de protección de datos. Por su parte, el título VIII establece las reglas aplicables al procedimiento en caso de posible vulneración de la normativa de protección de datos. Asimismo, se deben tener en cuenta las previsiones recogidas en la disposición adicional vigésima y en las transitorias primera y tercera.

No puede ser objeto de este trabajo un análisis detenido de tales previsiones. Por tanto, solo se dará noticia puntual de algunos de los puntos de esa propuesta normativa a efectos de pura

información y obviamente de aquellos que puedan afectar con mayor intensidad a las entidades locales.

Algunos aspectos de interés de esa regulación del título VII a efectos del presente trabajo serían los siguientes:

- o En el Capítulo I, relativo a la Agencia de Española de Protección de Datos, conviene resaltar lo siguiente:
  - o La creación de la figura de un Adjunto, en quien la dirección podrá delegar sus funciones y que, dado el sistema de nombramiento y la necesaria ratificación (al igual que la Dirección) por mayoría de 3/5 de los miembros de la Comisión de Justicia en primera votación o de mayoría absoluta en la segunda, se prestará a un "cambio de cromos" entre aquellas fuerzas políticas que sumen tal mayoría absoluta, repartiéndose los dos puestos (artículo 48).
  - o Se modifica la composición del Consejo Consultivo de la Agencia (artículo 49)
  - o En cuanto a publicidad, serán públicas las resoluciones de la Presidencia que sanciones con apercibimiento a las entidades a que se refiere el artículo 77.1 de esta ley orgánica (artículo 50).
  - o En el ámbito de las potestades de investigación y planes de auditoria preventiva hay que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 51 sobre ámbito de la investigación y personal competente para llevarla a cabo.
  - o Igualmente es importante el deber de colaboración de las Administraciones Públicas establecido en el artículo 52.
  - o Hay unas importantes reglas sobre el alcance de la investigación (artículo 53)
  - o Las potestades de regulación ("disposiciones que fijen los criterios a los que responderá la actuación de esta autoridad") a través de "Circulares de la Agencia Española de Protección de Datos"
  - o O las funciones relacionadas con la Acción exterior.
- o En el Capítulo II relativo a las Autoridades autonómicas de protección de datos, se contienen algunas previsiones importantes en el ámbito autonómico, foral y local.
  - o Por ejemplo, algunas de ellas vinculadas con el ejercicio que a tales autoridades de control se les reconoce de las funciones establecidas en los artículos 57 y 58 RGPD, cuando se refieran a:
    - Tratamientos de los que sean responsable las entidades integrantes del sector público de la correspondiente Comunidad Autónoma de las Entidades Locales incluidas en su ámbito territorial o quienes presten servicios a través de cualquier forma de gestión directa o indirecta.
    - Tratamientos llevados a cabo por personas físicas o jurídicas para el ejercicio de las funciones públicas en materias que sean competencia de la correspondiente Administración Autonómico o Local.
  - o Asimismo, las autoridades autonómicas de control podrán dictar, en relación con los tratamientos sometidos a su competencia, circulares con el alcance y los efectos establecidos para la AEPD en el artículo 55 de la LOPDGDD.
- o Cabe presumir igualmente que la normativa reguladora de las Autoridades de control de las Comunidades Autónomas deberán adaptarse a lo establecido en el RGPD.

Por su parte, el Título VII regula el procedimiento en caso de posible vulneración de la normativa de protección de datos, en el que se incorporan muchas de las previsiones recogidas en el Real Decreto-Ley 5/2018, antes citado. Y, entre otras muchas cuestiones que ahora no procede analizar, se encontraría el reconocimiento de la facultad de la AEPD, "antes de resolver sobre la admisión a trámite de la reclamación, de remitir tal reclamación a l DPD a los efectos previstos en los artículos 37 y 38.2 de la LOPDGDD (artículo 65.4). Si no se hubiera designado DPD, será el responsable o

encargado del tratamiento quien deberá dar respuesta a la reclamación en el plazo de un mes.

### **10.- Régimen de responsabilidades y sanciones: Idea general. Aplicación al Sector Público**

---

Uno de los pilares de esta nueva regulación europea en materia de protección de datos personales era dotar a la normativa (y, en particular, a las autoridades de control) de "poderes coercitivos más contundentes" con el fin de proteger los derechos y libertades de las personas físicas como consecuencia de los tratamientos de datos personales. Detrás de todo ello está, sin duda, el avance imparable de la revolución tecnológica y el poder cuasi absoluto de las empresas de ese mismo ámbito que despliegan su actividad con el manejo y cruce de toda la información recuperada a través de los motores de búsqueda, de las redes sociales o de los correos electrónicos. Es algo muy conocido, más todo lo que esté por llegar en un escenario plagado de fuertes incertidumbres (Ver: Epílogo).

Con esa finalidad de fortalecer la aplicabilidad del nuevo marco normativo en esta materia, no quedaba otra opción que hacer el necesario hincapié en el poder sancionador. Y eso es algo que se recoge en los Considerandos 149 y siguientes del RGPD.

En todo caso, como anuncia el título del presente epígrafe, la pretensión de estas líneas es solo dar una idea general de esta problemática, entre otras cosas porque su aplicabilidad a las entidades del sector público se ve mediatizada por la regulación que se prevé en la LOPDGDD, dónde –a pesar del cambio cualitativo que implica el RGPD- en el ámbito sancionador se sigue el viejo patrón de la LOPD de 1999, con algunos matices.

Y, en este punto, por lo que ahora interesa solo cabe hacer mención a la previsión establecida en el artículo 83.7 del RGPD, que a tal efecto expone: "*Sin perjuicio de los poderes correctivos de las autoridades de control en virtud del artículo 58, apartado 2, cada Estado miembro podrá establecer normas sobre si se puede, y en qué medida, imponer multas administrativas a autoridades y organismos públicos establecidos en dicho Estado miembro*".

El Título IX del LOPDGDD trata del Régimen sancionador. Y muy brevemente nos interesa hacer mención a la previsión recogida en el artículo 77 LOPDGDD, puesto que tal regulación representa un régimen sancionador absolutamente *blando* en comparación con el que se prevé para el sector privado, lo que da a entender una suerte de blindaje de la clase política (no en vano esta ocupa, como altos cargos o asimilados, la condición de *responsables del tratamiento* en las Administraciones Públicas y en las entidades de su sector público) frente al endurecimiento del régimen sancionador que, con carácter general, impuso el RGPD.

El "régimen aplicable a determinadas categorías de responsables o encargados del tratamiento", locución que esconde denominar a las cosas por su nombre (esto es, excepcionar o singularizar mediante una "rebaja" la aplicación del régimen sancionador para los responsables y encargados de la Administración Pública y de sus entidades del sector público (salvo empresas públicas), se recoge en el importante artículo 77 LOPDGDD.

Por lo que ahora importa, las novedades más destacables de esa regulación (que en buena medida sigue los pasos, con algunas variaciones, de la recogida en el derogado artículo 46 de la LOPD 15/1999. En efecto, se ha implantado de nuevo ) un *régimen light* en materia de régimen sancionador aplicable al sector público (aunque el contexto normativo es radicalmente distinto, muy exigente para el resto y blando para el sector público). Nada

hubiese impedido, sin embargo, aplicar un régimen de sanciones singular o específico a los responsables o encargados del tratamiento, así como al personal al servicio de las Administraciones Públicas, tipificando las sanciones que se pueden imponer en ese caso, que bien podrían ser individualizadas (al menos para los responsables y encargados), tal como se ha hecho en la normativa de transparencia que han aprobado diferentes Comunidades Autónomas, lo cual no deja de ser paradójico que cuando está en juego un derecho fundamental como la protección de datos personales se persiga con menos intensidad que cuando se trata de un derecho de configuración legal (al menos de momento) como es el de derecho de acceso a la información pública o de la propia transparencia. Este *régimen blando en materia sancionadora* se caracteriza por los siguientes elementos:

- El ámbito de aplicación de ese régimen se extiende a todas las Administraciones Públicas, organismos públicos, fundaciones y consorcios, así como (blindaje político puro) a los grupos parlamentarios y a los grupos políticos locales. Pero no, adviértase, a las sociedades mercantiles vinculadas a la Administración matriz, a las que se les aplicaría el régimen general de sanciones del RGPD y de la LOPDGDD.
- Si el responsable o encargado cometieran alguna infracción sería sancionado con *apercibimiento* y adopción, en su caso, de las medidas pertinentes. La notificación se trasladará también a los interesados.
- La autoridad de control "propondrá" (atentos a la fórmula verbal) también la iniciación de actuaciones disciplinarias cuando existan indicios suficientes para ello, que se tramitarán según la normativa sancionadora aplicable.
- En cualquier caso, si la infracción es imputable a una autoridad o directivo, y se acredita que se apartaron de los informes técnicos o recomendaciones sobre el tratamiento (la figura del DPD, emerge), "en la resolución en la que se imponga la sanción se incluirá una amonestación con denominación del cargo responsable y se ordenará su publicación en el Boletín Oficial del Estado o autonómico que corresponda". Nada se dice de publicarlo también como exigencia de publicidad activa en el Portal de Transparencia o en la página Web de la entidad pública a la que pertenezca, en su caso, el responsable o encargado del tratamiento.
- Asimismo, se deberán comunicar a la autoridad de protección de datos las resoluciones que recaigan en relación con las medidas y actuaciones (las de carácter disciplinario o sancionador y cualesquiera otras) a que se refieran los apartados anteriores.
- También se deben comunicar al Defensor del Pueblo e instituciones autonómicas análogas las actuaciones realizadas y las resoluciones dictadas al amparo de lo previsto en el artículo 77 LOPDGDD
- Si la autoridad competente es la Agencia Española de Protección de Datos se procederá a publicar la resolución referida en el artículo 77.1 LOPDGDD, "*con expresa indicación de la identidad del responsable o encargado del tratamiento que hubiera cometido la infracción*". Si la competencia es de la autoridad autonómica de protección de datos, se estará en cuanto a publicidad a lo que disponga su normativa específica. Aplazamiento, por tanto, del tema, mientras se aprueban las leyes autonómicas respectivas (de Cataluña y del País Vasco, así como, en su caso, de Andalucía).

## BREVES CONCLUSIONES

El binomio normativo RGPD/LOPDGDD representa, por tanto, un cambio de paradigma en el modo y manera de entender el tratamiento de los datos personales, también en el sector

público. Y ello implica, cuando menos, tener en cuenta una serie de elementos en ese proceso de implantación ineludible del modelo pergeñado por el Derecho de la Unión Europea (RGPD) y su desarrollo por la LOPDGDD. Sucintamente serían los siguientes:

1.- La citada normativa, a pesar de tener un carácter general e imprimir algunas singularidades e inclusive menores exigencias para el sector público (en materia de régimen sancionador, por ejemplo) impacta particularmente en las Administraciones Públicas y en las entidades de su sector público institucional, por lo que las entidades locales deberán tenerla especialmente en cuenta, con las implicaciones que ello comporta de cambio de modelo de gestión de la protección de datos personales.

2.- Hay, a lo largo del RGPD y de la propia LOPDGDD un conjunto de obligaciones que las Administraciones Públicas y, particularmente, las entidades locales, deberán cumplir. El papel de las autoridades de control en la exigencia del cumplimiento de tales obligaciones será, sin duda, muy importante, aunque –como se ha reiterado– se ha impuesto en la LOPDGDD un régimen de sanciones “blando” para el sector público, lo que puede conducir a un relajamiento no solo en la puesta en marcha de las innovaciones del binomio normativo expuesto, sino sobre todo (lo que es más preocupante) en la aplicación efectiva de tales obligaciones normativas, algo que puede llegar a poner en peligro en determinados casos la protección de los derechos fundamentales de las personas físicas por actuaciones poco diligentes del sector público.

3.- El proceso de adaptación efectiva de la normativa citada (RGPD/LOPDGDD) va a ser presumiblemente largo por lo que afecta a su puesta en marcha por las Administraciones Públicas, pues el cambio de modelo de un sistema de “control de cumplimiento” a otro de “responsabilidad proactiva” será complejo, por las dificultades intrínsecas que ello comporta y por los recursos técnicos, económicos y personales que han de poner en circulación las Administraciones Públicas y las entidades del sector público.

4.- Todo ello comporta inevitablemente un cambio de cultura organizativa que implica muchas transformaciones en las organizaciones públicas. A modo de ejemplo se pueden citar las siguientes:

- La adopción real del rol de responsable del tratamiento en el sector público, algo que se ve tremendamente dificultado por la habitual consideración de responsable de tratamiento a órganos de extracción política sin competencias ni conocimientos efectivos en estas materias (especialmente, aunque no solo en el ámbito local de gobierno) y que, por lo común, ni conocen realmente de la materia y de sus implicaciones ni frecuentemente entra en su orden de prioridades más inmediato, a lo que se une ese sistema de sanciones blandas, de las que solo la publicación de los incumplimientos puede actuar como elemento de disuasión de conductas poco diligentes o indiferentes hacia los tratamientos de datos en sus respectivas organizaciones.
- La diferenciación efectiva del papel del responsable y la del encargado, asumiendo el primero su rol efectivo y reordenando estructuralmente las organizaciones (al menos de cierta complejidad o tamaño) con el fin de que ambas funciones se delimiten en cuanto a su estructura o sus papeles. Las directrices y vigilancia efectiva del encargado se tornan necesarias en el nuevo modelo, así como la elección precisa de este último en función de sus cualificaciones profesionales.
- La puesta en marcha del Registro de actividades de tratamiento es, sin duda, una de las primeras piezas de puesta en marcha del modelo, aparte de que se deben cumplimentar las exigencias de publicidad activa previstas en la LTAIBG, reformada a tal efecto.

- Las medidas de seguridad se tornan asimismo estrictamente necesarias en un modelo de enfoque de riesgos y, por consiguiente, se debe articular el sistema de seguridad (Esquema Nacional de Seguridad) de cada Administración Pública con el contexto de aplicación del binomio normativo RGPD/LOPDGDD en lo que a protección de datos respecta.
- El análisis de riesgo y la adopción de las medidas técnicas y organizativas necesarias para paliar el riesgo en cualquier impacto sobre el tratamiento de datos personales es, asimismo, un elemento sustantivo del modelo, al igual que la evaluación de impacto relativa a la protección de datos cuando ella sea necesaria. En ambos casos el responsable y encargado del tratamiento tienen como punto de apoyo el asesoramiento de la figura del Delegado de Protección de Datos.
- La designación, por tanto, de un Delegado de Protección de Datos es, asimismo, un paso necesario para la puesta en marcha efectiva del modelo de gestión de protección de datos inspirado en un enfoque de riesgos. Se debe acertar en quién se designa y que disponga de las competencias técnicas necesarias para el cumplimiento de las atribuciones que tiene tan importante figura, así como garantizarle un estatuto de independencia y autonomía funcional, sin entorpecer en ningún caso su labor.
- En ese contexto los códigos de conducta y los mecanismos de certificación son dos herramientas de carácter dispositivo, pero de indudable importancia, que se enmarcan en esa *política de compliance* que dibuja tanto el RGPD como la LOPDGDD. Si bien es cierto que en el ámbito del sector público algunos de los mecanismos previstos en el RGPD no se aplican (artículo 41), no lo es menos que las Administraciones Públicas y las entidades del sector público pueden disponer de tales herramientas para salvaguardar mejor el cumplimiento efectivo de ese cambio de paradigma que se debe producir en el tratamiento de datos personales (enfoque de "responsabilidad proactiva"; artículo 5.2 RGPD). En cualquier caso, las Administraciones Públicas y entidades del sector público deberían dotarse de tales instrumentos con la finalidad de implantar de modo más efectivo ese nuevo modelo de gestión, aunque los incentivos o castigos (sanciones) sean, sobre todo, en este último caso, menores, por la aprobación de un régimen sancionador blando para la inmensa mayoría de las entidades públicas (artículo 77 LOPDGDD).
- El papel de las autoridades de control, también en el ámbito público, es determinante. Y en ese caso, inclusive, se puede decir que más, puesto que al no tener "la espada de Damocles" de fuertes sanciones oscilando por la cabeza, los responsables y encargados del tratamiento en el sector público pudieran estar tentados de caer en un cierto relajamiento o autocomplacencia. Deberán ser, por tanto, muy exigentes las autoridades de control en el cumplimiento real de las obligaciones que este nuevo marco normativo impone a las Administraciones Públicas y a las entidades del sector público, con la finalidad sobre todo de salvaguardar la protección de los datos personales y de los derechos fundamentales de las personas físicas cuando los datos sean tratados por el sector público, pues sus poderes sancionadores en este caso (aun de cierta relevancia) están muy disminuidos en relación con el que ostentan en relación al sector privado. Tendrán, por tanto, que utilizar de forma inteligente otras facultades correctivas y recursos que les ofrece la actual normativa. Un papel, sin duda, nuclear para el éxito o fracaso del nuevo modelo en el sector público.
- Y, en fin, el régimen sancionador que se ha impuesto en la LOPDGDD para las Administraciones Públicas y entidades del sector público (salvo por lo que respecta a las empresas públicas) es sencillamente poco incisivo para garantizar de estas el estricto cumplimiento de las exigencias normativas. Se podría haber sido mucho más creativo. No se trata de multar a las organizaciones públicas (algo complejo de defender en un sistema de Hacienda Pública) sino de depurar responsabilidades individuales, también de los responsables, cuando no de los encargados del tratamiento. Da la impresión de que será más fácil incoar expedientes sancionadores a los funcionarios o empleados

públicos por incumplimiento de sus obligaciones (acudiendo al procedimiento disciplinario general) que a los propios responsables (por lo común, cuyos titulares son cargos de designación política), pues en estos últimos no hay procedimiento sancionador previsto en lo que afecta a tipificación de infracciones ni tampoco a la determinación de sanciones. La única medida de disuasión, como decíamos, es la publicidad del responsable que haya cometido la infracción, pero que solo es personalizada de momento en aquellos procedimientos que incoe la Agencia Española de Protección de Datos. De todos modos, sorprende sobremanera las enormes exigencias que en esta materia tienen que cumplir las organizaciones del sector privado y el relajo con el que el legislador ha regulado los incumplimientos, por muy graves que sean, de tales exigencias en el sector público (apercebimiento). Una situación completamente desigual que no es sostenible en el tiempo.

4.- La implantación de este nuevo modelo de gestión comportará necesariamente un cambio en la cultura de las organizaciones públicas, pues en caso contrario sus impactos serán irrelevantes. Y ese cambio supondrá tiempo y una dedicación de recursos a tales finalidades, pero sobre todo disponer del objetivo claro de impulsar una política de protección de datos personales, ya que todo el modelo de gestión y sus distintos elementos van encaminados única y exclusivamente a ese finalidad.

5.- Por consiguiente, resulta meridianamente obvio que la implantación de ese modelo preventivo será complejo. Y requiere ordenar bien el proceso de implantación. En primer lugar exige un plan de sensibilización, tanto en el nivel político (responsables del tratamiento) como técnico, que identifique cuáles son las consecuencias a corto y medio plazo que la implantación de ese sistema comporta. Por tanto, mucha formación seguida por una formación reforzada para aquellos puestos de trabajo que vayan a tratar datos personales, especialmente de aquellos que traten categorías especiales de datos o datos masivos. Y sobre todo planificar bien la puesta en marcha de los diferentes elementos del modelo de gestión antes expuesto.

6.- Y, en fin, ya por lo que concierne a entidades de pequeñas dimensiones, especialmente en el mundo local, hay que partir del enfoque de irrealidad del que partió el RGPD y que se traslada después a la LOPDGDD, sobre todo a la hora de pretender que ese modelo de gestión de protección de datos y de los diferentes elementos que lo componen (por ejemplo, registro de actividades, Delegados de Protección de Datos, códigos de conducta y mecanismos de certificación, etc.) puedan ser aplicados a corto o medio plazo por los municipios, entidades locales u organizaciones públicas que no disponen ni de recursos ni de capacidad de gestión para llevar a cabo tales tareas. Es fácil, en efecto, legislar de espaldas a la realidad. Ciertamente el RGPD no es culpable de que en España la planta local esté absolutamente atomizada, pero sería razonable que el legislador interno cuando desarrolla tales previsiones tuviera en cuenta estos elementos determinantes del contexto. Se impone, por tanto, una aplicación pragmática de las exigencias de tal normativa en tales instituciones y, en todo caso, que se haga uso de las competencias que tanto las Diputaciones provinciales como en algún caso las comarcas tienen para asistir técnicamente a tales municipios y dotarles de las herramientas básicas que puedan representar un cumplimiento de mínimos de las obligaciones normativas, sobre todo teniendo en cuenta que el fin de tal marco no es otro que proteger adecuadamente los datos personales y los derechos fundamentales de la ciudadanía.

**ANEXO 1: DERECHOS QUE SE ALOJAN EN EL "DERECHO RACIMO" A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES SEGÚN EL RGPD Y LA LOPDGDD (Y QUE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DEBEN RESPETAR EN SUS TRATAMIENTOS DE DATOS Y EN SUS ACTIVIDADES QUE TENGAN CONEXIÓN CON LOS DATOS PERSONALES)**

Derechos	RGPD	LOPDGDD
<i>Transparencia Información/Información y acceso datos personales</i>	Artículos 12-14	Artículo 11
<i>A solicitar acceso a los datos</i>	Artículo 15	Artículo 13
<i>De rectificación</i>	Artículo 16	Artículo 14
<i>De supresión ("el derecho al olvido")</i>	Artículo 17	Artículo 15 (Ver asimismo artículos 93 y 94)
<i>A la limitación del tratamiento</i>	Artículo 18	Artículo 16
<i>Obligación responsable del tratamiento de notificación de la rectificación o supresión de datos personales o limitación del tratamiento</i>	Artículo 19	
<i>A solicitar a un proveedor de servicios que transmita sus datos personales a otro o se los provea (A la portabilidad de los datos)</i>	Artículo 20	Artículo 17 (Ver asimismo artículo 95)
<i>De oposición y decisiones individuales automatizadas</i>	Artículo 21	Artículo 18
<i>Al consentimiento expreso</i>	Artículos 4.11, 6 y 7	Artículo 6 y 7
<i>A ser informado sin dilación indebida, si sus datos se pierden o son robados: obligación responsable del tratamiento (excepciones)</i>	Artículos 33-34	
<i>A la protección en línea para los menores</i>	Artículo 8	Ver, asimismo, artículos 84 y 92, así como la disposición adicional 18 <sup>a</sup>



## ANEXO 2: Derechos digitales. Cuadro-resumen orientativo de los derechos digitales en la LOPDGDD

(Ver, en relación con el carácter de estos derechos digitales, epígrafe IV preámbulo y artículo 79: "Los derechos en la Era digital")

Artículo/Derecho	Reserva Ley Orgánica o Ley ordinaria	Observaciones
<i>Artículo 80: Derecho a la neutralidad de Internet</i>	Ley ordinaria	Declarativo
<i>Artículo 81: Derecho de acceso universal a Internet</i>	Ley ordinaria	Programático. Requiere medidas complementarias (y presupuestarias) para aplicarse
<i>Artículo 82: Derecho a la seguridad digital</i>	Ley ordinaria	Declarativo, no anuda consecuencias al incumplimiento
<i>Artículo 83: Derecho a la educación digital</i>	Ley Orgánica	Muy importante y necesario. Test aplicativo. Competencias digitales del profesorado. ¿Inclusión en temarios? Problema: ¿cómo se acreditan las competencias).  Ver, artículo 92.  Ver asimismo DA 21 <sup>a</sup> (Educación digital); DF 8 <sup>a</sup> "Modificación LOU"; DF 10 <sup>a</sup> ("Modificación LOE"); inserción del alumnado en la sociedad digital
<i>Artículo 84: Protección de los menores en Internet"</i>	Ley Orgánica	Muy importante. Programático en su primer apartado y preventivo/sancionador en el segundo (Ministerio Fiscal)  Ver, asimismo, DA 18 <sup>a</sup> : "Derechos de los menores ante Internet", elaboración en el plazo de 1 año de un proyecto de ley en la materia
<i>Artículo 85: Derecho de</i>	Ley Orgánica	Importante: Regula el derecho de rectificación

<i>rectificación en Internet</i>		en Internet, complementa la normativa vigente y cubre un hueco
<i>Artículo 86: Derecho a la actualización de informaciones en medios digitales</i>	Ley Orgánica	Importante: Una suerte de derecho de rectificación y actualización de la información, para evitar perjuicios al afectado
<i>Artículo 87: Derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral</i>	Ley Orgánica	Conexión con la intimidad y la propia imagen. Establecimiento de criterios. Participación de los representantes de los trabajadores. Usos para fines privados. Ver DF 13 <sup>a</sup> , incorporación nuevo artículo 20 bis ET  Ver: DF 14 <sup>a</sup> Modificación artículo 14 TREBEP
<i>Artículo 88: Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral</i>	Ley ordinaria	Mucho impacto mediático: modalidades de ejercicio se sujetan a negociación colectiva o, en su defecto, a acuerdo en la empresa. Empleador debe elaborar una política interna. Evitar riesgo de fatiga electrónica.  Ver DF 13 <sup>a</sup> , incorporación nuevo artículo 20 bis ET  Ver: DF 14 <sup>a</sup> Modificación artículo 14 TREBEP
<i>Artículo 89: Derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo</i>	Ley Orgánica	Protección intimidad  Funciones del artículo 20.3 ET.  Ver DF 13 <sup>a</sup> , incorporación nuevo artículo 20 bis ET: "Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y la desconexión"  Ver: DF 14 <sup>a</sup> Modificación artículo 14 TREBEP

<i>Artículo 90: Derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral</i>	Ley Orgánica	Protección de datos: Información del empleador de tales dispositivos  Ver DF 13ª, incorporación nuevo artículo 20 bis ET.  Ver: DF 14ª Modificación artículo 14 TREBEP
<i>Artículo 91: Derechos digitales en la negociación colectiva</i>	Ley Orgánica	Convenios colectivos: garantías adicionales
<i>Artículo 92: Protección de datos de los menores en Internet</i>	Ley Orgánica	Obligación centros educativos. Difusión a través de redes sociales o servicios equivalentes: consentimiento menor o de sus representantes legales.  Ver, asimismo, artículo 84 y disposiciones allí citadas
<i>Artículo 93: Derecho al olvido en búsquedas de Internet</i>	Ley Orgánica	Complemento de lo dispuesto en el Capítulo II del Título III
<i>Artículo 94: Derecho al olvido en servicios de redes sociales y servicios equivalentes</i>	Ley Orgánica	Derecho a supresión de datos facilitados para su publicación por servicios de redes sociales y servicios de la sociedad de la información
<i>Artículo 95: Derecho de portabilidad en servicios de redes sociales y servicios equivalentes</i>	Ley ordinaria	Reglas para el acceso a los contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información sobre personas fallecidas.
<i>Artículo 96: Derecho al testamento digital</i>	Ley ordinaria	Complementa los previsto en el artículo 17
<i>Artículo 97: Políticas de impulso de los derechos digitales</i>	Ley ordinaria	Programático
<i>Disposición Final 13ª: Modificación del ET.</i>	Ley ordinaria	Derecho a la intimidad en uso de dispositivos digitales , videovigilancia

<i>Nuevo artículo 20 bis</i>		y geolocalización y desconexión.
<i>Disposición Final 14<sup>a</sup>: Modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público</i>	Ley ordinaria	Derecho a la intimidad en uso de dispositivos digitales , videovigilancia y geolocalización y desconexión.  (reitera artículo 20 bis ET y se aplica a los mismos supuestos



## I. INTRODUCCIÓN: REDES SOCIALES Y RELACIONES DE EMPLEO.

- ✓ Las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones supone un nuevo escenario en las relaciones sociales y personales en el que se produce constantes interacciones con derechos de otras personas.

Inmediatez, transparencia y concepto de comunidad aportan nuevas oportunidades para las tradicionales formas de comunicación, expresión o divulgación.

- ✓ Las relaciones laborales individuales y colectivas en el sector público –y en el privado– no han sido en absoluto ajenas a los nuevos avances tecnológicos (BOLTAINA).
- ✓ ¿Territorio sin Ley? (DAVARA)

Vacío: pronunciamientos  
jurisdiccionales.

Inexistencia integral de  
regulación legal específica.

## I. INTRODUCCIÓN: REDES SOCIALES Y RELACIONES DE EMPLEO

### ASPECTOS POSITIVOS\*

- ✓ Interactuar a los empleados de una manera colaborativa y gestión del conocimiento.
- ✓ Importante medio para la captación de futuros empleados.
- ✓ Herramienta de marketing para que las empresas den a conocer sus actividades, novedades, productos o servicios.

### ASPECTOS NEGATIVOS\*

- ✓ Perdidas de concentración y tiempo en el trabajo.
- ✓ Suplantaciones de identidad y daño a terceros.
- ✓ **Utilización para verter noticias falsas, críticas o verter comentarios injuriosos u ofensivos.**

- ✓ Ampliación del concepto “lugar de trabajo”
- ✓ Las conversaciones pueden ser archivadas, copiadas y trasladadas a otros foros (“pantallazo”).
- ✓ Singularidad de la mensajería instantánea e impacto en la libertad de expresión y derecho a la intimidad.

## II. LIBERTAD DE EXPRESIÓN: USO INDEBIDO O IRREGULAR.

- ✓ Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789 establecía que *“la libre comunicación de los pensamientos y las opiniones es uno de los derechos más apreciados del hombre”*.
- ✓ Dimensión personal (vertiente intelectual de la persona) y colectiva (formar a la opinión pública como uno de los factores esenciales de un Estado democrático de Derecho). SSTC107/1988 y 171/1990
- ✓ ¿Sólo expresiones inofensivas o indiferentes?. STC 85/1992.
- ✓ El derecho al honor actúa como límite a la libertad de expresión excluyendo del ámbito protegido por ésta aquellas manifestaciones que se realicen utilizando expresiones vejatorias, injuriosas o innecesarias (LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN NO AMPARA EL DERECHO AL INSULTO). STC 336/1993.
- ✓ Ejercicio de ponderación: ¿regresión de la libertad de expresión en 3 redes sociales? (BOIX PALOP y DOMENECH PASCUAL)

## II. LIBERTAD DE EXPRESIÓN: USO EN LAS RELACIONES DE EMPLEO.

- ✓ El nombramiento de un ciudadano (o el contrato de trabajo) no implica limitaciones injustificadas sobre sus derechos fundamentales y libertades públicas (SSTC 234/1991 y 270/1994).
- ✓ Principios de Lealtad y Buena Fe: condicionan el ejercicio de la libertad de expresión (SSTC 126/1990 y 4/1996).
  - ❑ Libertad de Expresión (artículo 14 k TREBEP).
  - ❑ Buena Fé (artículo 53.3 TREBEP)
- ✓ Relaciones de sujeción especial.
  - ❑ Discutible categoría (LASAGABASTER, GARCIA MACHO, LOPEZ BENITEZ, PALOMAR OLMEDA, etc.)
  - ❑ Admisión por el TS y TC (SSTC 93/1984 y 114/1987).
  - ❑ STC 61/1990, de 29 de mayo, en las relaciones de sujeción especial se dan 'peculiares relaciones y entran en juego amplias facultades autoorganizativas que confieren cierta prepotencia a la Administración para regularlas' (F.J 6.º).

## II. LIBERTAD DE EXPRESIÓN: ALGUNOS EJEMPLOS.

**STC 81/1983, de 10 de octubre**, confirma que el ejercicio de los mencionados derechos constitucionales se encuentra sometido a **determinados límites, algunos de los cuales son generales y comunes a todos los ciudadanos y otros, además, pueden imponerse a los funcionarios públicos** en su condición de tales, ya sea en virtud del grado de jerarquización o disciplina interna a que estén sometidos, que puede ser diferente en cada Cuerpo o categoría funcional, ya sea según actúen en calidad de ciudadanos o de funcionarios, ya en razón de otros factores que hayan de apreciarse en cada caso, con el fin de comprobar si la supuesta transgresión de un límite en el ejercicio de un derecho fundamental pone o no públicamente en entredicho la autoridad de sus superiores jerárquicos, y el de si tal actuación compromete el buen funcionamiento del servicio.

## II. LIBERTAD DE EXPRESIÓN: ALGUNOS EJEMPLOS

**STC 69/1989, de 20 de abril**, Este límite específico no significa, desde luego, que haya de entenderse excluida toda libertad de crítica de los integrantes de los Cuerpos o Fuerzas de Seguridad hacia sus superiores jerárquicos, o constreñido el ejercicio de la libertad sindical de los mismos, en defensa de sus derechos o intereses profesionales, pues en tal caso se desconocería el contenido esencial de los derechos reconocidos en los [arts. 20.1 a\)](#) y [28.1](#) de la [Constitución](#), máxime si se tiene en cuenta el valor preferente que, según reiterada doctrina de este Tribunal, ha de reconocerse a las libertades de información y expresión, en tanto que garantía fundamental de la opinión pública libre. Sin embargo, de conformidad con la [STC 81/1983](#), es preciso declarar de nuevo que la estructura interna de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad y la misión que les atribuye el [art. 104.1](#) de la [Constitución](#), «obligan a afirmar que la crítica a los superiores, aunque se haga en uso de la calidad de representante y autoridad sindical y en defensa de los sindicatos, **deberá hacerse con la medida necesaria para no incurrir en la vulneración a este respeto debido a los superiores y para no poner en peligro el buen funcionamiento del servicio y de la institución policial**»

## II. LIBERTAD DE EXPRESIÓN: ALGUNOS EJEMPLOS.

**STC 270/1994, de 17 de octubre**, la necesidad de ponderación de los límites del derecho a la libertad de expresión de sus miembros integrantes **en atención a la subordinación jerárquica y a la disciplina que resultan necesarias para el cumplimiento de las funciones que la Constitución les encomienda** (fundamento jurídico 2º). Y más recientemente, en nuestra Sentencia de 13 de diciembre de 1993 (STC [371/1993](#)), tras reiterar que hay sectores o grupos de ciudadanos sometidos a límites más estrictos o específicos en cuanto al ejercicio del derecho a la libertad de expresión por razón de la función que desempeñan, hacíamos notar, en la misma línea marcada en análogos supuestos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el derecho garantizado en el art.10 del Convenio (por todas, Sentencia del TEDH de 8 de junio de 1976 en el caso Engel y otros), que tales limitaciones presentan especial singularidad cuando se trata de miembros de las Fuerzas Armadas, ya que no debe olvidarse que resultan indispensables a la la organización militar, para poder cumplir sus fines, las características de profunda jerarquización, disciplina y unidad (fundamento jurídico 4), las cuales se verían en entredicho de quedar amparadas bajo el manto protector de la libertad de expresión conductas que, como la que dio lugar a los expedientes abiertos al solicitante de amparo, son claramente indicativas de una desmesura en el ejercicio de la crítica a determinados aspectos de la actuación del Instituto armado.

## II. LIBERTAD DE EXPRESIÓN: LOS LIMITES.

- ✓ El art. 10.1 Convenio Europeo de Derechos Humanos –en adelante CEDH– que reconoce el derecho a la libertad de expresión de toda persona, establece en el apartado 2 de este precepto: *“El ejercicio de estas libertades, que entrañen deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden.*
- ✓ En el caso de las fuerzas de seguridad, se pueden identificar dos límites derivados de su regulación específica (LOFCSE Y LEGISLACIÓN AUTONÓMICA):
  - ❑ a) Principios de disciplina, jerarquía y orden interno;
  - ❑ b) Límites derivados de la salvaguarda de la seguridad y deber de reserva. 8

## II. LIBERTAD DE EXPRESIÓN: USO INDEBIDO O IRREGULAR.

### A MODO DE CONCLUSIÓN...

- ✓ El binomio relaciones de sujeción especial/derechos fundamentales ha de ser resuelto indicando que la mera presencia de la primera no puede ser interpretada como un factor excluyente de los segundos.
- ✓ Las modulaciones, restricciones o, incluso, la imposibilidad de ejercicio de los derechos fundamentales en aquellas debe ponerse en relación directa con el bien protegido aplicando siempre la interpretación más favorable al ejercicio de aquéllos.
- ✓ Los principios de necesidad, proporcionalidad y ponderación entre la limitación impuesta y el fin público perseguido presiden el equilibrio que cuando no existe determina que las restricciones no están justificadas.

### III. ELEMENTOS A CONSIDERAR EN LAS REDES SOCIALES

- ✓ Carácter escrito de la ofensa, que se ha conectado jurisprudencialmente con un síntoma de agravación de la misma, debido a la forma cavilada, reposada y preconcebida con la que se efectúa (sentencia del TEDH de 12 de septiembre de 2011, caso Palomo Sánchez y otros contra España).
- ✓ Su difusión pública pues el eventual conocimiento por parte de terceros en el sentido de que cuanto más proyección mayor es el daño provocado sobre el honor del destinatario, si bien los tribunales no conceden generalmente relevancia al canal de expresión o información utilizado por el trabajador, sino que atienden al contenido de las palabras empleadas.
- ✓ Acceso más o menos limitado a dichas expresiones que no excluye, sin embargo, su antijuridicidad (captura de pantalla).
- ✓ Situación concreta (conflictividad y representación sindical). Base fáctica suficiente que sustente un juicio de valor (STEDH de 9 de octubre de 2012 (*Szima c. Hungría*)).
- ✓ El carácter público o no de la empresa (STSJ Cataluña de 3 de marzo 2016). 10

## IV. DERECHO A LA INTIMIDAD Y CONFIDENCIALIDAD

**Nuestro ordenamiento veda aquellas pruebas obtenidas habiéndose vulnerado algún derecho fundamental.**

El problema: estos sistemas son normalmente el medio de prueba para detectar el ilícito a sancionar.

La ventaja: Amplitud con la que está redactadas las leyes procesales (artículo 90.1 LRJS y 61 LJCA)

## IV. DERECHO A LA INTIMIDAD Y CONFIDENCIALIDAD

- ✓ El art. 18.1 de la CE garantiza conjuntamente la protección de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen.
- ✓ Este derecho a la intimidad supone la existencia de un **ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás**, ámbito que también ha de respetarse en el marco de las relaciones laborales o de la relación de servicio que une a un funcionario público, en las que es posible en ocasiones acceder a informaciones atinentes a la vida íntima y familiar del trabajador que pueden ser lesivas para su derecho a la intimidad (SSTC 98/2000 y 186/2000, entre otras).
- ✓ La noción de intimidad constitucionalmente protegida es un concepto de carácter objetivo o material, mediante el cual el ordenamiento jurídico designa y otorga protección al **área que cada uno se reserva para sí o para sus íntimos**, un ámbito reservado de la vida de las personas excluido del conocimiento de terceros en contra de su voluntad (SSTC 127/2003; 189/2004 o 170/2013, entre otras).
- ✓ No es un derecho absoluto: **el concepto apertus intromisiones ilegítimas**.
- ✓ **Secreto de las comunicaciones (artículo 18.3 LO 1/1982)**.

## IV. DERECHO A LA INTIMIDAD Y CONFIDENCIALIDAD EN WHATSAPP

- ✓ **Dictamen de la Agencia Catalana de Protección de Datos de 2 de julio de 2013**, sobre si la aplicación WhatsApp es segura o no y el grado de adecuación de este aplicativo a la normativa de protección de datos, especialmente en la esfera de las relaciones profesionales.

Propiedad del dispositivo utilizado  
LEY ORGÁNICA 3/2018 (artículo 87)

### Propiedad de la Administración Pública

+STS de 30 de abril de 2007 (nº rec. 1805/2006).  
+Resolución del CTBG de 30 de julio de 2018 (R280/2018).  
+Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 12 de enero de 2016, *Barbulescu v. Rumania. Test de Ponderación*.

### Propiedad del funcionario

Su acceso sólo podrá realizarse con el acuerdo del empleado o bien de conformidad a la Ley por parte de un Juez, o por autorización del mismo a los cuerpos de policía.

## IV. DERECHO A LA INTIMIDAD Y CONFIDENCIALIDAD

- ✓ Los tribunales aceptan, en el supuesto de procedimientos en el orden social –la reflexión puede extenderse también al orden contencioso-administrativo– como elemento de prueba cualquier elemento «de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido o de archivo y reproducción de datos» (art. 90 y 61 LJCA).
- ✓ Es preciso tener en cuenta distintas cuestiones en relación a la validez de la prueba:
  - Requerimientos formales de su aportación como prueba válida.**
  - Incidencia de la relevación por un tercero.**
  - La captura de pantalla.**
  - La existencia de otras pruebas o indicios.**

## V. LAS INFRACCIONES

✓ **Los tipos:**

- falta de respeto.
- injurias.
- Calumnias.

✓ **La incidencia del rango jerárquico en la gravedad de la infracción.**

✓ **La incidencia del principio non bis in idem.**

## V. LAS INFRACCIONES: FALTA DE RESPETO

✓ **Una Primera cuestión: ¿Qué tipo es aplicable?: STS 18-10-2017**

✓ **El contenido del tipo.**

- Artículo 53.3.º TREBEP señala que los empleados públicos «ajustarán su actuación a los principios de lealtad y buena fe con la Administración en la que presten sus servicios, y con sus superiores, compañeros, subordinados y con los ciudadanos y el artículo 54.1.º del mismo texto legal afirma que «tratarán con atención y respeto a los ciudadanos, a sus superiores y a los restantes empleados públicos».
- Se produce en el ámbito de las relaciones internas, realizada con ánimo ofensivo vía comentarios, gestos, escritos o declaraciones en medios de comunicación social excluyéndose la simple expresión de disgusto exenta de intención ofensiva
- No basta con una aptitud insolente o descarada con el mismo, que en principio debe considerarse falta leve como tal incorrección, intemperancia o grosería, sino que es preciso que por las circunstancias concurrentes muestre una clara intención de menospreciar la autoridad ejercida y desconocer el respeto debido al superior colocándolo en una situación de apreciable descrédito y desprestigio de su condición con ánimo ofensivo.

## V. LAS INFRACCIONES: LA INJURIA O CALUMNIA

- ✓ El **artículo 208 CP vigente** define la injuria de la siguiente forma: «Es injuria la acción o expresión que lesiona la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación. Solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves. Las injurias que consistan en la imputación de hechos no se considerarán graves, salvo cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad.»
- ✓ Se precisa que se produzca lesión y es preciso tener en cuenta el principio de intervención mínima,
- ✓ Elementos (SAP Burgos 10-09-18):
  - Bien jurídico protegido.
  - Sujeto pasivo.
  - La acción típica.
- ✓ La injuria para ser delito ha de ser «grave» reza el precepto analizado. Para saber cuándo una injuria puede tildarse de «grave» (concepto jurídico indeterminado) el Juez debe acudir al criterio de la adecuación social.
- ✓ El art. 210 CP establece que: *“El acusado de injuria quedará exento de responsabilidad probando la verdad de las imputaciones cuando estas se dirijan contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos o referidos a la comisión de infracciones administrativas”*.

## V. LAS INFRACCIONES: NE BIS IN IDEM.

### ✓ La incidencia del rango jerárquico en la gravedad de la infracción

La conducta de un superior obliga a un plus de responsabilidad e incluso de ejemplaridad, según la STSJ de Cataluña de 11-7-2014 (JUR 2014, 241700)

### ✓ Principio non bis in ídem.

- Con esta expresión lo que se quiere expresar es que una persona no puede ser juzgada dos veces por los mismos hechos.
- Tradicionalmente se ha admitido en el ámbito disciplinario dicha posibilidad.
- Sentencia 20 de marzo de 2018 [caso Menci](#) (asunto 524/15):

+ Para el Derecho europeo la denominación de la sanción es irrelevante.

+ ¿Identidad de persona, hechos y fundamento?.

+ Es aplicable a aquellos delitos que no exigen la concurrencia de la condición de funcionario pues, de lo contrario, se estaría infringiendo el art. 50 CEDH (STS 16-12-2008)