



Seminari **d'actualització** **de Funció** **Pública Local**



Reconeixement-NoComercial-SenseObraDerivada 2.5 Espanya

Sou lliure de:



copiar, distribuir i comunicar públicament l'obra

Amb les condicions següents:



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



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



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

- Quan reutilitzeu o distribuïu l'obra, heu de deixar ben clar els termes de la llicència de l'obra
- Alguna d'aquestes condicions pot no aplicar-se si obteniu el permís del titular 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



Edita

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

Disseny i maquetació

www.lacuinagràfica.com

Sumari

1^a sessió

21/02/14

Impacte en la gestió de RH de la Llei de racionalització i sostenibilitat de l'Administració local i del RDL 16/2013, de mesures per afavorir la contractació estable

2^a sessió

28/04/14

El complement de productivitat i el règim d'incompatibilitats

3^a sessió

11/07/14

Anàlisi del sistema de fonts en matèria de funció pública en base a la llei de racionalització i sostenibilitat i principals novetats en matèria de provisió de llocs per lliure designació i la mobilitat interadministrativa arran de la reforma de l'EBEP

Ponéncias

1^a sessió 21/02/14

Impacte en la gestió de RH de la Llei de racionalització i sostenibilitat de l'Administració local i del RDL 16/2013, de mesures per afavorir la contractació estable

Impactes immediats i diferits de la Llei de racionalització des de la perspectiva de la gestió de recursos humans

Rafael Jimenez Asensio, soci-director d'Estudi.Con i catedràtic acreditat de la Universitat Pompeu Fabra.

Novetats introduïdes en l'àmbit laboral pel Reial decret llei 16/2013, de 20 de desembre

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

Amb aquesta sessió es volen abordar dos recents canvis normatius amb un elevat impacte sobre la gestió dels recursos humans, arran de l'aprovació, per una banda, de la Llei 27/2013, de racionalització i sostenibilitat de l'Administració local i, per l'altra, de la convalidació el passat 21 de gener del 2014 del Reial decret llei 16/2013, de mesures per afavorir la contractació estable i millorar l'ocupabilitat dels treballadors.

En primer lloc, s'analitzarà l'impacte que suposen sobre les polítiques de RRHH –dimensionament de plantilles, elaboració de plans d'ocupació, etc.- les previsions de la Llei 27/2013, de 27 de desembre, en matèria de racionalització de l'estructura organitzativa de l'Administració local d'acord amb els principis d'eficiència, estabilitat i sostenibilitat financera i en l'àmbit del nou model de competències municipals, destinat a evitar duplicitats en la prestació de serveis entre Administracions. S'abordaran els impactes immediats d'aquesta Llei –tant en l'Administració matriu com en l'entramat instrumental que s'hi troba vinculat i constitueix una forma de gestió directa en la prestació de serveis- i també aquells diferits en el temps i que requereixen una planificació molt més acurada, per tal de facilitar la seva implantació de cara al proper mandat de les corporacions locals.

A continuació seran objecte d'anàlisi detallada les novetats introduïdes amb la promulgació del Reial decret llei 16/2013, que ha suposat la introducció d'un nou marc normatiu en matèria de contractació laboral i una major flexibilitat en l'organització del temps de treball, per tal de promoure el treball a temps parcial mitjançant una simplificació del seu règim laboral –duent-se a terme una nova regulació del contracte laboral a temps parcial-, tant pel que fa referència a la distribució irregular de la jornada com a través de modificacions en la regulació d'hores extraordinàries i del període de prova. També s'abordaran les modificacions introduïdes en matèria de conciliació de la vida laboral i familiar i en la Llei general de la Seguretat Social, amb l'objectiu de clarificar els conceptes inclosos en la base de cotització.

M. Carme Noguer

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

S
Seminari

d'actualització de Funció Pública Local



La Llei de Racionalització i Sostenibilitat de l'Administració Local: Impactes sobre la cartera de serveis, l'organització i els recursos humans dels Ajuntaments

Rafael Jiménez Asensio (Soci Estudi.Con/Catedràtic d'Universitat (acr.) UPF

Federació de Municipis de Catalunya. Seminari de Funció Pública Local, 21 de febrer de 2014. IDEC-UPF, Barcelona

La reforma local: Antecedents (I)

- **El context d'elaboració de l'avantprojecte:** possible “rescat” a Espanya (2011-2012). Dimensió d'ajust institucional. Estalvi per a la contenció del dèficit públic.
- **Arrencada del procés:** de la reforma de la planta municipal (primer objectiu) a la "reordenació de les competències locals" (objectiu presumpte de la reforma). Redefinició de la planta municipal és, en principi, competència de les CCAA.
- **Pla Nacional de Reformes de 2012.** No es descarta la reforma de la planta municipal. El Pla Nacional de Reformes de 2013 delimita la reforma local a la reordenació de competències.
- **Un procés legislatiu llarg, tediós,** marcat per "anades i tornades", caòtic. Res edificant. Ensenya com no s'han de fer les coses. Gairebé un any i mig per preparar un text d'avantprojecte: no hi ha hagut debat polític, acadèmic ni social.

El context de la Reforma Local

- **La reforma és producte o fruit d'un Context economicofinancer:** Deute públic molt baix i equilibri pressupostari.
- **LA REFORMA PRETÉN LA SOSTENIBILITAT FINANCERA DELS ENS LOCALS** (CE i LOEPSF). NO ÉS REALMENT UNA REFORMA: ÉS UN " AJUST INSTITUCIONAL" VESTIT DE "REFORMA" I DERIVAT D'UN CONTEXT DE CONTENCIÓ DEL DÈFICIT PÚBLIC. La contingència marca el contingut de la Llei. Excepcionalitat fiscal.
- **Reforma Local. Raons de la focalització:** reforma "més fàcil" que CCAA; situació objectiva poc sostenible (mapa municipal: 8.116 municipis). Justificació: Adaptació de la LBRL als principis de la LOEPSF. Evitar duplicitats.
- **PRIMER INTENT:** ALRSAL. (esborrany de 13 juliol 2012)
- **SEGON INTENT:** Avantprojecte informat pel Consell de Ministres el 15 de febrer de 2013 Dictamen de 25 de juny 2013.
- **TERCER INTENT.** Projecte aprovat per Consell de Ministres 26 juliol 2013. MODIFICACIÓ DE L'ORIENTACIÓ DEL TEXT: ES POSA L'ACCENT SOBRE LA SOSTENIBILITAT FINANCERA

Impacte econòmic Llei Reforma Local

Font Plan Presupuestario 2014. Reino de España. 15.10.2013.

	2014	2015	2016	2017	2018	2019	TOTAL PERIODO 2013-2019	Porcentaje sobre total
GASTO IMPROPIO	680.160.237	2.601.563.199	453.440.158	-	-	-	3.735.163.594	46,55%
TRASPASO COMPETENCIAL SANIDAD, EDUCACIÓN Y SERVICIOS SOCIALES	-	473.000.000	91.000.000	91.000.000	91.000.000	91.000.000	837.000.000	10,43%
GESTIÓN INTEGRADA DE SERVICIOS BÁSICOS Y FUSIONES	-	1.036.800.000	566.800.000	302.900.000	64.000.000	-	1.970.500.000	24,56%
ENTIDADES LOCALES MENORES	13.905.951	-	-	-	-	-	13.905.951	0,17%
REDIMENSIÓN DEL SECTOR PÚBLICO LOCAL	381.023.614	1.016.602.971	-	-	-	-	1.397.626.585	17,42%
PERSONAL EVENTUAL Y RÉGIMEN EXCLUSIVIDAD	70.400.000	-	-	-	-	-	70.400.000	0,88%
AHORRO TOTAL	1.145.489.802	5.127.966.170	1.111.240.158	393.900.000	155.000.000	91.000	8.024.596.130	100,00%
Porcentaje sobre total	14,27%	63,90%	13,85%	4,91%	1,93%	1,13%	100,00%	

LRSAL: PREÀMBUL

- **PREÀMBUL (OBJECTIUS DEL TEXT):**
- **Enunciat de la Llei:** "Racionalització" i "Sostenibilitat". Arrencada de l'exposició de motius. Revisió "profunda" LBRL a partir de la LOEPSF.
- **Quatre objectius bàsics:**
 - Aclarir competències municipals. Sistema "complex": "clarificació com a reducció". Es vincula competències/estat financer entitat local.
 - Racionalitzar l'estructura organitzativa de l'AL: paper de les Diputacions provincials (es pretén enfortir). Incentius a "la fusió".
 - Garantir un control financer i pressupostari.
 - Afavorir la iniciativa privada
 - **Afectació a l'organització i als RRHH Ajuntaments:**
 - Objectiu de "clarificació" de les competències; supressió de cartera de serveis: afectació directa al personal. PEF: mesures.
 - Racionalització de l'estructura organitzativa: impactes sobre l'Organització i RRHH (gestió integrada o compartida de serveis: menys de 20.000 h.; Fusió municipis; redimensionament sector públic instrumental)

LRSAL: Aplicació diferenciada segons ens local o ens instrumentals

- **EL PRINCIPI DE DIFERENCIACIÓ (I): IMPACTES DE LA LRSAL SOBRE LES ENTITATS LOCALS: DIFERENT INTENSITAT**
 1. - Entitats locals menors o entitats locals descentralitzades.
 2. - Municipis segons grandària de població (projecció diferent: serveis públics, paper diputacions, mesures institucionals, personal, directius, etc.). Municipis de règim especial.
 3. - Diputacions Provincials i "entitats equivalents".
 4. - Comarques (DA 5^a LRSAL).
 5. - Mancomunitats.
 6. - Consorcis DDAA 13 i 14, DTR 6, DF 2^a (Modificació de la LRJPAC - DA 20).
 7. - Entitats públiques instrumentals del sector públic local (DA 9 LRBRL - LRSAL)

LRSAI: vigència i aplicabilitat

- **La complexa aplicabilitat de la Llei (una altra manifestació del principi de diferenciació).**
- La Llei té "vigència" a partir de l'endemà de la seva publicació al BOE, però la seva "aplicabilitat" difereix segons els casos, ja que conté almenys quatre tipus de normes. A saber:
 - 1) Normes de vigència immediata.
 - 2) Normes d'aplicabilitat immediata (segons data) i vigència diferida.
 - 3) Normes d'aplicabilitat condicionada (i vigència efectiva, però condicionada).
 - 4) Normes d'aplicabilitat diferida i condicionada (de vigència, per tant, diferida i subjecta a condició).
- Tot aquest quadre normatiu fa la Llei especialment complexa (i indeterminada, en principi, pel que fa als seus efectes, també pel que respecta a organització i RRHH).

LRSAL: estructura de la Llei

- **L'estructura complexa de la Llei:**
- La Llei també té una estructura complexa i en alguns passatges poc ordenada sistemàticament, fruit dels objectius, però també del procés d'elaboració:
- **Article Primer:** Reforma amb llarg abast i intensitat la LBRL, suposant fins a cert punt un canvi profund de model. Sostenibilitat financera com a eix de la reforma.
- **Article Segon:** Reforma puntualment el text refós de la Llei d'Hisendes Locals, però amb fort contingut polític i de reforçament dels instruments de control economicofinancer i del paper del MHAP.
- **Disposicions addicionals, transitòries i finals de la LRSAL:** Conjunt de mesures instrumentals a les modificacions de la LBRL. Aspecte nuclear: "transferència" competències CCAA

IMPACTES ORGANITZATIUS I DE RRHH

- **ELS IMPACTES ORGANITZATIUS DE LA LRSAL SOBRE ELS AJUNTAMENTS SÓN DE DIFERENTS TIPUS:**
- Impactes DIRECTES O IMMEDIATS. Aplicables a partir de l'entrada en vigor de la Llei
- Impactes DIFERITS (al compliment d'una data). Aplicables només quan s'assoleixi una determinada data.
- Impactes CONDICIONATS. Aplicables si no es produeix o si es produeix una o diverses condicions (EPSF i deute comercial o Pla d'Ajust)
- Impactes DIFERITS I CONDICIONATS. Aplicables quan convergeixen el compliment d'una data i una o diverses condicions.
- **LES LÍNIES "VERMELLES":** Salut financera del Municipi. Aplicabilitat forta, mitjana o dèbil.

IMPACTES ORGANITZATIUS I DE RRHH 2

- **Organització, RRHH i competències municipals (o locals).**
- L'abast que se li doni al sistema competencial local és definitori per al manteniment (o el desmantellament) de la cartera de serveis, l'organització existent i els RRHH.
- Competències "pròpies": el que pretén la Llei (taxar les competències municipals a aquells àmbits materials de l'article 25.2 LBRL i la realitat actual: legislació sectorial atribueix competències més enllà d'aquest àmbit taxat, una interpretació raonable de l'article 25.2 LBRL en relació amb l'article 2 i la DTR 2a LBRL. La discutible tesi de la FEMP. Criteris del Ministeri: en procés d'elaboració.
- Competències "delegades": assignació de mitjans personals pel delegant. Objectiu: "contribuir als processos de racionalització administrativa, generant estalvi net de recursos". Àmbits materials de la delegació es projecten sobre competències actualment exercides pels municipis. Article 57: Convenis de Col·laboració i acords.

IMPACTES ORGANITZATIUS I DE RRHH 3

- **Organització, RRHH i competències municipals (o locals) -2.**
- "Competències diferents de les pròpies i de les delegades": l'abast i sentit de l'article 7.4 LBRL. Moment de la seva aplicabilitat: aspecte crític. Exigències per al seu exercici. Connexió amb els PEF: 116 bis LBRL. Pot tenir impactes molt seriosos sobre la cartera de serveis de determinades entitats locals (les que no compleixin els objectius d'EPSF). Paper de l'Administració que exerceixi la tutela financera.
- **Competències en matèria de salut, serveis socials, inspecció sanitària i educació.**
- Competències diferides o diferides i condicionades.
- CCAA han d'aprovar plans de "reestructuració" serveis (salut i serveis socials).
- No hi ha normes de traspassos: com s'articulen? DUBTES APLICACIÓ. PROCÉS D'ENORME COMPLEXITAT TÈCNICA I DE DUBTOSOS RESULTATS

IMPACTES ORGANITZATIUS I DE RRHH 3-BIS

- **SALUT - SERVEIS SOCIALS I EDUCACIÓ.**
- Com es pot fer efectiva l'assumpció per les Comunitats Autònomes de la competència municipal o provincial en matèria de “participació en la gestió de l'atenció primària de la salut”? L'escalonament en el termini de cinc anys (vint per cent): dificultats (la necessària voluntat de la comunitat autònoma). La gestió dels serveis associats requereix “traspassos de personal” i d'instal·lacions (¿ ? ?)
- Com fer efectiva l'assumpció per les CCAA de les competències en matèria de serveis socials? Competències municipals en matèria de serveis socials: article 25.2 (mínim) i serveis mínims obligatoris (article 26). Condicionalitat doble (temporal i material, finançament): les Comunitats Autònomes. Plans d'avaluació i reestructuració de serveis (la disposició transitòria segona LBRL)
- El cas singular de les competències educatives (disposició addicional quinzena de la LRSAL en relació amb l'article 25.2 LBRL): no hi ha esglaonament ni referències a com d'ha de fer.
- **BUI TS NORMATIUS ESPECTACULARS: INSEGURETAT, INCERTESA, CONTRADICCIONS I DUBTES DE CONSTITUCIONALITAT.**

IMPACTES ORGANITZATIUS I DE RRHH 4

- **Organització i recursos humans: gestió integrada o compartida de serveis públics locals a "cost efectiu".**
- Impactes probables sobre prestació de serveis mínims obligatoris en municipis de menys de 20.000 h. que siguin prestats a cost efectiu superior: la materialització de la gestió implicarà contraure l'organització i plantejar-se què fer amb els recursos humans "excedents": es traspassen a les diputacions o comarques?; en quines condicions i per quin procediment?; poden reassignar-se en la pròpia entitat? Buit normatiu absolut. El cas dels Consorcis i Mancomunitats. Els problemes relatius al personal en el cas dels consorcis que no exerceixin serveis mínims obligatoris i de les mancomunitats dissoltes.
- Les connexions entre gestió integrada o compartida de serveis mínims obligatoris i els plans economicofinancers.
- El paper institucional de les diputacions provincials en aquests processos. La modulació en el cas de les Comarques.

IMPACTES ORGANITZATIUS I DE RRHH 4- bis

- **CONSEQÜÈNCIES SOBRE CARTERA DE SERVEIS, ORGANITZACIÓ I PERSONAL: GESTIÓ INTEGRADA O COMPARTIDA, CONSORCIS, MANCOMUNITATS**
- Gestió integrada o compartida: 26.2 LBRL. La prestació es trasllada, l'organització desapareix i el personal s'assigna a la nova entitat (?)
- Competències "impròpies": risc sostenibilitat o duplicitat (art. 7.4)
- Plans economicofinancers (article 116 bis): Activitats impròpies, gestió integrada o coordinada, racionalització organitzativa, etc. Conseqüències sobre el personal: greus.
- Consorcis: que no prestin serveis mínims obligatoris. Personal propi (dos anys: acomiadaments).
- Mancomunitats i Entitats Locals menors: s'integren.

IMPACTES ORGANITZATIUS I DE RRHH 5

- **Organització i recursos humans: gestió integrada o compartida de serveis públics locals a "cost efectiu".**
- El cost efectiu com a "cost estàndard transvestit".
- Impactes aparentment neutres, però poden ser importants sobre l'organització i els recursos humans en determinats casos.
- Obligació de càlcul del cost efectiu per a tot tipus d'entitats locals abans de l'1 de novembre de cada any.
- No hi ha llindars de població, però l'afectació més important és per als municipis de menys de 20.000 h. (paper Diputació)
- Als municipis de més de 20.000 h. pot afectar a través de "pressió mediàtica i política" i en la determinació fons de Plans provincials d'obres i serveis, així com en la determinació dels criteris en matèria de subvencions.

IMPACTES ORGANITZATIUS I DE RRHH 6

- **Organització i RRHH en un marc d'estabilitat pressupostària i sostenibilitat financera:**
- La condicionalitat del compliment d'objectius EPSF en nombrosos casos: impacta directament sobre organització i RRHH (supressió de cartera de serveis, ens instrumentals).
- Condicionalitat subjecta equilibri financer (ens instrumentals)
- L'impacte més fort (almenys potencial): el contingut "addicional" dels plans Economicofinancers: proporcionalitat en la seva aplicació.
- La "supressió" de les competències ni pròpies ni delegades
- La racionalització organitzativa (en què consisteix?)
- REGLA: L'entitat local que compleix els objectius d'EPSF i el període mitjà de 30 dies de pagament a proveïdors, així com no tingui Pla d'Ajust, òbvia sempre que es mantingui les conseqüències més traumàtiques de la Llei pel que fa a organització i RRHH.

IMPACTES ORGANITZATIUS I DE RRHH 7

- **ORGANITZACIÓ I MESURES POLÍTICA LOCAL**
- De contingut fortament “cosmètic”. S'insereixen com a “normes estructurals” en la pròpia LBRL, perden per tant el seu caràcter de normes de conjuntura per fer front al dèficit públic.
- 1.- Règim retributiu dels membres EELL. LPGE estableix màxims d'acord amb barem: RETRIBUCIONS Secretaris Estat. Diputacions: municipi amb més població. La LPGE 2014 no recull res, publicada abans. Modificació per Reial decret llei 1/2014. APLICABILITAT DIRECTA O CONDICIONADA (DTR 10 LRSAL: ENUNCIAT I CONTINGUT). CRITERIS INTERPRETATIUS DEL MHAP.
- 2.- Limitació del nombre de Personal eventual segons una escala en funció de la població del municipi (menys 5.000 cap; 5.000 a 10.000 un; 10-20.000 2, etc.). Diputacions, municipi més poblat. Noves regles:
 - A) No personal eventual en un altre tipus d'entitats locals o ens instrumentals. Problemes.
 - B) Adscrits a serveis generals, tret que el Reglament Orgànic estipuli una altra cosa.
 - C) Publicació semestral (seu electrònica i Butlletí) del nombre personal eventual
 - D) Informació al Ple trimestralment per part President
 - E) Hi pot haver excepcionalment PE en municipis de menys 2000 h
- DISPOSICIÓ TRANSITÒRIA 10 LRSAL: APLICABILITAT DIRECTA O CONDICIONADA. CRITERIS INTERPRETATIUS MHAP. ACORD PLE.

IMPACTES ORGANITZATIUS I DE RRHH 8

- **ORGANITZACIÓ I MESURES POLÍTICA LOCAL-2**
- 3.- Limitació del nombre de càrrecs representatius locals amb dedicació exclusiva). APLICABILITAT DIRECTA O CONDICIONADA. DTR 10 LRSAL.
- **LES IMPORTANTS MESURES DE LA DISPOSICIÓ ADDICIONAL 16 LBRL:**
- Excepcionalment, si el Ple no arriba a la majoria exigida, la Junta de Govern podrà aprovar:
 - 1) Pressupostos de l'exercici següent, sempre que hi hagi pressupostos prorrogats
 - 2) Plans economicofinancers, plans de reequilibri i plans d'ajust
 - 3) Plans de sanejament o de reducció de deutes
 - 4) L'entrada de l'entitat en els mecanismes extraordinaris de finançament
- **CONSEQÜÈNCIES D'AQUEST NOU DISSENY INSTITUCIONAL**

IMPACTES ORGANITZATIUS I DE RRHH 9

- **Organització i RRHH: Redimensionament sector públic. Afectacions indirectes**
- Fusions de municipis (art. 13 LBRL). Previsió d'impactes. Mesures de redimensionament de personal: aprovació cada entitat.
- "Competències diferents de les pròpies" (art. 7.4 LBRL): Quina cartera de serveis tindrà l'Ajuntament?
- Continuar prestant "serveis impropis" si reuneix dos requisits: a) si compleix els objectius de la LOEPSF, i b) si no incorre en duplicitats (informes vinculants de la CA i administració amb la tutela financera)
- Subsidiarietat de les formes de gestió directa a través d'entitat pública empresarial i societat mercantil local (85.2 LBRL). Memòria econòmica (sostenibilitat i eficiència); Cost del servei Informe al Ple; informe de l'interventor local. Funcionaris (EBEP 9.2 CE).
- Plans economicofinancers per desviació objectius de la LOEPSF: mesures de reestructuració (116 bis LBRL)
- Traspassos de personal Salut, serveis socials i educació.

IMPACTES ORGANITZATIUS I DE RRHH 10

- **Redimensionament sector públic instrumental local**
- Disposició addicional novena de la LRBRL (segons LRSAL)
- PRIMERA REGLA: Si l'entitat local té Pla d'Ajust o Pla economicofinancer no poden crear entitats instrumentals de cap tipus durant la vigència d'aquests plans (tampoc els organismes autònoms podran fer-ho). Sacrifici de la potestat d'autoorganització dels ens locals (per una condició “a priori”: pla d'ajust?)
- SEGONA REGLA: Tampoc podran, durant el període de vigència dels plans, realitzar aportacions patrimonials ni tampoc subscriure ampliacions de capital de les EPES i empreses públiques. Excepcionalment es permeten aquestes aportacions si es compleix amb determinades condicions (EPSF i pagament proveïdors).
- Conseqüències d'inviabilitat dels ens instrumentals: afectació directa al personal (tipus d'activitat)

IMPACTES ORGANITZATIUS I DE RRHH I I

- **Redimensionament sector públic instrumental local-2**
- **TERCERA REGLA:** Encara que l'Administració "matriu" tingui una situació economicofinancera sanejada si es tracta d'entitats que desenvolupen activitats econòmiques i tenen desequilibri financer, disposen de 2 mesos per aprovar un Pla de reequilibri, amb informe interventor. **PERÒ** l'entitat local només podrà realitzar aportacions patrimonials o subscriure ampliacions de capital **SI COMPLEIX OBJECTIUS EPSF I TERMINI DE PAGAMENT A PROVEÏDORS NORMATIVA MOROSITAT. IMPACTES DIRECTES SOBRE PERSONAL**
- Si 31 desembre 2014 no han corregit el desequilibri, en el termini màxim de 6 mesos des de l'aprovació anual dels comptes o la liquidació del pressupost hauran de dissoldre l'entitat instrumental. En tot cas aquesta dissolució serà efectiva amb data de 31 d'agost de 2015.
- **AJORNADA PER DETERMINADES ACTIVITATS D'AQUESTES ENTITATS INSTRUMENTALS (AIGÜES, RESIDUS, TRANSPORT PÚBLIC).**

IMPACTES ORGANITZATIUS I DE RRHH I I

- **Redimensionament sector públic instrumental local-3**
- QUARTA REGLA: Els ens instrumentals adscrits a entitats locals, no poden constituir ens instrumentals dependents a partir de l'entrada en vigor de la Llei Prohibició Holdings. "Pro futur". Limitacions potestat d'organització.
- CINQUENA REGLA: Els ens públics instrumentals (inclosos Consorcis), que a l'entrada en vigor d'aquesta llei estiguin vinculats a altres ens instrumentals locals, QUE A L'ENTRADA EN VIGOR D'AQUESTA LLEI NO ESTIGUIN EN SITUACIÓ DE SUPERÀVIT, O EQUILIBRI han de ser dissolts en el termini de 3 mesos des d'entrada en vigor d'aquesta Llei i iniciar la liquidació en els tres mesos posteriors. Si el control no és exclusiu, han de procedir a la transmissió de la seva participació en el termini de tres mesos. CONSEQÜÈNCIES SOBRE EL PERSONAL.
- AJORNADA PER DETERMINADES ACTIVITATS D'AQUESTES ENTITATS INSTRUMENTALS (AIGÜES, RESIDUS, TRANSPORT PÚBLIC).
- Solucions? Marge de maniobra escàs. Agrupacions d'Interès Econòmic (Llei 1991; Reglament comunitari 1985). S'han suavitzat algunes regles, però endurit altres.
- **Disposició Addicional 12 LBRL: Retribucions contractes mercantils i d'alta direcció sector públic instrumental.** Membres òrgans de govern: reducció en funció de tipus d'entitat. Competència Ple.

IMPACTES ORGANITZATIUS I DE RRHH I 2

- **Mesures relatives a funció pública local i RRHH:**
- **El nou article 92 LBRL:**
- Redefinició del sistema de fonts en l'article 92 LBRL.
- Preferència aplicativa de la LBRL en matèria de funció pública sobre l'EBEP i la resta de les lleis (legislació de l'Estat i de les CCAA): trenca la pretensió de l'EBEP i acaba amb la fórmula ambigua de l'article 3.1 d'aquest text.
- La regla general és que els llocs de treball de l'Administració Local i dels seus organismes autònoms es proveeixin per funcionaris.
- Reserva de funcions a funcionaris públics: article 9.2 EBEP, junt un afegit: "les que impliquin exercici d'autoritat, i, en general, aquelles que en desplegament d'aquesta Llei, es reservin als funcionaris per a major garantia de l'objectivitat, imparcialitat i independència de l'exercici de la funció "(antic 92 LBRL). Reformulació que implica més intensitat que el 9.2 EBEP (referència de l'article 85 LBRL, reenvia al 9.2 EBEP, però no a la regla del 92 de la LBRL, incongruent)

IMPACTES ORGANITZATIUS I DE RRHH I 3c

- **Funcions reservades a funcionaris públics:** article 92 de la LBRL. Article 85 bis LBRL: article 9.2 EBEP.
- **Funcionaris amb habilitació "nacional".** Vaivens constants en la regulació. Derogació de l'EBEP: "ressuscita" la LBRL i la normativa reglamentaria. Recentralització competències. S'amplia l'àmbit de la Lliure Designació.
- **Paper de l'interventor:** Es modifiquen els articles 213 i 218 TRLHL. Però s'ha desactivat la regulació extensiva del Projecte. **PERÒ EL PAPER DE LA INTERVENCIÓ ÉS CLAU EN L'APLICACIÓ D'AQUESTA LLEI.**
- **Normes sobre personal directiu:** funcionaris (amb matisos). S'han rebaixat les exigències tant pel que fa al personal directiu dels municipis de gran població i en les Diputacions Provincials. REFERÈNCIA AL REGLAMENT ORGÀNIC. MODEL CORPORATIU.
- **Limitacions retribucions funcionaris locals.** LPG: no s'ha recollit cap previsió. S'incorpora com a mesura estructural i es pot activar en algun moment. Pot tenir conseqüències importants sobre les estructures retributives.
- Retribucions contractes mercantils i directius EEI.
- **S'han eliminat les normes relatives a traspàs de personal,** tret de les disposicions transitòries primera i segona (serveis socials i salut). Problemes aplicatius.

IMPACTES ORGANITZATIUS I DE RRHH I 4

- **ALGUNES CONCLUSIONS:**

1. Impacte directe de la LRSAL sobre l'organització i personal és relatiu, però hi ha certes conseqüències immediates.
2. Els majors impactes són a mitjà / llarg termini: veure Pla Pressupostari 2014.
3. S'obren infinitat d'incògnites i incerteses: afectació al clima laboral i a la prestació de serveis.
4. Les mesures més traumàtiques poden provenir de diferents fronts: caracterització de la competència i supressió serveis impropis, gestió integrada o compartida de serveis mínims, fusió de municipis, plans economicofinancers, plans de redimensionament del sector públic instrumental, dissolució mancomunitats, nou règim jurídic dels consorcis, dissolució d'entitats locals menors, etc.
5. Afectació a l'organització política, administrativa i al personal.
6. Els instruments de planificació de RRHH com a base de les reassignacions, declaració de situacions administratives o desvinculacions del personal.
7. Problemes de gestió política: tensions amb els agents socials.

NOVEDADES INTRODUCIDAS EN EL ÁMBITO LABORAL POR EL REAL DECRETO LEY 16/2013, DE 20 DE DICIEMBRE. SU INCIDENCIA SOBRE EL EMPLEO DEL SECTOR PÚBLICO LOCAL

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

1.- CONSIDERACIONES PREVIAS	1
2.- DEL CONTRATO DE TRABAJO A TIEMPO PARCIAL A LA CONTRATACIÓN POR HORAS	3
2.1.- Previsiones sobre el trabajo a tiempo parcial de los empleados públicos	3
2.2.- Novedades a la luz del Real Decreto Ley 16/2013: el trabajo “a la carta”	4
2.3.- La voluntariedad del trabajador para proceder a la novación de una dedicación a tiempo completo en otra a tiempo parcial como principio general	7
2.3.1.- Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo en cuanto al tiempo se refiere	8
2.3.2.- Alternativas al consentimiento del trabajador	15
A) Los expedientes de reducción de jornada por causas económicas, técnicas y organizativas ...	15
B) Inaplicación o suspensión de la dedicación pactada	19
3.- DISTRIBUCIÓN IRREGULAR DE LA JORNADA DE TRABAJO	24
4.- PERMISO POR CUIDADO DE HIJO	27
5.- PERÍODO DE PRUEBA	30
6.- EL RECURSO A LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL: POSIBILIDADES	32
7.- BASE DE COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL: LA AMPLIACIÓN DE ELEMENTOS INCLUIDOS	39
8.- CONTRATO PARA LA FORMACIÓN Y EL APRENDIZAJE	40
9.- OTRAS REFORMAS SIN REPERCUSIÓN PARA EL EMPLEO PÚBLICO: APUNTE	41

1.- CONSIDERACIONES PREVIAS

En el BOE del 21 de diciembre de 2013 y con vigencia desde el día siguiente, aparece publicada una revisión aparentemente parcial (“ajustes menores” en palabras del legislador gubernamental), pero realmente de profundo calado en algunas de las instituciones nucleares del Derecho del Trabajo como son, entre otras, la prestación de servicios a tiempo parcial, la jornada, el período de prueba, las posibilidades de intervención de las empresas de trabajo temporal o la cotización a la Seguridad Social.

Antes de entrar a analizar el contenido normativo del mencionado Real Decreto Ley, procede aclarar cuál es el régimen jurídico aplicable al personal laboral al servicio de las Entidades Locales para dilucidar la mayor o menor incidencia de esta norma sobre tal colectivo.

A diferencia de lo que sucede con los funcionarios, la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL), sigue sin aclarar el sistema de fuentes, por el que se regula el personal laboral al servicio de las Entidades Locales, no en vano el reformado art. 92.1 Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local

(LRBRL) se detiene en establecer exclusivamente un estatuto para los funcionarios integrado por las normas transcritas a continuación, sin mencionar para nada a los trabajadores por cuenta ajena: a) con carácter preferente, la propia LRBRL; b) en lo no previsto en ella, es decir, con carácter supletorio: la restante legislación del Estado en materia de función pública y la legislación de las Comunidades Autónomas en los términos del art. 149.1.18 CE. Por tanto y en lo que afecta a los funcionarios, se da prioridad aplicativa a la LRBRL sobre la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), matizando así el tenor legal del art. 3 EBEP, en virtud del cual “el personal funcionario de las Entidades Locales se rige por la legislación estatal que resulte de aplicación, de la que forma parte este Estatuto y por la legislación de las Comunidades Autónomas, con respeto a la autonomía local”.

Sin embargo, como ya consta, ninguna previsión incorpora este precepto en relación con el personal laboral, ignorando una realidad capaz de demostrar cómo las Corporaciones Locales han venido frecuentemente contratando, bajo la legislación social, la realización de obras o servicios (u otras actuaciones) con carácter temporal o permanente de acuerdo con sus necesidades, impregnadas, no obstante, por razones de interés general (art. 103 CE). La jurisprudencia ha proclamado que si la Administración (incluida la Local) actúa como empresario ha de quedar sujeta al ordenamiento jurídico encargado de disciplinar esa prestación de servicios; en consecuencia, el contrato de trabajo habrá de regirse en su desarrollo y en la extinción de la relación de él dimanante, por la normativa social de aplicación, no en vano entra en la delimitación del ámbito subjetivo del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 25 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores (arts. 1.1 y 2 ET), del que quedan excluidos únicamente los funcionarios públicos y los contratados administrativamente [art. 1.3 a) ET]¹. En palabras del propio Tribunal Supremo, “no puede entenderse que las entidades y organismos públicos queden exentos de someterse a la legislación social cuando, actuando como empresarios, celebren y aparezcan vinculados con sus trabajadores por medio de contrato laboral... y ello a pesar de los principios constitucionales, pues estos cualificados empleadores deben tener en cuenta la normativa general, coyuntural y sectorial destinada a regular esta clase de contratos en el Derecho del Trabajo... Negar tal sometimiento iría en contra del claro mandato del art. 9.1 de la Norma Fundamental que sujeta, no sólo a los ciudadanos, sino también a los poderes públicos, a la propia Constitución y al resto del ordenamiento jurídico...”².

Más aún, el legislador laboral en ningún momento considera que el contrato de trabajo celebrado por una Administración Pública (Local, *in casu*) con su personal por cuenta ajena constituye una relación laboral especial, que suponga la preterición de la aplicación del propio ET o de instituciones específicas del mismo. Como única peculiaridad a tener en cuenta, procede aclarar que a la relación de servicios de este colectivo no sólo le va a ser de aplicación la mentada ley laboral y el convenio colectivo, sino también el EBEP, en términos tales que el articulado de este último en ocasiones establece reglas muy concretas, las cuales en la práctica comportan que su régimen jurídico se separe del común recogido en la legislación social, jugando a estos efectos el “principio de especialidad”, es decir, aplicándose preferentemente el EBEP respecto del ET en las hipótesis de conflicto entre ambas leyes, pero ello siempre y cuando los preceptos del primero (el EBEP) así lo dispongan expresamente, pues, en caso contrario, la presunción de partida es que el EBEP se aplica exclusivamente a los funcionarios públicos y a los laborales la legislación social³.

Cabe recordar, además, que el art. 7 EBEP parece ofrecer la regla básica (no exenta de complejidad) del sistema de fuentes del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas: aplicación del EBEP cuando este texto así lo prevea, del ET y de los convenios colectivos. Ninguna previsión adicional efectúa el art. 3 EBEP ni tampoco el reformado art. 92 LRBRL, referidos, como ya consta, en exclusiva, a los funcionarios de las Entidades Locales,

¹ Por todas, SSTs, Social, 10 marzo 1999 y 11 noviembre 2004.

² STS, Social, 6 mayo 1992 y 24 enero y 19 julio 1994.

³ LÓPEZ GÓMEZ, J.M.: *La relación laboral especial de empleo público. Estudio de su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid (Civitas), 2009, págs. 23 y ss.

razón por la cual procede entender que la relación de trabajo de los empleados laborales al servicio de las Corporaciones Locales (al igual que en otras Administraciones), se encontrará regida, a tenor del mentado art. 7 EBEP, “además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables por los preceptos del EBEP que así lo dispongan”, lo que hay que combinar, no obstante, con el juego de otras normas: la LRBRL y el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Bases de Régimen Local (TRRL), en las cuales cabe detectar, de entrada, una clara falta de interés al respecto, que no se ha corregido con la LRSAL.

Así pues, a la luz de las reflexiones anteriores, no cabe duda que las novedades introducidas en el ordenamiento jurídico laboral por el Real Decreto 16/2013 afectan al personal contratado por cuenta ajena del sector público local, debiendo proceder al detalle de sus previsiones para hacer una valoración particular de su ordenación jurídica.

2.- DEL CONTRATO DE TRABAJO A TIEMPO PARCIAL A LA CONTRATACIÓN POR HORAS

La realización de la actividad laboral durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año, inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo, con la correlativa y proporcional reducción retributiva, ha sido objeto de varias reformas en las últimas décadas con el fin de incrementar progresivamente su utilización, más baja en España que en otros países del entorno europeo⁴.

No cabe ocultar, como aspectos positivos, que esta modalidad no sólo es un mecanismo relevante en la organización flexible del trabajo y en la adaptación a las necesidades profesionales y personales de los trabajadores, sino que contribuye a la redistribución del empleo existente en tanto fórmula de reparto de ese bien tan escaso en la actual situación económica.

En contrapartida, tampoco procede olvidar que contribuye al incremento de la precariedad laboral por la menor dedicación e inferior retribución, no en vano en numerosas ocasiones no es una opción decidida por el trabajador a su propia conveniencia sino una consecuencia de una posición débil en una situación de crisis aguda.

2.1.- Previsiones sobre el trabajo a tiempo parcial de los empleados públicos

La posibilidad de trabajar a tiempo reducido fue tímidamente incorporada en el ordenamiento jurídico funcional, a través de la reforma introducida en el derogado art. 18 Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (LMRFP) por la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, que facultaba a los planes de empleo para la incorporación, entre otras previsiones, de la «prestación de servicios a tiempo parcial» [art.18.2.g)]. Con posterioridad, el art. 47 EBEP señala expresamente cómo “la jornada de trabajo (de los funcionarios públicos) podrá ser a tiempo completo o a tiempo parcial”. Pese a esta doble alternativa que parece ponerse en pie de igualdad en el EBEP, lo cierto es que si de funcionarios se trata es necesario que la legislación de desarrollo del Estatuto Básico establezca las peculiaridades de la dedicación parcial garantizando la equiparación de derechos con los funcionarios a tiempo completo y la aplicación del principio de proporcionalidad únicamente en aquellos aspectos de tipo cuantitativo, mientras que los derechos de matiz cualitativo se deberán atribuir íntegramente sin capacidad de merma alguna. Es más, las normas de desarrollo del art. 47 EBEP han de aclarar los efectos de la prestación de este tipo de actividad sobre los derechos pasivos de los funcionarios, debiendo también revisar a fondo el sistema de incompatibilidades, pues es posible que algunos de los funcionarios públicos que no desempeñen sus tareas a jornada completa deseen asumir otras actividades remuneradas en las horas libres. En fin, estas circunstancias son de aplicación a los funcionarios de las Administraciones Locales porque el art. 94 LRBRL sienta que “la jornada de trabajo de los funcionarios de la Administración local será en cómputo anual la misma que se fije para los

⁴ Según Eurostat, en España, en 2012, sólo el 14,6 por 100 de los trabajadores estaba contratado a tiempo parcial frente a una media del 20,9 por 100 en la zona euro.

funcionarios de la Administración Civil del Estado. Se les aplicarán las mismas normas sobre equivalencia y reducción de jornada”.

Nada impediría, no obstante, que, pese a la falta de desarrollo del art. 47 EBEP, la realización del trabajo a tiempo parcial por parte de los funcionarios se pudiera incluir dentro de un plan de ordenación de los recursos humanos (art. 69 EBEP)⁵, instrumento dirigido, atendiendo al tenor legal, a “contribuir a la consecución de la eficacia en la prestación de los servicios y de la eficiencia en la utilización de las partidas económicas disponibles mediante la dimensión adecuada de los efectivos, su mejor distribución, formación, promoción profesional y movilidad”⁶. Su fin es, por tanto, doble: de un lado, posibilitar que la prestación de los servicios por parte de la organización sea eficaz; de otro, que el gasto en recursos humanos se realice de forma eficiente. Estos planes de ordenación pretenden, por ende, conseguir la óptima utilización de los efectivos al servicio de los Entes públicos en el ámbito al cual afecten, abarcando las actuaciones globales y puntuales precisas, de forma conjunta para el personal, dentro de los límites presupuestarios y de acuerdo con las directrices de política de personal. Integran, así, un conjunto voluntario de previsiones y actuaciones capaces de resolver, en la medida de lo posible, las necesidades de la gestión del personal en su esfera de aplicación, garantizando la disposición de los empleados necesarios para la adecuada prestación de los servicios, en número y características⁷.

Cierto es que, entre las medidas que, sin ánimo exhaustivo, el art. 69 EBEP enumera como de posible incorporación a un plan de ordenación (análisis de las disponibilidades y necesidades de personal, tanto desde el punto de vista del número de efectivos como del de los perfiles profesionales o niveles de cualificación de los mismos; sistemas de organización del trabajo y modificaciones de estructuras de puestos; movilidad, incluyendo la suspensión de incorporaciones de personal externo o de convocatorias de concursos de provisión de puestos; promoción interna y formación y movilidad forzosa e incorporación de recursos humanos a través de la oferta de empleo público), no aparece mencionada expresamente la prestación de servicios a tiempo parcial, si bien, en una primera aproximación y dado el carácter no cerrado del listado, nada impediría su adopción, previa negociación con los representantes y modificación de la relación de puestos de trabajo (RPT).

2.2.- Novedades a la luz del Real Decreto Ley 16/2013: el trabajo “a la carta”

Despejado el panorama normativo en relación con los funcionarios, no cabe ninguna duda que las novedades que introduce el Real Decreto 16/2013 en el art. 12 ET van a afectar a la contratación a tiempo parcial de empleados laborales en el sector público local en el sentido siguiente:

1.- El contrato a tiempo parcial debe seguir formalizándose por escrito, si bien ahora desaparece toda referencia al modelo oficial en la línea descrita en el preámbulo tendente a reducir las cargas administrativas a través de una simplificación de los formularios contractuales actualmente existentes.

2.- Se suprime la posibilidad, facilitada anteriormente por la Ley 3/2012, relativa a que los trabajadores contratados a tiempo parcial puedan realizar horas extraordinarias (esto es, que excedan de la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo), salvo en los casos previstos en el art. 35.3 ET, referido a las destinadas a prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes. Se vuelve, por tanto, al modelo prohibitivo anterior a la reforma de 2012.

⁵ SSTSJ, Social, Andalucía (Sevilla) 25 abril 1997 ó Castilla y León (Valladolid) 24 julio 2006.

⁶ ALDOMA BUIXADE, J.: “Planificación de los recursos humanos y estructuración del empleo público (arts. 69 a 77)”, en AA.VV (DEL REY GUANTER, S., Dir.): *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid (La Ley), 2008, pág. 741.

⁷ GIL PLANA, J.: “Despidos colectivos: aspectos sustantivos”, en AA.VV (MONTOLYA MELGAR, A. y GARCÍA MURCIA, J., Dirs.): *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid (Civitas), 2012, pág. 286.

De conformidad con el art. 36.4 de la Orden ESS/106/2014, de 31 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, la retribución que reciban los trabajadores a tiempo parcial por el concepto de horas extraordinarias motivadas por fuerza mayor queda sujeta a la cotización adicional (no computable para calcular la base reguladora de las prestaciones) efectuada aplicando el tipo del 14,00 por 100, del que el 12,00 por 100 será a cargo de la empresa y el 2,00 por 100 a cargo del trabajador.

3.- Se flexibiliza sustancialmente el régimen jurídico de las horas complementarias, esto es, de aquellas que se adicionan a las horas ordinarias y se retribuyen como tales sin que puedan exceder del límite legal del trabajo a tiempo parcial (jornada inferior a la de un trabajador comparable del sector):

a) Se mantiene la distinción entre horas complementarias pactadas (esto es, aquellas de realización obligatoria para el trabajador cuando haya firmado el preceptivo pacto por escrito no sujeto ahora a modelo alguno) y voluntarias (esto es, aquellas que responden al ofrecimiento empresarial y son de aceptación facultativa), pero se impide que el convenio colectivo regule, junto a la ley, su régimen jurídico.

b) Respecto de las horas complementarias voluntarias, se reduce de 7 a 3 días el plazo establecido para preavisar al trabajador del día y hora de realización, plazo que podrá reducirse (no ampliarse como antes) por convenio, que, en este caso, puede mejorar en beneficio del empleador. Sólo se permiten en los contratos a tiempo parcial indefinidos con una jornada de trabajo no inferior a 10 horas semanales en cómputo anual. Su número no podrá superar el 15 por 100 de las horas ordinarias del tiempo de trabajo, ampliable al 30 por 100 por convenio colectivo, sin que computen a efectos de los porcentajes previstos para las horas complementarias pactadas.

c) Por lo que hace a las horas complementarias acordadas, se admite la posibilidad de su realización no sólo en los contratos a tiempo parcial indefinidos sino también en los temporales, si bien con la condición de que la jornada ordinaria establecida en ambos casos no sea inferior a 10 horas semanales en cómputo anual. Se incrementa el número de las que pueden realizarse, pasando del 15 por anterior al actual 30 por 100 de las horas fijadas en el contrato, pudiendo el convenio colectivo (sin referir el ámbito) establecer otros porcentajes ajustándose al mínimo del citado 30 por 100 y al máximo del 60 por 100 de las horas ordinarias contratadas.

d) El régimen de horas complementarias pactado con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto Ley 16/2013 continuará siendo de aplicación en los contratos vigentes a dicha fecha, salvo que las partes acuerden modificarlo.

e) Como botón de muestra, a través de esta vía se podrá hacer, si así lo prevé el convenio, el doble de jornada firmada inicialmente. De este modo, con un vínculo de 20 horas semanales, se podrán realizar hasta 38 semanales, sumando horas ordinarias, complementarias pactadas y complementarias voluntarias. Cobra carta de naturaleza, por tanto, el llamado trabajo a tiempo parcial “a la carta”, capaz de restar seguridad a la parte trabajadora sobre su horario y su distribución⁸. Como con acierto se ha dicho, el empleo inicialmente parcial se puede convertir en empleo cuasi a tiempo completo⁹.

4.- Se establece una obligación de registro de la jornada de los trabajadores a tiempo parcial (de la que únicamente se exceptúan los que trabajan en el servicio doméstico), que se efectuará día a día y se totalizará mensualmente, entregando copia al trabajador, junto con el recibo de salarios, debiéndose conservar los resúmenes mensuales durante un período mínimo de 4 años. La

⁸ Recogiendo diversas opiniones doctrinales sobre esta cuestión, BENAVENTE TORRES, I.: *El trabajo a tiempo parcial*, Sevilla (Consejo Económico y Social de Andalucía), 2005, págs. 184 y ss.

⁹ MOLINA NAVARRETE, C.: “La rabiosa actualidad socio-laboral para el inicio del 2014: entre la certeza de los recortes de la protección social y la esperanza de la empleabilidad a tiempo parcial”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 370, 2014, pág. 133.

consecuencia del incumplimiento empresarial de estas obligaciones conllevará la presunción *iuris tantum* (cabe prueba en contrario) de que el contrato se ha celebrado a jornada completa.

5.- Desaparece la referencia a que la jornada en el trabajo a tiempo parcial podrá realizarse de forma continuada o partida, precisando ahora únicamente que sólo será posible efectuar una única interrupción en la jornada diaria de los trabajadores a tiempo parcial cuando esta jornada diaria se inferior a la de los trabajadores a tiempo completo, salvo que el convenio colectivo disponga otra cosa, eliminándose la remisión anterior al convenio sectorial o de ámbito inferior. Tal supresión es coherente con el favor por el modelo de negociación descentralizada hacia la empresa, dejando abierta la regulación a cualquier unidad negociadora y convenio colectivo que se pueda alcanzar en ella, lo cual tiene incidencia en el ámbito público donde no existen convenios de sector, sino sólo de empresa o de grupo de empresas¹⁰.

6.- Se prevé una reducción en un 1 por 100 del tipo de cotización para la contingencia de desempleo en los contratos de duración determinada a tiempo parcial, idea que reitera el Real Decreto Ley 1/2014, de 24 de enero, en su artículo undécimo, y que concreta la Orden 106/2014, de 31 de enero, en el art. 2.1.2.2, en el 8,30 por 100, del que el 6,70 por 100 corre a cargo del empresario (antes 7,70) y el 1,60 por 100 a cargo del trabajador, quedando equiparada, por tanto, la cotización con los contratos de duración determinada a tiempo completo.

En relación con la protección social del trabajo a tiempo parcial, cabe recordar que el Real Decreto Ley 11/2013, de 2 de agosto, recoge la doctrina sentada en las Sentencias del Tribunal Constitucional 61/2013, de 14 de marzo, 71 y 72/2013, de 8 de abril, y 116 y 117/2013, de 20 de mayo, que afectan al cálculo de los períodos de cotización para acceder a las correspondientes prestaciones económicas, respecto de los períodos acreditados con contrato a tiempo parcial, entendiendo ahora que los períodos de tiempo con contrato vigente a tiempo parcial deben contarse de igual modo que cuando se trata de trabajadores a tiempo completo. Así el art. 36 de la Orden 106/2014 determina, como regla general, que “la cotización a la Seguridad Social, desempleo, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional derivada de los contratos de trabajo a tiempo parcial se efectuará en razón de la remuneración efectivamente percibida en función de las horas trabajadas en el mes que se considere”, para a continuación establecer reglas específicas en aras a determinar la base de cotización por contingencias comunes y profesionales.

Para las primeras, se computará la remuneración devengada por las horas ordinarias y complementarias en el mes a que se refiere la cotización, con independencia de que haya sido satisfecha diaria, semanal o mensualmente. A dicha remuneración se sumará la parte proporcional que corresponda en concepto de descanso semanal y festivos, pagas extraordinarias y aquellos otros conceptos retributivos que tengan una periodicidad en su devengo superior a la mensual o que no tengan carácter periódico y se satisfagan dentro del año, siempre lógicamente repitiendo la base mínima y máxima existente.

Para las segundas, se computará, además de lo anterior, la remuneración correspondiente a las horas extraordinarias derivadas de fuerza mayor, sin que en ningún caso la base pueda ser superior al tope máximo ni inferior a 4,54 euros. No obstante, en la base reguladora de la prestación por desempleo se excluirá la retribución por estas horas extraordinarias.

7.- Por su parte, la Ley 11/2013 contempla incentivos para la contratación a tiempo parcial con vinculación formativa, exigiendo, entre otros requisitos, que el trabajador proceda de “otro sector de la actividad”, cuestión que se concreta en el Real Decreto Ley 16/2013 atendiendo a los especificados en la Clasificación Nacional de Actividades Económicas 2009 (CNAE-2009), según el anexo del Real Decreto 475/2007.

¹⁰ MOLINA NAVARRETE, C.: “La rabiosa actualidad socio-laboral para el inicio del 2014: entre la certeza de los recortes de la protección social y la esperanza de la empleabilidad a tiempo parcial”, cit., pág. 128.

8.- Por último y no menos importante, se mantiene en el Real Decreto Ley 16/2013 el carácter voluntario para el trabajador frente a las posibles transformaciones de un trabajo a tiempo completo en otro a tiempo parcial y viceversa. Asimismo, permanecen las obligaciones informativas de la empresa (Administración Local, *in casu*) sobre vacantes que permitan el paso de un vínculo a otro. No obstante, se eliminan algunas especificidades anteriormente establecidas, en concreto:

- a) Ya no se contempla el derecho preferente del trabajador que, habiendo acordado voluntariamente la conversión de su contrato, desee retornar a la situación anterior ocupando la correspondiente vacante.
- b) No consta la preferencia de que quienes prestaran trabajo a tiempo parcial durante al menos tres años, para cubrir vacantes a tiempo completo.
- c) Se suprime la llamada a la negociación colectiva para que contemple, en su caso, especialidades en la transformación de tiempo completo a parcial por motivos familiares o formativos.
- d) Cualquier convenio puede fijar procedimientos para el cambio de jornada completa a parcial o a la inversa (anteriormente se exigía que fueran sectoriales o, en su defecto, de ámbito inferior).

2.3.- La voluntariedad del trabajador para proceder a la novación de una dedicación a tiempo completo en otra a tiempo parcial como principio general

Ningún obstáculo existe para que las Administraciones Locales puedan reclutar personal laboral *ex novo*, con carácter indefinido o temporal, bajo la modalidad del contrato a tiempo parcial sujeto al nuevo régimen jurídico aquí analizado. No cabe, sin embargo, la novación unilateral de los contratos de trabajo a tiempo completo en vínculos a dedicación parcial, pues el tenor del art. 12.4 e), antes y después del Real Decreto 16/2013, es claro, en sus términos, al establecer que “la conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo parcial y viceversa tendrá siempre carácter voluntario para el trabajador y no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo al amparo de lo dispuesto en la letra a) del apartado 1 del art. 41” y, de otro, que “el trabajador no podrá ser despedido ni sufrir ningún otro tipo de sanción o efecto perjudicial por el hecho de rechazar esa conversión, sin perjuicio de las medidas que, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 51 y 52 c) ET, puedan adoptarse por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”. Como ha sentado en varias ocasiones el Tribunal Supremo, “para calificar una relación como contrato de trabajo a tiempo parcial no basta que la reducción del tiempo de trabajo sea inferior a la jornada ordinaria a tiempo completo, sino que es preciso que la reducción de jornada sea voluntariamente adoptada con sujeción a la concreta modalidad de contrato a tiempo parcial”¹¹. Y ello porque el cambio de un contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial implica un cambio en la modalidad contractual y en el régimen jurídico aplicable que exige la aquiescencia del afectado, razón por la cual la limitación aquí esbozada no operaría únicamente en los contratos inicialmente suscritos a tiempo parcial que podrían ver reducida sustancialmente la dedicación¹².

De este modo, cumplido el requisito *sine qua non* del consentimiento, si los trabajadores acuerdan la conversión voluntaria de su contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial o en fijo-discontinuo, ello conllevará una reducción de las retribuciones y del salario regulador de las

¹¹ SSTs, Social, 14 mayo 2007 y 15 octubre 2007.

¹² SALA FRANCO, T. y PEDRAJAS QUILES, T.: *La modificación e inaplicación de las condiciones de trabajo*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2013, pág. 77.

futuras indemnizaciones, así como de todo su régimen de derecho público (cotizaciones y prestaciones), reconociéndoles en situación legal de desempleo parcial¹³.

2.3.1.- Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo en cuanto al tiempo se refiere

La exigencia del consentimiento del trabajador para el trueque de su contrato de trabajo a tiempo pleno en otro a dedicación parcial supone que aun cuando el art. 41 ET recoge la facultad unilateral de modificar las condiciones de trabajo, mencionando expresamente en su apartado a) la “jornada de trabajo”, en su apartado b) el “horario y distribución del tiempo de trabajo”, y en el apartado c) el “régimen de trabajo a turnos”, lo cierto es que las alteraciones que afecten a estos aspectos relacionados con el tiempo de trabajo no pueden arrastrar el cambio de la modalidad contractual de tiempo completo a tiempo parcial.

En consecuencia, por la vía del art. 41 ET pueden llevarse a la práctica modificaciones que afecten únicamente a la distribución horaria y al sistema de trabajo a turnos, siempre y cuando concurren, además, tres requisitos: primero, encuentren justificación en probadas razones económicas, técnicas, organizativas y de producción; segundo, se siga el procedimiento legalmente previsto dicho precepto, distinguiendo entre modificaciones individuales y colectivas; y, tercero –y para el ámbito específico de las Administraciones Locales–, se refleje la voluntad institucional para el uso de este resorte en las relaciones de puestos de trabajo si en las mismas existiera constancia expresa de la condición a modificar¹⁴. Siendo claro el último condicionante, procede descender al detalle de los dos primeros, dejando sentado desde el primer momento que la Administración no tendrá grandes obstáculos para acreditar la concurrencia de las causas dada la generosidad de los términos legales, pero sí graves dificultades procedimentales para tramitar las modificaciones referidas al horario, distribución del tiempo de trabajo y régimen de trabajo a turnos.

1.- Según el art. 41 ET, se considerarán probadas razones económicas, técnicas, organizativas y de producción, las que “estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa”. Tal definición denota una clara flexibilidad en la formulación, si bien ello tampoco debe concebirse como una auténtica vía libre, pues, sin duda, los Tribunales seguirán valorando la razonabilidad y proporcionalidad de la decisión empresarial con base a argumentos tales como la buena fe contractual, el fraude de ley o el abuso de derecho¹⁵. Así, aun cuando la exigencia ha de ser mucho menor que en otros supuestos, singularmente los relativos a los despidos colectivos y objetivos, se puede acudir como pauta interpretativa, a la hora de aquilatar estos conceptos en el sector público, a lo previsto en disposición adicional 20ª ET.

1º.- Conforme a la mencionada disposición adicional 20ª ET y su desarrollo reglamentario, la concurrencia de causa económica se concreta en una situación de “insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes”, esto es, un desequilibrio entre ingresos previstos y gastos conformados en el presupuesto, distinguiendo, por tanto, “entre presupuestación y caja porque una cosa es tener crédito y otra tener dinero para pagarlo”¹⁶. Y ello porque los ingresos de la Administración no dependen de las fluctuaciones de la demanda en el seno de un mercado competitivo, sino de la planificación presupuestaria que prevé

¹³ ROQUETA BUJ, R.: “La suspensión contractual o reducción de la jornada y los despidos económicos en las Administraciones Públicas”, en AA.VV (FUENTETAJA PASTOR, J.A. y CANTERO MARTÍNEZ, J., Dirs.): *Crisis económica y función pública*, Pamplona (Aranzadi), 2012, págs. 291 y ss.

¹⁴ CORDERO SAAVEDRA, L.: *Régimen de trabajo en las Administraciones Públicas*, Madrid (Laborum), 2000, pág. 219.

¹⁵ SAN 28 mayo 2012 (rec. 2317/2012).

¹⁶ PALOMAR OLMEDA, A.: “El buen orden de las cuentas públicas”, www.legaltoday.com.

una financiación, de posible incremento o reducción por la vía impositiva, y unos gastos, que también dependen de la voluntad de la Administración¹⁷.

Los dos calificativos que acompañan a la insuficiencia presupuestaria (“sobrevenida” y “persistente”) exigen una reflexión más detenida sobre sus características esenciales.

a) La reforma del art. 135 CE ha sido clave en esta materia al establecer el principio de equilibrio presupuestario y diseñar un nuevo marco de prioridades, conforme al cual el pago de los intereses y del principal de las deudas contraídas por la Administración, incluida la comercial, gozan de preferencia absoluta en el capítulo de gastos. De ahí que la referencia a la denominada “insuficiencia presupuestaria sobrevenida” excluya aquellas causas económicas que tengan como origen una decisión política de dotar a una determinada Administración Pública con unos recursos inferiores en el momento de elaboración y aprobación de los presupuestos correspondientes. O lo que es lo mismo, únicamente cabe invocar esta causa cuando, una vez aprobados los presupuestos, existan dificultades económicas diferentes a las que pudieran haberse tenido en consideración en el momento de confección de los mismos. Se trata, pues, de una previsión (fundamentalmente de ingresos) que ha sido efectuada en unas condiciones que, con posterioridad, no se han producido. Por lo tanto, habiendo recibido la Administración correspondiente una dotación presupuestaria, sobreviene una coyuntura que imposibilita la ejecución de alguna de las partidas previstas en los presupuestos ya aprobados¹⁸.

Además, la insuficiencia ha de ser cierta y actual, no prevista o futura, como en el ámbito privado. En el sector público, hay que atender al marco de los mecanismos preventivos y correctivos regulados en la normativa de “estabilidad presupuestaria” y “sostenibilidad financiera” de las Administraciones Públicas. La Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, modificada por la Ley 9/2013, define el primer concepto como “la situación de equilibrio o superávit estructural” (art. 2) y el segundo como “la capacidad para financiar compromisos de gasto presentes y futuros dentro de los límites de déficit y deuda pública” (art. 3), incluida la morosidad de deuda comercial (art. 4). En consecuencia, puede considerarse que la situación de desequilibrio financiero es equivalente, a estos efectos, al incumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria o prohibición absoluta de déficit.

b) La insuficiencia presupuestaria se ha de traducir en una carencia imprevista pero duradera del soporte económico, proyectándose, así, sobre dos instrumentos: previsión y financiación de los servicios públicos, sin que sea suficiente una deficiencia de carácter transitorio o coyuntural, pues la disposición adicional 20ª ET exige la confluencia de la nota de persistencia, cifrada en el art. 51 ET, en un parámetro de tres trimestres consecutivos¹⁹.

Cabe mencionar, en este contexto, un pronunciamiento judicial que entiende “debidamente acreditada la causa económica, pues se han constatado pérdidas graves y continuadas, que además son constantes, en los cuatro últimos ejercicios... Se ha de tomar en consideración que además existe una previsión de pérdidas para el año en curso... Por lo tanto, se justifica una situación de pérdidas económicas constantes, reiteradas que además es previsible que persistan en el tiempo. La situación derivada de los referidos datos objetivos debe calificarse como situación económica negativa, pues el resultado de los cuatro últimos ejercicios, ha sido negativo, constatándose importantes pérdidas económicas. También es negativo el resultado

¹⁷ PURCALLA BONILLA, M.A. y PRECIADO DOMÉNECH, C.H.: “Extinción del contrato de trabajo versus suspensión y reducción de jornada en el Real Decreto Ley 3/2012”, *Aranzadi Social*, núm. 2, 2012, pág. 9.

¹⁸ LÓPEZ CUMBRE, L.: Los efectos de la reforma laboral en el empleo público”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Iustel)*, núm. 24, 2012, pág. 22.

¹⁹ TRILLO PÁRRAGA, F.: “El despido del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”, *Revista de Derecho Social*, núm. 57, 2012, pág. 169.

correspondiente al primer trimestre de la anualidad en curso y existe una previsión igualmente negativa de cara al presente ejercicio económico”²⁰.

Con mayor detalle, el art. 35.2 Real Decreto 1483/2012 entiende que existe insuficiencia presupuestaria “sobrevenida y persistente” cuando concurren, acumulativamente, las siguientes circunstancias: a) Que en el ejercicio anterior la Administración Pública en la que se integra el Departamento, órgano, ente, organismo o entidad hubiera presentado una situación de déficit presupuestario, y b) Que los créditos del Departamento o las transferencias, aportaciones patrimoniales al órgano, ente, organismo o entidad, o sus créditos, se hayan minorado en un 5 por 100 en el ejercicio corriente o en un 7 por 100 en los dos ejercicios anteriores. A estos efectos, se tendrán en cuenta tanto las rebajas efectuadas en el presupuesto inicial como, respecto del ejercicio en curso, las realizadas en la fase de ejecución presupuestaria.

Cierto es que en el actual contexto económico, si se rebajan los créditos, las transferencias o las subvenciones, lo normal es que ello determine una situación de déficit. No menos verdad resulta, sin embargo, que la causa económica y el modo de su acreditación se definen en la Ley con vocación de permanencia. Y, en este sentido, cabe indicar que si la recesión comienza a superarse, la definición reglamentaria no se ajustará plenamente a lo dispuesto legalmente, tal y como ha alertado el Dictamen del Consejo de Estado entendiendo que el Reglamento debería limitarse a reproducir en términos exactos lo previsto en el párrafo segundo de la disposición adicional vigésima. Como ha sentado la doctrina, “el encaje de estos supuestos en las condiciones exigidas para la concurrencia de la causa económica ofrece ciertas dudas que hacen pensar en una extralimitación en el desarrollo reglamentario: el déficit no es asimilable sin más a una insuficiencia presupuestaria, puede no ser persistente, puede ser corregido con ajustes presupuestarios, habrá que comprobar si persiste tras los tres meses consecutivos, máxime cuando la disminución del 5% o del 7% es difícil que conduzca a una insuficiencia presupuestaria y el ajuste se puede producir con medidas menos traumáticas (recortes salariales, no reposición de efectivos, paralización de ofertas de empleo...)”²¹.

Tras la reforma de 2012, las insuficiencias presupuestarias se refieren –permítase la reiteración-- a aquellos supuestos en los que la previsión de ingresos se hizo en condiciones que no han resultado reales y, por tanto, no han servido para cubrir los gastos que se contemplaron en la programación económica presupuestaria. Esta versión de la causa económica se concreta en la existencia real y mantenida de la insuficiencia derivada del contraste entre la financiación prevista (de origen público) y los gastos posibles. Debe quedar claro, no obstante, pese a los generosos términos reglamentarios, que la voluntad del legislador ha sido la de vincular las insuficiencias presupuestarias a la imposibilidad de financiar los servicios públicos superando así la tentación inicial de asegurar o centrar la consideración de crisis económica en el ámbito de los gastos correspondientes a la gestión ordinaria donde pueden existir partidas no destinadas al mantenimiento de dichos servicios públicos (subvenciones a entidades privadas, gastos en fiestas, gastos en publicidad...), lo que viene a constituir uno de los impedimentos centrales e históricos para la aplicación real de la causa económica²². Ello sin olvidar que en muchas ocasiones la propia naturaleza del servicio público impide que su situación económica pueda ser analizada desde la

²⁰ STSJ, Social, Cantabria 26 septiembre 2012, comentada por RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “El procedimiento de despido colectivo en la Administración Pública”, *Relaciones Laborales*, núm. 7-8, 2013, pág. 50.

²¹ ROJAS RIVERO, G.P.: “La reforma laboral 2012 en las Administraciones Públicas”, *Revista del IVAP*, núm. 4, 2013, pág. 63.

²² ROQUETA BUJ, R.: “La extinción de los contratos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el ámbito público”, en AA.VV (PALOMAR OLMEDA, A., Dir.): *La Administración en un contexto de crisis*, Pamplona (Aranzadi), 2012, pág. 528.

perspectiva de la rentabilidad por cuanto su situación es deficitaria de forma intrínseca de modo tal que se considera consustancial a su propia prestación²³.

2º.- La citada disposición adicional 20ª ET establece textualmente cómo “se entenderá que concurren causas técnicas, cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de la prestación del servicio público de que se trate, y causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal adscrito al servicio público”²⁴. De tal redacción legal, cabe extraer tres consideraciones:

a) La regulación de las causas técnicas es prácticamente idéntica a la diseñada para el sector privado, pues únicamente, como diferencia digna de mención, se alude a la “prestación de servicio público” frente a la “producción empresarial”. Así, puede llevarse a efecto, en cualquier momento, un cambio impulsado por la necesidad de hacer más operativa la prestación del servicio público. Encajarían en este supuesto, por ejemplo, aquellos casos en los que se introdujeran nuevas tecnologías de la comunicación y de la información.

b) Lo mismo sucede por lo que hace a las causas organizativas, donde se atiende a los sistemas y métodos de trabajo del personal adscrito al servicio público, sin efectuar alusión alguna al modo de organizar la producción. Aquí cabe ubicar, por ejemplo, la decisión de externalizar determinadas funciones²⁵, la supresión o reducción de la dispensa de determinados servicios o la reorientación de los mismos hacia ámbitos de mayor trascendencia social o que se consideran prioritarios.

c) No cabe aplicar, sin embargo, causas productivas cuando el empleador sea una Administración Pública. Tal conclusión se puede extraer de la propia disposición adicional 20ª ET, que no las regula (tampoco lo hace el art. 35 Real Decreto 1483/2012) y la aplicación supletoria de la definición que introduce el nuevo art. 51 ET deviene inviable en el sector público de base territorial, pues se refiere a los “cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa quiere colocar en el mercado”, de imposible traslación atendiendo al fin perseguido por las Administraciones cual es la satisfacción del interés general y la prestación de servicios públicos. Por las mismas razones tampoco es aplicable directamente el art. 41 ET. Sin embargo, no cabe ocultar que sí podría aplicarse la causa productiva en las sociedades mercantiles y algunas empresas públicas²⁶.

Así lo reconoce expresamente el punto quinto del Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se aprueba el plan de reestructuración y racionalización del sector público empresarial y fundacional, publicado como anexo de la Orden HAP/583/2012, de 20 de marzo, en virtud del cual se dispone cómo “las medidas laborales que, en ejecución de las operaciones societarias y planes de redimensionamiento, se adopten, se entenderán motivadas por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en los términos de la disposición adicional 2ª Real Decreto Ley 3/2012”, referencia que hay que entender efectuada a la actual disposición adicional 20ª ET. En este ámbito (empresarial y fundacional), sí van a tener, por ende, operatividad las causas productivas.

2.- La Ley 3/2012 ha simplificado y flexibilizado las formalidades para proceder a las modificaciones²⁷, debiendo distinguir, para las empresas privadas, a tenor del art. 41 ET, entre las individuales y las colectivas, diferenciación que se establece ahora en derredor a los umbrales de

²³ LALAGUNA HOLZWARTH, E.: “Despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas en la Ley 3/2012”, *Aranzadi Social*, núm. 6, 2012, pág. 11.

²⁴ VARELA AUTRÁN, B.: “El despido objetivo en el sector público”, *La Ley*, núm. 7945, 2012, pág. 3.

²⁵ Debiendo entender que un sindicato cuenta con legitimación para recurrir la licitación, mediante concurso público, de un contrato administrativo. STCo 59/2011, de 3 de mayo.

²⁶ PALOMAR OLMEDA, A.: “El despido colectivo en el ámbito del sector público: primeras consideraciones”, *Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, 2012, pág. 3.

²⁷ VARELA AUTRÁN, B.: “Nota de urgencia sobre la reforma laboral aprobada”, www.diariolaley.es.

trabajadores afectados²⁸, suprimiendo el criterio de la valoración de la naturaleza de la fuente de fijación de la modificación, pues la reforma tanto de las condiciones establecidas en pactos o acuerdos extraestatutarios, como de las decisiones unilaterales del empresario de efectos colectivos y de las condiciones más beneficiosas disfrutadas a título individual, ha de seguir el procedimiento que pauta el art. 41. La inviabilidad de celebrar convenios colectivos extraestatutarios y la imposibilidad de establecer condiciones de trabajo superiores a las pactadas convencionalmente por la vía del reconocimiento de condiciones más beneficiosas de carácter colectivo atendiendo al carácter reglado de la actuación de la Administración Pública Local unido al sometimiento a mayores exigencias de tratamiento uniforme del conjunto de los empleados públicos, hacen más difícil que en el sector privado la utilización del procedimiento de modificaciones sustanciales, consistente en los siguientes extremos:

a) Para las primeras, las individuales: a') Se reduce a 15 días, antes 30, la duración del plazo de preaviso. b') Si se trata de jornada, horario y distribución del tiempo de trabajo y régimen de trabajo a turnos, si el trabajador resultase perjudicado por la modificación sustancial, tendrá derecho a rescindir su contrato y percibir una indemnización de 20 días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y con un máximo de 9 mensualidades²⁹. c') Sin perjuicio de la ejecutividad de la modificación, el trabajador que no opte por la rescisión podrá impugnarla ante la jurisdicción social, por falta de causa o de procedimiento, a través de la modalidad procesal especial del art. 138 Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS), solicitando la declaración judicial de que la decisión empresarial es injustificada o nula³⁰.

b) Para las colectivas:

a') Cabe el diseño de procedimientos específicos por parte de la negociación colectiva.

b') Se mantiene el período de consultas de 15 días, pero se reduce, caso de que no se alcance acuerdo durante el mismo, a 7 días –antes 30– el de la notificación de la decisión a los afectados³¹.

²⁸ Para adquirir la condición de colectivas, deben afectar a: a) Diez trabajadores, en el Departamento Ministerial, en el ente u organismo dependiente de la Administración General del Estado o vinculado a ésta, en la Consejería de las Comunidades Autónomas o en el órgano que estas determinen, en los entes u organismos dependientes o vinculados a ellas, así como en las entidades de la Administración Local y en los entes u organismos dependientes de ellas, que ocupen menos de cien trabajadores. b) El 10 por 100 del número de trabajadores, en aquel Departamento Ministerial, ente u organismo dependiente de la Administración General del Estado o vinculado a ésta, en la Consejería de las Comunidades Autónomas o en el órgano que estas determinen, en los entes u organismos dependientes o vinculados a ellas, así como en las entidades de la Administración Local y en los entes u organismos dependientes de ellas, que ocupen entre cien y trescientos trabajadores. c) Treinta trabajadores en el Departamento Ministerial, en el ente u organismo dependiente de la Administración General del Estado o vinculado a ésta, en la Consejería de las Comunidades Autónomas o en el órgano que estas determinen, en los entes u organismos dependientes o vinculados a ellas, así como en las entidades de la Administración Local y en los entes u organismos dependientes de ellas que ocupen más de trescientos trabajadores. d) Procede entender incluidos también, aplicando supletoriamente lo previsto en el art. 1.4 Real Decreto 1483/2012, los supuestos de extinción de los contratos de trabajo que afecten a la totalidad de la plantilla, siempre que el número de trabajadores sea superior a cinco, cuando se produzca la cesación total de su actividad.

²⁹ MOLINA NAVARRETE, C.: “De las reformas laborales a un nuevo, e irreconocible, estatuto del trabajo subordinado”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 348, 2012, pág. 70.

³⁰ PEDRAJAS MORENO, A.; SALA FRANCO, T. y MOLERO MANGLANO, C.: *La flexibilidad interna en la empresa. Una valoración crítica tras las reformas de 2010, 2011 y 2012*, 2ª edición, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2012, pág. 58.

³¹ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Flexibilidad interna y reorganización de la actividad productiva en la reforma laboral de 2010”, *Actualidad Laboral*, núm. 4, 2011, pág. 406.

c') En el período de consultas (trámite preceptivo a riesgo de convertir en nula la resolución que se dicte sin su sustanciación) se ha de debatir sobre las causas de la decisión y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas para atenuar las consecuencias sobre los trabajadores afectados³².

d') La interlocución con los trabajadores durante el período de consultas se somete a unas complejas reglas, sobre las que ha incidido el Real Decreto Ley 11/2013, pudiendo ser sintetizadas de la siguiente forma:

--Se llevará a cabo en una única comisión negociadora, si bien, de existir varios centros de trabajo, quedará circunscrita a los centros afectados por el procedimiento. Esta comisión negociadora estará integrada por un máximo de trece miembros en representación de cada una de las partes.

--En defecto de esta posibilidad, la intervención como interlocutores ante las Administraciones Públicas Locales se regirá por las siguientes reglas:

* Si el procedimiento afecta a un único centro de trabajo, corresponderá al comité de empresa o a los delegados de personal. Si no existiera representación legal de los trabajadores, éstos podrán optar por atribuir la competencia para la negociación, a su elección, a una comisión *ad hoc* de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia Administración Local y elegida por éstos democráticamente, o a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo (art. 41.4 ET)³³.

*Si el procedimiento afecta a más de un centro de trabajo, la intervención como interlocutores corresponderá: En primer lugar, al comité intercentros, siempre que tenga atribuida esa función en el convenio colectivo en que se hubiera acordado su creación. En otro caso, a una comisión representativa constituida del siguiente modo: a) si todos los centros afectados cuentan con representantes legales, la comisión estará integrada por éstos; b) si alguno de los centros cuenta con representantes legales y otros no, la comisión estará integrada únicamente por representantes leales de los trabajadores de los centros que cuentan con dichos representantes, salvo que los trabajadores de los centros que no cuenten con representantes legales opten por designar la comisión referida a los supuestos en los que solo queda afectado un único centro de trabajo, en cuyo caso estará integrada conjuntamente por representantes legales de los trabajadores y por miembros de las comisiones previstas para tal supuesto, en proporción al número de trabajadores que representen, pero si no ejercitan esta opción se asignará su representación a los representantes legales de los trabajadores de los centros de trabajo afectados que cuentan con ellos, en proporción al número de trabajadores que representen; c) si ninguno de los centros de trabajo afectados por el procedimiento cuenta con representantes legales de los trabajadores, la comisión representativa estará integrada por quienes sean elegidos por y entre los miembros de las comisiones designadas en los centros de trabajo afectados conforme a lo dispuesto para los supuestos en que el procedimiento afecte a un único centro de trabajo, en proporción al número de trabajadores que representen.

³² STSJ, Social, Andalucía 4 octubre 2010, que anula la Resolución del Rectorado de la Universidad de Granada porque había modificado el horario a trescientos trabajadores, cambiando su prestación de servicios en el turno de tarde para la mañana durante el período junio-julio, sin haber llevado a cabo un período de consultas con los sindicatos.

³³ BAYLOS GRAU, A.: "Movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo y descuelgue salarial en la reforma de 2010", *La Ley*, núm. 7388, 2010, págs. 24 y ss. ó GARCÍA GONZÁLEZ, R.L.: "La flexibilidad interna en la reforma laboral", *La Ley*, núm. 7488, 2010, pág. 14.

En todos estos supuestos, si como resultado de la aplicación de las reglas indicadas, el número inicial de representantes fuese superior a trece, éstos elegirán por y entre ellos a un número máximo de trece, en proporción al número de trabajadores que representen.

e') La comisión representativa de los trabajadores deberá quedar constituida con carácter previo a la comunicación empresarial del inicio del procedimiento de consultas, en todo caso en el plazo de siete días desde la fecha de la referida comunicación, salvo que alguno de los centros de trabajo que vaya a estar afectado no cuente con representantes legales de los trabajadores, en cuyo caso el plazo será de quince. Sea como fuere, la designación deberá realizarse en un plazo de cinco días a contar desde el inicio de período de consultas, sin que la falta de designación pueda suponer la paralización del mismo y sin que la constitución con posterioridad al inicio del período de consultas pueda comportar la ampliación de su duración.

f') Los acuerdos de esta comisión requerirán el voto favorable de la mayoría de los representantes de los trabajadores o, en su caso, de la mayoría de los miembros de la comisión representativa siempre que, en ambos casos, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros afectados miembros³⁴.

e') El empresario y la representación legal de los trabajadores pueden acordar sustituir el período de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje aplicable en el ámbito de la empresa, pero sin llegar a imponer un arbitraje obligatorio³⁵.

g') El legislador deja claro que la modificación sustancial es un procedimiento reactivo³⁶, presumiendo que concurren las causas justificativas en los casos de acuerdo modificativo con la representación de los trabajadores³⁷.

h') Contra estas decisiones se podrá reclamar en conflicto colectivo, sin que ello impida el ejercicio de la acción judicial prevista. La interposición del conflicto colectivo paralizará, no obstante, la tramitación de las acciones individuales iniciadas hasta su resolución. Así, con carácter excepcional, el legislador permite la impugnación del pacto ante la jurisdicción competente —la social— en base a la sospechada existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo³⁸.

i') Se suprime en la Ley 3/2012 la referencia a la “formación profesional” en el nuevo art. 50.1 a) ET, respecto de las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo como causa de resolución unilateral del contrato por voluntad del trabajador con la máxima indemnización (33 días de salario por año de servicio con el máximo de 24 mensualidades), exigiéndose ahora que tales modificaciones se lleven a cabo “sin respetar lo previsto en el art. 41 de esta Ley y que redunden en menoscabo de la dignidad del trabajador”, reduciéndose así el alcance de la causa resolutoria³⁹.

Se extiende, no obstante, la denuncia extintiva con derecho al percibo de una indemnización de 20 días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y con un máximo de 9 meses a la modificación no sólo de condiciones de jornada, horarios y

³⁴ MOLINA NAVARRETE, C.: “Reforma 2010 del mercado de trabajo: una nueva milonga del capitalismo de casino”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 282, 2010, pág. 40.

³⁵ MELLA MÉNDEZ, L.: “Consultas previas a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo: algunas novedades de interés”, *Temas Laborales*, núm. 109, 2011, pág. 32.

³⁶ GARCÍA GONZÁLEZ, R.L.: “La flexibilidad interna en la reforma laboral”, cit., pág. 14.

³⁷ DEL REY GUANTER, S.: “Las medidas sobre flexibilidad interna en la Ley 35/2010. Una aproximación inicial”, *Temas Laborales*, núm. 107, 2010, pág. 187.

³⁸ MELLA MÉNDEZ, L.: “Consultas previas a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo: algunas novedades interesantes”, *Temas Laborales*, núm. 109, 2011, pág. 48.

³⁹ PEDRAJAS MORENO, A.; SALA FRANCO, T. y MOLERO MANGLANO, C.: *La flexibilidad interna en la empresa. Una valoración crítica tras las reformas de 2010, 2011 y 2012*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2012, pág. 64.

régimen de trabajo a turnos, sino también al sistema de remuneración, la cuantía salarial y los cambios funcionales⁴⁰.

De todas formas, conviene insistir, una vez más, que en las Administraciones Públicas se impide el establecimiento de condiciones de trabajo superiores a las pactadas colectivamente por la vía de las condiciones más beneficiosas de carácter colectivo y tampoco caben convenios colectivos extraestatutarios, por lo que se considera poco necesario el recuso al art. 41 ET para su modificación⁴¹. Otra cosa es la potestad que tiene la Administración de introducir cambios de menor entidad que se consideren incluidos en el ámbito de las facultades directivas ordinarias que reconocen los arts. 5 y 20 ET (*ius variandi*). En este sentido se ha manifestado de forma expresa la doctrina judicial, que, por ejemplo, ha reconocido cómo la decisión adoptada por una Alcaldesa, impugnada por la vía de conflicto colectivo, no puede considerarse nula, ilegal o abusiva de derecho, “ya que responde a la finalidad de establecer un horario de 4250 horas de trabajo que respete, por un lado, la jornada –indiscutida– de 37 horas y media semanales de la Administración y, por otro, la finalidad de facilitar la atención a los ciudadanos mediante la apertura de los servicios municipales los jueves por la tarde de 16 a 19 horas, al haberse observado que, por motivos laborales, a gran parte de la población del Ayuntamiento, le resulta imposible desplazarse por las mañanas a las dependencias municipales para resolver sus trámites y acompañar a personas mayores para realizar sus gestiones con la Administración Local”⁴².

2.3.2.- Alternativas al consentimiento del trabajador

Ante la dificultad material de llevar a cabo modificaciones sustanciales del tiempo de trabajo por la vía del art. 41 ET, aunque no es difícil que concurren las circunstancias justificativas, es menester retomar la idea inicial para recordar que a los efectos de proceder a la novación de un trabajo a tiempo completo en otro a tiempo parcial es necesario el consentimiento del trabajador. No obstante, el legislador ha arbitrado dos vías alternativas de posible actuación, que procede mencionar en este momento, algunas de implementación restringida como sucede con la reducción de jornada por causas económicas, técnicas y organizativas (art. 47 ET), y otras más sencillas de llevar a la práctica como ocurre con la inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo (art. 32 EBEP).

A) Los expedientes de reducción de jornada por causas económicas, técnicas y organizativas

Sorprendentemente, la Ley 3/2012 veta la utilización de la vía de la rebaja temporal del tiempo de actividad (entre un 10 y un 70 por 100) y de la suspensión de los contratos de trabajo (no se presta actividad y no se percibe retribución) por parte de las Administraciones Locales respecto de sus empleados, excluyendo la aplicación del art. 47 ET para tales sujetos y para las entidades de Derecho Público vinculadas o dependientes de una o varias de ellas y de otros organismos públicos, salvo (en expresión un tanto ambigua) “aquellas que se financien mayoritariamente (esto es, en más del 50 por 100) con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado” (nueva disposición adicional 21ª ET), es decir, no dependientes de presupuestos públicos sino –permítase la reiteración– de los ingresos que obtengan de su actuación como entidades de mercado, tal y como sucede, en paradigmático ejemplo, con Paradores de Turismo, sociedad anónima de capital 100 por 100 público que presta servicios de mercado turístico,

⁴⁰ SAEZ LARA, C.: “Medidas de flexibilidad interna: movilidad funcional, geográfica y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo”, *Temas Laborales*, núm. 115, 2012, pág. 244. Por extenso, ÁLVAREZ GIMENO, R.: “La extinción indemnizada por modificaciones sustanciales tras las reformas de 2012”, *Aranzadi Social*, núm. 4, 2012, (BIB 2012/1157).

⁴¹ LÓPEZ CUMBRE, L.: Los efectos de la reforma laboral en el empleo público”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Iustel)*, núm. 24, 2012, pág. 10.

⁴² STSJ, Social, Galicia 21 diciembre 2010.

financiándose exclusivamente con los rendimientos logrados de tal mercado, aunque al tiempo sea un instrumento de la política turística del Gobierno⁴³.

El legislador, a la hora de definir los contornos de la prohibición de recurrir a los expedientes suspensivos y, por lo que aquí interesa, de reducción de jornada, utiliza un concepto restringido de Administraciones Públicas, para cuya delimitación habrá de estarse, no al Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) ni al EBEP, sino —aun cuando con matices— a lo establecido en el art. 2 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas (LRJAP)⁴⁴. Está claro, por tanto, el límite por arriba —quedan fuera de la posibilidad de acudir al art. 47 ET (que regula la reducción de jornada) las Administraciones Públicas de base territorial (estatal, autonómicas y locales) y los organismos públicos dependientes de ellas que no pueden acogerse a su regulación— y por abajo —se permite su utilización a las sociedades mercantiles—, pero hay algunas entidades de difícil adscripción en un extremo o en el otro —por ejemplo, las empresas públicas—, pues a menudo no es fácil delimitar el funcionamiento legal autónomo y el real, que evidencia una gran dependencia de estas empresas de los presupuestos públicos y de las decisiones por parte de los poderes públicos de liberalizar o no servicios públicos⁴⁵, que impide la aplicación de los EREs suspensivos y de reducción de jornada.

A mayor abundamiento, la expresión “entidades de derecho público” engloba tanto a los entes que adoptan una forma pública de personificación y actúan sujetos al Derecho Público (las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, los organismos autónomos —art. 45.1 LOFAGE—, las agencias estatales —art. 2 Ley 28/2006— y las Universidades Públicas), como a los entes que adoptan una forma pública de personificación pero actúan sujetos al Derecho Privado (las entidades públicas empresariales —art. 53 LOFAGE—). También quedan comprendidas en el ámbito prohibitivo de la disposición adicional 21ª ET las entidades de naturaleza administrativa creadas por diferentes Administraciones Públicas para cooperar entre sí, es decir, las mancomunidades de municipios y los consorcios, siempre y cuando adopten una forma pública de personificación. En cambio, quedan excluidas del ámbito de aplicación del veto incorporado en la disposición aquí analizada las entidades privadas de las Administraciones Públicas, esto es, las sociedades mercantiles estatales (art. 166.2 ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas) y las fundaciones del sector público (Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones). Surgen dudas, a la postre, a propósito de si esta medida prohibitiva resulta aplicable a los organismos reguladores contemplados en la disposición adicional 10ª.1 LOFAGE, habida cuenta el carácter independiente de los mismos⁴⁶.

Con el fin de despejar, en parte, estas incertidumbres, la disposición adicional tercera Real Decreto 1483/2012, considera que “a efectos de determinar si una entidad se financia mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios, se tendrá en cuenta que la entidad no esté clasificada como Administración Pública en el inventario de entes del sector público estatal, autonómico o local, de conformidad con los criterios de contabilidad nacional, de acuerdo con la información disponible en el portal web del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. En caso de que la entidad no figure en el correspondiente inventario, deberá justificarse por la entidad la presentación ante el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas de la solicitud

⁴³ GONZÁLEZ ALONSO, A.: “La última reforma del mercado laboral y su aplicación al sector público”, *Actum Social*, núm. 61, 2012, pág. 64.

⁴⁴ TABLADO MARRÓN, P.: “Incidencia del Real Decreto Ley 3/2012 en la regulación de la protección por desempleo”, *La Ley*, núm. 7842, 2012, pág. 3.

⁴⁵ MOLINA NAVARRETE, C.: “De las reformas laborales a un nuevo, e irreconocible, estatuto del trabajo subordinado”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 348, 2012, pág. 111.

⁴⁶ ROQUETA BUJ, R.: *La reestructuración de las plantillas laborales en las Administraciones Públicas. El Real Decreto Ley 3/2012*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2012, pág. 76.

de inclusión en el mismo”. Este inventario se elabora atendiendo a los criterios establecidos en la Orden HAP 2015/2012, de 1 de octubre, por la que se desarrollan las obligaciones de suministro de información previstas en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, cuyo art. 11.2 se remite, para el sector público Local, al Real Decreto 1463/2007, de 2 de noviembre, en virtud del cual se consideran integrantes del Inventario de Entes del Sector Público Local:

a) Los Ayuntamientos, Diputaciones, Consejos y Cabildos Insulares.

b) Los órganos de gobierno y administración de las áreas metropolitanas, las mancomunidades de municipios, las comarcas u otras entidades que agrupen varios municipios y las entidades de ámbito territorial inferior al municipal, instituidas o reconocidas por las Comunidades Autónomas de conformidad con la LRBRL y los correspondientes estatutos de autonomía.

c) Los organismos autónomos y entidades públicas empresariales vinculadas o dependientes de los sujetos enumerados en los apartados a y b.

d) Las sociedades mercantiles en las que se dé alguna de las siguientes circunstancias:

--Que la entidad local, sus entes dependientes, vinculados o participados por la misma, participen en su capital social, directa o indirectamente, de forma mayoritaria.

--Que cualquier órgano, organismo o sociedad mercantil integrante o dependiente de la entidad local, disponga de derechos de voto mayoritarios en la sociedad, bien directamente, bien mediante acuerdos con otros socios de esta última.

--Que cualquier órgano, organismo o sociedad mercantil integrante o dependiente de la entidad local, tenga derecho a nombrar o a destituir a la mayoría de los miembros de los órganos de gobierno de la sociedad, bien directamente, bien mediante acuerdos con otros socios de esta última.

--Que el administrador único o la mayoría de los miembros del consejo de administración de la sociedad, hayan sido designados en su calidad de miembros o consejeros por la entidad local, organismo o sociedad mercantil dependientes de la entidad local.

e) Las instituciones sin ánimo de lucro que estén controladas o financiadas mayoritariamente por alguno o varios de los sujetos enumerados en este artículo.

f) Los consorcios que las entidades locales hayan podido constituir con otras Administraciones Públicas para fines de interés común o con entidades privadas que persigan fines de interés general, siempre que la participación de la o las entidades locales en dichos Consorcios sea mayoritaria, o bien que en caso de igualdad de participación con otras entidades que no sean de carácter local, se cumpla alguna de las siguientes características:

--Que la o las entidades locales dispongan de mayoría de votos en los órganos de gobierno.

--Que la o las entidades locales tengan facultades para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de gobierno.

h) Aquellos entes no incluidos en los párrafos anteriores, que se clasifiquen como agentes del sector público local por las instituciones con competencia en materia de contabilidad nacional citadas en el art. 3.1, en referencia al Instituto Nacional de Estadística y a la Intervención General de la Administración del Estado, como órganos competentes en la elaboración de las cuentas nacionales de las unidades que componen el sector de las Administraciones Públicas, con la colaboración técnica del Banco de España.

En consecuencia, sólo las entidades locales que no entrasen en este listado podrían acogerse a esta posibilidad de reducción de jornada (y suspensión del contrato) por causas económicas, técnicas y organizativas a las que se refiere el art. 47 ET.

Sea como fuere, pese a las incertidumbres suscitadas sobre el ámbito subjetivo de aplicación de la disposición adicional 21ª ET, despejadas por el Real Decreto 1483/2012, no cabe duda que se

pone coto a un cauce que se estaba utilizando como elemento de gestión con una cierta asiduidad en determinadas Entidades Locales (por poner algunos ejemplos, Ayuntamiento de Escacena del Campo –Huelva–, Ayuntamiento de Galdar, Ayuntamiento de Fuente el Saz de Jarama...), máxime cuando un alto número de tales expedientes habían sido autorizados o habían acabado con acuerdo⁴⁷. Con ello se hace evidente que la intención perseguida por el legislador es la reducción del personal en el empleo público a través de la extinción indemnizada de los contratos⁴⁸, no en vano según la memoria económica de la reforma laboral de 2012 lo que se pretende es “redimensionar aquellas estructuras administrativas que crecieron de manera desmesurada durante la fase de fuerte crecimiento económico pero que hoy no son sostenibles desde el punto de vista financiero actual”⁴⁹. Ya no se permite recurrir a las Administraciones Públicas Locales (sí a las sociedades mercantiles y, en algunos casos, a las empresas públicas) a unas herramientas muy útiles para enfrentarse con situaciones de exceso de personal previsiblemente transitorias necesitadas, igualmente, de medidas temporales, inspirándose en un claro criterio de política de adelgazamiento del personal laboral empleado por las Administraciones Públicas a través de los despidos y dando preferencia a los mismos⁵⁰.

Esto puede resultar peligroso, pues la nueva disposición adicional 20ª ET, tras la reforma de 2012, flexibiliza en gran medida las causas justificativas y facilita el procedimiento aplicable a este tipo de despidos. Es más, a la hora de seleccionar a los trabajadores afectados establece unos endeble criterios de prioridad de permanencia, referidos, por un lado, al tradicional relativo a las garantías sindicales, en virtud del cual tendrán preferencia para permanecer en la Administración los miembros del comité de empresa, los delegados de personal, así como los delegados sindicales y los delegados de prevención y miembros del comité de seguridad y salud. Por otro lado, introduce uno nuevo, conforme al cual “tendrá prioridad de permanencia el personal laboral fijo que hubiera adquirido esta condición de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, a través de un procedimiento selectivo de ingreso convocado al efecto”.

Pese a la garantía que este segundo parámetro parece incorporar a primera vista, pues intenta blindar a aquellos empleados públicos que hayan realizado pruebas selectivas y hayan acreditado el mérito y la capacidad, lo cierto es que la propia disposición adicional 20ª añade un condicional: esta garantía se aplicará “cuando así lo establezcan los entes, organismos y entidades” que actúen como empresario, quedando seriamente reducida su operatividad. No obstante, el art. 41.2 Real Decreto 1483/2012 intenta corregir esta permisividad, sentando que la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, o autoridad equivalente en el ámbito de las Comunidades Autónomas, podrá establecer la aplicación de dicha prioridad en los procedimientos que afecten al personal laboral de sus respectivos ámbitos, aun cuando el Departamento, Consejería, organismo o entidad que promueva el procedimiento no lo hubiera previsto, si, a la vista del expediente, entendiéndose que es aplicable dicha prioridad, por ser adecuada a las circunstancias concurrentes, teniendo en cuenta la ordenación general en materia de recursos humanos y el interés público. No se aclara, sin embargo, qué sucede con las Administraciones Locales⁵¹, donde parece que sigue quedando en manos del empresario la consideración de la preferencia mencionada.

⁴⁷ DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M.: “La aplicación de la reforma laboral en el sector público”, en AA.VV (GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R., Dirs.): *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del Real Decreto Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Valladolid (Lex Nova), 2012, pág. 334.

⁴⁸ BOLTAINA BOSCH, X.: “Empleo público y medidas de ajuste extintivas de los contratos de trabajo para hacer frente a la crisis de las entidades locales”, en AA.VV.: *El empleo público local ante la crisis*, Barcelona (Fundación Democracia y Gobierno Local-CEMCI), 2011, pág. 258.

⁴⁹ DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M.: “La aplicación de la reforma laboral en el sector público”, cit., pág. 334.

⁵⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “La reforma del mercado de trabajo y el Real Decreto Ley 10/2010”, *Relaciones Laborales*, núm. 15-16, 2010, pág. 10.

⁵¹ CANTERO MARTÍNEZ, J.: “Las medidas de racionalización de plantillas en el empleo público local en un contexto de contención fiscal”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 28, 2012, pág. 36.

Es más, aun siendo de aplicación la prioridad de permanencia en relación con el “personal laboral fijo que hubiera adquirido esta condición de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, a través de un procedimiento selectivo de ingreso convocado al efecto”, lo cierto es que los trabajadores contratados a tiempo parcial fijos también pueden haberlo sido respetando escrupulosamente los principios de mérito y capacidad. No hay que olvidar que el Decreto Ley 16/2013 y otras reformas anteriores han intentado hacer atractivo el recurso a esta vía de dedicación parcial y que las Administraciones Públicas, incluidas las Locales, pueden haber optado por ella (o hacerlo en el futuro a la luz de los generosos términos legales), dadas las ventajas que conlleva, tanto en su modalidad temporal como indefinida. El riesgo que se corre es, por tanto, altísimo, particularmente porque a la hora de seleccionar a los empleados públicos que van a ser afectados por los despidos colectivos u objetivos, la Administración puede preferir elegir a trabajadores indefinidos a tiempo completo, eliminando mano de obra más cara en comparación con los nuevos trabajadores indefinidos a tiempo parcial, cuyos salarios serán más reducidos. Con esta elección, la Administración podría dar cumplimiento de una forma más efectiva a los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, con el fin de evitar sus problemas de financiación y aligerar las situaciones de falta de liquidez y dificultades de pago a proveedores⁵², circunstancias particularmente manifiestas en el sector público local, especialmente en los municipios más pequeños, que han visto reducidos drásticamente sus ingresos, pero no se han liberado de la obligación de dar respuesta de forma eficiente a incontables demandas de servicios y ejecución de tareas de todo tipo, con el agravante, además, de que constituye el nivel más cercano al ciudadano y, en consecuencia, el que soporta presiones más fuertes para seguir atendiendo a dichas necesidades⁵³.

En definitiva, habrá que confiar en que los tribunales sigan aplicando los postulados de interdicción del fraude de ley o abuso de derecho (consistentes, en paradigmático ejemplo, en la selección de los trabajadores más antiguos frente a los más modernos) y de razonabilidad y coherencia, a la par que el respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores de la plantilla, lo que incluye la prohibición de trato discriminatorio⁵⁴.

B) Inaplicación o suspensión de la dedicación pactada

El hecho de tener una determinada jornada de trabajo pactada en convenio colectivo para los trabajadores de una determinada entidad local, no debe hacer olvidar la aplicación en este mismo ámbito de lo previsto en el art. 32 EBEP, modificado por el Real Decreto Ley 20/2012, que extiende la facultad de suspender o modificar unilateralmente lo pactado en convenio colectivo laboral, tomando como modelo lo dispuesto en el art. 38.10 EBEP para los Acuerdos y Pactos de funcionarios y para los Acuerdos conjuntos. Así, en virtud del mencionado art. 32 EBEP, esta competencia se confiere a los “órganos de gobierno” de las Administraciones Públicas, expresión esta última suficientemente genérica para aceptar en su seno diferentes formulaciones institucionales, pero que en una interpretación razonable procede reconducir a los órganos correspondientes al Ejecutivo en el gobierno central, y en la Comunidad Autónoma, o –por lo que aquí interesa– en un municipio de gran población a la Junta de Gobierno Local y al Pleno en los municipios de régimen común y en las Diputaciones provinciales⁵⁵.

⁵² SÁNCHEZ MORÓN, M.: “La situación actual del empleo público”, *El Cronista del Estado Social y de Derecho*, núm. 10, 2010, pág. 58.

⁵³ CANTERO MARTÍNEZ, J.: “Las medidas de racionalización de plantillas en el empleo público local en un contexto de contención fiscal”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 28, 2012, pág. 2.

⁵⁴ SJS núm. 1 Pamplona 4 enero 2012.

⁵⁵ JIMÉNEZ ASENSIO, R.: “Debilidades del marco normativo estructural del empleo público para afrontar un escenario de profunda y prolongada crisis fiscal”, en AA.VV (FUENTETAJA PASTOR, J.A. y CANTERO MARTÍNEZ, J., Dirs.): *Crisis económica y función pública*, Pamplona (Aranzadi), 2012, pág. 58.

La nueva redacción del citado art. 32 EBEP actúa, por tanto, como una excepción a la eficacia general del convenio colectivo de la entidad local⁵⁶, quedando desvirtuado el principio “*pacta sunt servandae*” colectivo reconocido por el art. 37.1 CE⁵⁷ y suponiendo un ataque frontal a la fuerza vinculante de los convenios, capaces de obligar a “todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia” (art. 83.2 ET), e incluso al derecho de libertad sindical (art. 28.1 CE), derecho de “contenido complejo” y contornos amplios, que han sido definidos en buena medida por los órganos judiciales, y especialmente por el Tribunal Supremo y por el Tribunal Constitucional, distinguiendo entre un “contenido esencial” y un “contenido adicional”, compuesto a su vez de innumerables facultades y prerrogativas, entre las que se encuentra lógicamente la negociación colectiva⁵⁸.

El presupuesto habilitante de estas quiebras es, a la luz del art. 32 EBEP: “la concurrencia grave de interés público” derivada de “una alteración sustancial de las circunstancias económicas”. El objetivo a conseguir radica en: “la salvaguarda del interés público”. Los dos primeros conceptos son aquilatados por la disposición adicional segunda Real Decreto Ley 20/2012, que considera cómo concurre “causa grave de interés público derivada de la alteración sustancial de las circunstancias económicas cuando las Administraciones Públicas deban adoptar medidas o planes de ajuste, de reequilibrio de las cuentas públicas o de carácter económico financiero para asegurar la estabilidad presupuestaria o la contención del déficit público”.

En consecuencia, la Administración Local no podrá justificar la suspensión o anulación de los pactos alcanzados únicamente en la coyuntura económica adversa sino que será fiscalizable su actuación ante la presencia o ausencia de circunstancias ciertamente excepcionales e imprevisibles que avalen su decisión. Si se entendiera que concurre causa grave cuando cualquier Administración adopta medidas o planes de ajuste, de reequilibrio de las cuentas públicas o dispone decisiones de carácter económico financiero para asegurar la estabilidad o la corrección del déficit público, se estaría convirtiendo en normal lo que debe ser excepcional. Y, así, la excepcionalidad deberá impedir que la Administración Local actúe con un margen de discrecionalidad que le permita aplicar este tipo de medidas antes que otras pudieran adoptarse en su lugar. En definitiva, lo excepcional no podrá aplicarse con preferencia a lo ordinario o normal sino que deberá quedar reservado para cuando las soluciones ordinarias son imposibles o insuficientes.

Por lo demás, junto a la excepcionalidad se impone la gravedad de la causa y, aun tratándose de un concepto jurídico indeterminado, la gravedad impide alegar circunstancias poco trascendentes, muy puntuales o de pequeño impacto. La Administración Local necesita, pues, justificar que la medida se adopta en defensa del interés público, salvaguardando los bienes y derechos constitucionalmente protegidos y actuando como garante de los principios esenciales que rigen en el funcionamiento de su actuación desde el mandato constitucional⁵⁹.

No es tan fácil pergeñar, sin embargo, la referida afectación al “interés público”, pero puede intuirse que o bien puede identificarse —a modo de ejemplo— con la necesidad objetiva de reducir o suprimir algunas prestaciones de la cartera de servicios, lo que obliga correlativamente a adoptar medidas adicionales que impacten sobre el capítulo I, o bien con la imposibilidad de hacer

⁵⁶ SEMPERE NAVARRO, A.V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R.: *Claves de la reforma laboral de 2012 (estudio del Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero)*, Pamplona (Aranzadi), 2012, pág. 132.

⁵⁷ CRUZ VILLALÓN, J.: “Hacia una nueva concepción de la legislación laboral”, *Temas Laborales*, núm. 115, 2012, pág. 52.

⁵⁸ MARTÍN VALVERDE, A.: “El ordenamiento laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista de Política Social*, núm. 137, 1983, págs. 146-148.

⁵⁹ LÓPEZ CUMBRE, L.: Los efectos de la reforma laboral en el empleo público”, cit., pág. 22, citando a ALFONOSO MELLADO, C.: “La modificación de las condiciones de trabajo establecidas en la negociación colectiva funcional, *Consorci d’estudis, mediació, conciliació a l’administració local*, Barcelona (Cemical), 23 octubre 2012, pág. 17.

frente a los pagos a proveedores, a las nóminas o a cualquier otra transferencia⁶⁰. Lo que está claro es que, de nuevo, estas herramientas de ajuste se vinculan a la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria, entendiendo que basta con mentar y justificar la contención del déficit público en un panorama de Administraciones, por lo general, gravemente endeudadas⁶¹. Por tanto, cabe admitir (según hacen los Tribunales al enjuiciar casos concretos) invocaciones tales como “la evolución presupuestaria del IPC, la previsión de crecimiento económico, la capacidad de financiación de los presupuestos y la valoración del aumento de productividad del empleo público derivada de acciones o programas específicos, dada la gravedad e intensidad de la crisis económica y el carácter urgente de reducir el déficit público” en un contexto de más de dos años de pérdidas en las cuentas públicas⁶²; o “la crisis económica que sufre la economía..., la grave situación financiera en la que se encuentra la Administración de la Comunidad Autónoma y la consecuente necesidad de racionalizar los recursos públicos, en particular los destinados al empleo público, tal y como se reflejan en los informes de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas, que sirven como motivación de este acuerdo, así como la obligación de cumplir con los objetivos de déficit público impuestos por el Gobierno de la Nación han hecho necesario adoptar una serie de medidas tendentes a la reducción de gastos, ya anunciados en el reciente Plan de Garantía de los Servicios Sociales Básicos de Castilla-La Mancha”⁶³.

El procedimiento a observar por la Administración Local requiere, en todo caso, información a “las organizaciones sindicales de las causas de la suspensión o modificación”, no siendo necesaria la negociación *ad hoc*. No se precisa el momento en el que se debe producir dicha información, si debe ser proporcionada inexcusablemente antes de la adopción de la decisión o una vez acordada la misma. Tampoco se aclara a qué organizaciones sindicales procede informar, ni si se debe entrar en contacto independiente con cada una de ellas o bien corresponde hacerlo de manera conjunta a través de la convocatoria pertinente de la comisión paritaria o de la comisión negociadora. La falta de precisión al respecto da pie a admitir cualquiera de los momentos y procedimientos utilizados. Incluso no sería descabellado pensar que un posible incumplimiento de un deber tan débil como el de información no va a provocar la nulidad del acuerdo inaplicativo, pues el elemento central radica en la concurrencia de las causas objetivas que avalan la medida. Bien diferente hubiera sido que la norma exigiera un trámite de consulta preceptivo pero no vinculante a las organizaciones sindicales más representativas, con carácter previo a la adopción de la medida, pero el legislador no lo ha dispuesto así⁶⁴.

No obstante, procede distinguir entre los dos términos: “suspensión”, como su propio nombre indica, implica una congelación de la aplicación o de los efectos de la norma, mientras que “modificación” tiene un alcance mucho más incisivo, ya que altera el contenido de la norma pactada. Por ello, se considera apropiado manifestar que para “suspender” convenios o acuerdos puede ser suficiente con informar sobre las consecuencias de dicha medida en aras a la mejora de la situación económica-financiera de la Administración Local en cuestión, pero para “modificar” se ha de justificar individualmente en cada caso cuáles son las razones que conducen a esa alteración unilateral, no en vano cabe presumir que el control judicial de estos actos de suspensión o modificación va a ser diferente en su intensidad según se opte por una u otra fórmula⁶⁵. Ambas actuaciones tendrán lógicamente un alcance temporal, que debe precisarse con

⁶⁰ JIMÉNEZ ASENSIO, R.: “Debilidades del marco normativo estructural del empleo público para afrontar un escenario de profunda y prolongada crisis fiscal”, *Jornada-Taller Estudi Com-LKS*, 2012, pág. 132.

⁶¹ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “El párrafo segundo del artículo 32 del Estatuto Básico del Empleado Público: una solución con numerosos interrogantes”, *Documentación Laboral*, núm. 97, 2013, pág. 23.

⁶² STSJ, Cont-Admto, Madrid 30 junio 2011.

⁶³ STSJ, Social, Castilla La Mancha 8 febrero y 21 enero 2012.

⁶⁴ CRUZ VILLALÓN, J.: “Personal laboral: la inaplicación o modificación de los pactos o acuerdos y convenios colectivos vigentes: alternativas y opciones”, *Seminari sobre relacions co-lectives, 23 de octubre de 2012*, www.federaciodemunicipisdecatalunya.com, pág. 33.

⁶⁵ JIMÉNEZ ASENSIO, R.: “Gestión de personas en los Ayuntamientos en un marco de contención presupuestaria y de reforma de los Gobiernos Locales”, cit., pág. 47.

exactitud en el acto administrativo y que, como máximo, ha de coincidir con la vigencia del convenio original⁶⁶.

Salta a la vista que no se trata de un puro acto de decisión política sino que resulta forzoso que el acuerdo administrativo de inaplicación o modificación justifique expresamente y demuestre fehacientemente la concurrencia de la situación de excepcionalidad, tratándose a la postre de un acto jurídico reglado y como tal controlable en su legalidad por los Tribunales (del orden social a la luz de la nueva LRJS). En concreto, debe existir una objetiva y demostrable relación de conexión causal entre las circunstancias justificativas de la medida y el ámbito en el que éstas se adoptan (estatal, autonómico o –por lo que aquí interesa– local), el contenido e intensidad de las actuaciones que se adopten, así como el carácter temporal de las mismas. De este modo, en estrecha conexión con las causas deben encontrarse las concretas cláusulas convencionales objeto de suspensión o modificación. Si bien el art. 32 EBEP resulta algo impreciso respecto del contenido convencional objeto de inaplicación, es obvio que una lectura finalista del precepto viene a exigir que la exclusión del cumplimiento sólo puede afectar a contenidos vinculados a las causas excepcionales que justifican la medida y únicamente en tanto que tales actuaciones sirvan para paliar la situación negativa en la que se encuentra la Administración Local derivada de esa precisa alteración de las circunstancias económicas. Por tal razón, exclusivamente los contenidos negociales que tengan directa imbricación con costes económicos en materia de personal pueden ser afectados por la medida de descuelgue. Ello no quiere decir, empero, que sólo lo relativo a retribuciones y percepciones extrasalariales puede ser objeto de inaplicación o modificación, dado que también otras condiciones de trabajo (léase tiempo) presentan una inmediata afectación a los costes de personal globalmente considerados de la Administración Local como parte empleadora. Pero lo que tampoco cabe es presumir que toda estipulación convencional puede ser afectada sin más por aplicación del art. 32 EBEP, pues, en muchos casos, su valor primordial y objetivo se sitúan en ámbitos distintos de los estrictamente económicos⁶⁷. Lo que está claro es corresponde a la Administración Local justificar y acreditar, con informes y datos, los planes de ajuste, el reequilibrio de cuentas y la reducción del déficit ante una suspensión o modificación unilateral del convenio (en materia de dedicación horaria por lo que aquí interesa), tendiendo la parte sindical la capacidad de impugnar la medida si esa información no avala una decisión que deja temporalmente sin efectos el instrumento convencional⁶⁸.

En fin, la regulación recogida por el nuevo art. 32 EBEP es idéntica a la establecida en el art. 38.10 EBEP para los pactos o acuerdos funcionariales. Aunque el precepto no lo dice, cabe entender que esta posibilidad se extiende únicamente al personal laboral del EBEP (art. 11.1), por lo que parece que quedarían fuera del mismo el personal de empresas públicas, fundaciones y consorcios con forma de sociedad mercantil, vinculados a la Administración Local⁶⁹. Si se quiere modificar las condiciones de trabajo de estos colectivos, ha de seguirse el procedimiento de consultas que prevé el art. 82.3 ET, que requiere acuerdo con los representantes de los trabajadores, en los términos ya conocidos del art. 41.4 ET. En caso de desacuerdo, han de observarse unos trámites cargados de serias dificultades que hacen prácticamente inviable este mecanismo, no en vano cualquiera de las partes “podrá someter la discrepancia a la comisión paritaria del convenio, que dispondrá de un plazo máximo de siete días para pronunciarse, a contar desde que la discrepancia le fuera planteada”. Cuando no se hubiera solicitado la

⁶⁶ MARÍN ALONSO, I.: “La progresiva desprotección del trabajador público frente al trabajador común: de las singularidades de la regulación individual y colectiva al desmantelamiento del derecho a la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, núm. 4, 2013, págs. 29 y ss.

⁶⁷ CRUZ VILLALÓN, J.: “Personal laboral: la inaplicación o modificación de los pactos o acuerdos y convenios colectivos vigentes: alternativas y opciones”, cit., pág. 32.

⁶⁸ TOLOSA TRIBIÑO, C.: “La crisis económica y su influencia en el estatuto jurídico de los empleados públicos”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 364, 2013, págs. 43-43.

⁶⁹ JIMÉNEZ ASENSIO, R.: “Reformas líquidas (II). Ajustes en el empleo público. Primera valoración”, www.estudi.com.

intervención de la comisión o ésta no hubiera alcanzado un acuerdo, las partes deberán recurrir a los procedimientos de aplicación general y directa que se hayan establecido en los Acuerdos Interprofesionales de ámbito estatal y autonómico a los que se refiere el art. 83 ET, incluido el compromiso de someterse a arbitraje, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que el acuerdo en período de consultas y será recurrible sólo conforme al procedimiento y en base a los motivos señalados en el art. 91 ET (ilegalidad o lesividad)⁷⁰. Cuando el período de consultas finalice sin acuerdo y no fueran aplicables los procedimientos a los que se refiere el párrafo anterior o estos no hubieran solucionado la discrepancia, cualquiera de las partes podrá someter la solución de la misma a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos cuando la inaplicación de las condiciones de trabajo afectase a centros de trabajo de la empresa situados en el territorio de más de una Comunidad Autónoma, o a los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas en los demás casos. La decisión de estos órganos, que podrá ser adoptada en su propio seno o por un árbitro designado al efecto por ellos mismos con las debidas garantías para asegurar su imparcialidad, habrá de dictarse en plazo no superior a veinticinco días a contar desde la fecha del sometimiento del conflicto ante dichos órganos. Tal decisión tendrá la eficacia de los acuerdos alcanzados en período de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el art. 91.

Esta conclusión, en virtud de la cual el art. 32 EBEP sólo se aplica al personal del EBEP, viene avalada por lo dispuesto en la disposición adicional tercera Real Decreto 1362/2012, de 27 de diciembre, por el que se regula la Comisión Nacional de Convenios Colectivos, que distingue dos situaciones: la del “personal laboral de las Administraciones Públicas” y la del que preste sus servicios en “las sociedades estatales, consorcios, fundaciones del sector público estatal y entidades de análoga naturaleza”. Atendiendo a tal diferenciación, la Comisión Nacional de Convenios Colectivos no podrá ejercer sus funciones decisorias reguladas en el citado Real Decreto en relación con los descuelgues cuando se trate de acuerdos colectivos para el personal laboral de las Administraciones Públicas “a los que resulta de aplicación la regulación específica sobre solución extrajudicial de conflictos colectivos establecida en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público”, siendo necesario acudir a lo dispuesto en el art. 45 EBEP⁷¹.

Sea como fuere, la regulación del art. 82.3 ET es, como puede imaginarse, de difícil aplicación en el seno de las entidades vinculadas a la Administración Local, pues algunos Acuerdos Autonómicos sobre solución extrajudicial de conflictos, que han creado procedimientos de mediación y arbitraje, excluyen expresamente de su ámbito de aplicación los conflictos que afectan a las Administraciones Públicas. Además, los Acuerdos Interprofesionales de ámbito estatal (y también autonómico) son negociados y gestionados, del lado de la patronal, por las asociaciones empresariales más representativas de carácter estatal (o de Comunidad Autónoma) en las que no participan las Administraciones Públicas y cuyos máximos dirigentes se manifiestan claramente a favor de la reducción del sector público, con lo que el conflicto de intereses es más que evidente⁷². A título de ejemplo, el V Acuerdo Interprofesional sobre solución autónoma (extrajudicial) de conflictos laborales colectivos (ASAC V) excluye de su ámbito de aplicación, en su art. 1.2, “a aquellos conflictos colectivos en que sea parte el Estado, Comunidades Autónomas, entidades locales y organismos autónomos dependientes de los mismos”.

⁷⁰ DEL REY GUANTER, S.: “Las medidas sobre flexibilidad interna en la Ley 35/2010. Una aproximación inicial”, *Temas Laborales*, núm. 107, 2010, pág. 182.

⁷¹ TOLOSA TRIBIÑO, C.: “La crisis económica y su influencia en el estatuto jurídico de los empleados públicos”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 364, 2013, pág. 40.

⁷² ROQUETA BUJ, R.: “Los ajustes en materia de personal en las Administraciones Públicas”, cit., pág. 43.

Tal exclusión permite barajar dos opciones. La primera sería, en la senda de lo hecho ya por algunas Autonomías⁷³, proceder a incorporar al ámbito del ASAC también al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas. La segunda consistiría en que se diseñase un procedimiento de resolución de los conflictos colectivos común para el conjunto de los empleados públicos, que incorporase al unísono al personal laboral y a los funcionarios públicos; alternativa esta que debería, por la propia singularidad de régimen jurídico –naturaleza subjetiva de destinatarios, de legitimidad representativa de los negociadores, así como objetiva de la normativa aplicable--, articularse en paralelo, pero también extramuros, del ASAC. En muchas vertientes los asuntos laborales que les afectan son similares, los conflictos tienden a converger entre personal laboral y funcionarios, se aspira a homogeneizar también su régimen jurídico por vía de ósmosis y de equiparación, incluso se comienzan a reconocer en la propia legislación positiva los acuerdos mixtos para funcionarios y laborales. Esta es, en fin, la propia lógica en la que se desenvuelve el Estatuto Básico del Empleado Público⁷⁴.

Todo ello sin olvidar que el recurso al arbitraje en el ámbito de las Administraciones Públicas puede presentar disfunciones adicionales, pues va a ser una persona ajena por completo al organigrama administrativo la que tome decisiones de gran envergadura económica, decidiendo la solución del conflicto. Quiebra, por tanto, un principio esencial de la organización administrativa, cual es que la competencia resulta irrenunciable y debe ser ejercitada por el órgano que la tiene atribuida como propia. El arbitraje supone dejar la satisfacción del interés general en manos de ese tercero con el agravante de que el laudo sólo se puede impugnar ante la jurisdicción social en dos supuestos: cuando no se hubieran observado en el desarrollo de la actuación arbitral los requisitos y formalidades establecidos al efecto o cuando hubiese resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión (art. 91.2 ET), sin que se mencionen para nada aquellas circunstancias en las que el pronunciamiento arbitral pueda contradecir el interés público. Ello contrasta con lo que ocurre con cualquier tipo de acto o resolución de la Administración, que siempre es impugnante ante la jurisdicción contencioso-administrativa cuando no respete el interés general⁷⁵.

Frente a las dificultades que plantea el art. 83.2 ET, resulta mucho menos complejo el recurso al art. 32 EBEP, cuando concurren los requisitos para ello y de personal laboral al servicio de la Administración Local se trate (no de sociedades, consorcios, fundaciones o entidades de análoga naturaleza).

3.- DISTRIBUCIÓN IRREGULAR DE LA JORNADA DE TRABAJO

Como contrapartida a la posibilidad de reclutar trabajadores a tiempo parcial o de modificar o inaplicar las condiciones previas de trabajo a tiempo completo, una de las líneas de reforma que ha impulsado el legislador en los últimos años ha sido la de intensificar el tiempo de trabajo de los empleados públicos al servicio de la Administración.

Las escasas cotas de productividad que se imputan a los empleados públicos, se han entendido motivadas, en parte, por la escasez del tiempo dedicado al trabajo, pues una jornada formal de 37,5 horas semanales, combinada con una pausa de media hora asimilada a tiempo de trabajo, más la aplicación del régimen de vacaciones, días de asuntos propios y fiestas legales, venía suponiendo un promedio anual de 210-215 días laborales, respecto de los cuales si aplicamos un régimen real de trabajo de 6,5 horas de promedio, comporta un total de jornada de trabajo anual de entre 1.365 y 1.397 horas totales de trabajo efectivo, lo que dividido por las 52 semanas de un año acababa por arrojar cifras entre 26,25 y 26,86 horas efectivamente trabajadas. Muy al

⁷³ Sirva de ejemplo el Acuerdo Interprofesional para la constitución del Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Colectivos Laborales de Andalucía, de 8 de abril de 1996 (BOJA, de 23 de abril) y el Acuerdo de 4 de mayo de 2005 (BOJA, de 8 de abril).

⁷⁴ CRUZ VILLALÓN, J.: “El nuevo papel de la mediación y el arbitraje en los procesos de negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, núm. 23-24, 2011, pág. 264.

⁷⁵ CANTERO MARTÍNEZ, J.: “Las medidas de racionalización de plantillas en el empleo público local y en un contexto de crisis”, cit., pág. 17.

contrario de los países de nuestro entorno, pues, por ejemplo, en Alemania y Gran Bretaña, los empleados públicos alcanzan las 39 horas, mientras en Irlanda, Suecia y Holanda llegan a 38.

Consciente de tal realidad, el Real Decreto Ley 20/2011, de 30 de diciembre, pretende dar un paso incipiente en aras a reordenar el tiempo de dedicación de los empleados públicos como medio para incrementar la rentabilidad y mejorar el crecimiento económico, pero no de todos ellos, sino sólo de los del conjunto del sector público estatal, definido como tal en el art. 2 Ley 47/2003, de 26 de diciembre, esto es, la Administración General del Estado, los organismos autónomos dependientes de la misma, las entidades públicas empresariales dependientes de la Administración General del Estado o de cualesquiera otros organismos públicos vinculados o dependientes de ella, las entidades gestoras, servicios comunes, mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y sus centros y entidades mancomunados, sociedades mercantiles estatales, fundaciones del sector público estatal, entidades estatales de derecho público y consorcios⁷⁶. El legislador vuelve a hacer uso de un ámbito de aplicación peculiar, el sector público estatal definido en los términos reseñados, sin acoger –como en otras ocasiones– el establecido en el EBEP ni en el TRLCSP, quedando fuera, lo cual no puede dejar de criticarse, a las Administraciones Autonómicas y Locales⁷⁷, si bien para estas últimas no hay que olvidar –de nuevo– que el art. 94 LRBRL establece que la jornada de trabajo de los funcionarios de la Administración Local será en cómputo anual la misma que se fije para los funcionarios de la Administración civil del Estado⁷⁸.

Así, sin modificar lo previsto en el art. 47 EBEP, el art. 4 Real Decreto Ley 20/2011 establece lo siguiente: “a partir del 1 de enero de 2012, y para el conjunto del sector público estatal, la jornada ordinaria de trabajo tendrá un promedio semanal no inferior a las 37 horas y 30 minutos. Esta media semanal se entenderá sin perjuicio de las jornadas especiales existentes o que, en su caso, se establezcan, que experimentarán las adaptaciones necesarias para adecuarse a la modificación general en la jornada ordinaria. Para la efectiva y homogénea aplicación de esta medida en el ámbito de la Administración General del Estado se autoriza al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas a dictar las instrucciones necesarias para adecuar los calendarios laborales vigentes, incluidos los sistemas de seguimiento del cumplimiento horario, previa negociación en el ámbito de la Mesa General de Negociación”.

Desaparece, por tanto, el patrón utilizado con anterioridad, módulo semanal con apelación inmediata al anual, para adoptar otro centrado exclusivamente en el “promedio semanal”. Además –y aquí es donde radica la clave de la reforma–, se establece un parámetro imposible de concretar a la baja, como se venía haciendo en múltiples ocasiones, al utilizar la expresión “no inferior a 37 horas y 30 minutos”. Pretende unificar los mínimos para el sector público estatal, dejando de ser esta materia moneda de cambio específica en cada una de las Administraciones o entidades públicas a las que afecta. Es decir, en los respectivos ámbitos de negociación con los representantes del personal, pasará a ser un tema sobre el que dejará de discutirse. Ni los agentes sociales pueden plantear peticiones sobre la cuestión, ni la Administración va a estar posibilitada para hacer cualquier tipo de concesión al respecto. Constituye, a la postre, un recordatorio general al máximo nivel normativo, cuya finalidad última es, de un lado, la de evitar mejoras y la prestación de servicios extraordinarios, que a menudo se pagan con un sobrecoste importante sobre el precio de la hora ordinaria de un empleado público, y, de otro, la de reducir contrataciones de personal temporal rotatorio para cubrir incidencias (especialmente en el ámbito de la educación y sanidad).

⁷⁶ FERNÁNDEZ VILLAZÓN, J.A.: “Jornada y tiempo de trabajo de los empleados públicos y crisis económica. A propósito del Real Decreto Ley 20/2012, de 6 de julio”, *Relaciones Laborales*, núm. 5, 2013, págs. 69 y ss.

⁷⁷ La SJS núm. 7 de Sevilla de 18 octubre 2012 (proc. 846/2012) considera nula la decisión de ampliación de la jornada del personal laboral municipal a 37,5 horas semanales, debiéndose abonar a los trabajadores como horas extraordinarias las 2,5 horas semanales de exceso realizadas.

⁷⁸ STS, Cont-Admto, 13 marzo 2009 (RJ 2259).

Con mayor contundencia y despejando posibles dudas y lagunas, la Ley 2/2012 extiende esta medida a todo el sector público, esto es, a la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local; las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social; los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales, las Universidades Públicas, las agencias estatales y cualesquiera entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas; los consorcios; las fundaciones y las sociedades mercantiles. Además, determina esta Ley que las jornadas especiales existentes o que se puedan establecer experimentarán los cambios que fueran necesarios para adecuarse a la modificación general de la jornada ordinaria. En todo caso, las modificaciones de jornada que se lleven a efecto como consecuencia del establecimiento de esta medida, no supondrán incremento retributivo alguno. Queda suspendida, además, la eficacia de las previsiones en materia de jornada y horario contenidas en los Acuerdos, Pactos y Convenios vigentes en los entes, organismos y entidades del sector público indicados anteriormente que contradigan lo aquí señalado (disposición adicional septuagésima primera).

En definitiva, la Ley 2/2012 ha fijado un límite general para todo el sector público. Hasta entonces solo existía un límite para el personal laboral (el máximo de 40 horas semanales en cómputo anual del art. 37 ET), pero no para el funcionario, para el que regía la regla que todavía proclama el art. 47 EBEP: “Las Administraciones Públicas establecerán la jornada general y las especiales de trabajo de sus funcionarios públicos”. La fórmula ahora empleada, un mínimo de 37 horas y media y no un máximo, resulta llamativa, pues va en sentido contrario a lo que ha sido la actitud tradicional de nuestro ordenamiento en materia de jornada, donde lo habitual han sido los límites por arriba y el objetivo general la reducción paulatina del tiempo de trabajo.

Por su parte, la Resolución de 28 de diciembre de 2012, de la Secretaría de Estado de Administración Pública, establece, en su art. 3.1, que la duración de la jornada general será de 37 horas y media semanales de trabajo efectivo, permitiendo, de nuevo, el promedio en cómputo anual, equivalente a 1664 horas al año. Por su parte, las Comunidades Autónomas han venido adoptando normas en este mismo sentido o, en algunos casos, más favorable para los empleados públicos, traspasando muchas veces los límites permitidos⁷⁹.

Junto a estas novedades en materia de jornada, procede añadir cómo ninguna duda cabe sobre la aplicación de la nueva ordenación del tiempo de trabajo que introdujo la Ley 3/2012 en relación con los empleados públicos laborales, en virtud de la cual se permite la distribución de forma irregular, salvo pacto en contrario, del 10 por 100 de la jornada anual (5 por 100 en el Real Decreto Ley 3/2012), posibilidad que ya estaba contemplada en el parámetro inferior del 5 por 100, a raíz del Real Decreto Ley 7/2011, como contenido mínimo del convenio colectivo en el art. 85.3 ET, pero que ahora se aplica a todos los ámbitos empresariales (públicos o privados), obviamente con respeto a los descansos legales diario y semanal. Se garantiza que al menos un porcentaje de un 10 por 100 de la jornada pueda ser organizado a criterio empresarial, sin perjuicio, por supuesto, de quedar limitada por las reglas prevenidas en el art. 34 ET en relación con el máximo de trabajo y mínimo descanso diario, así como por la regulación del asueto semanal ex art. 37.1 ET y por lo dispuesto en el convenio de aplicación o en el acuerdo de empresa. Por tanto, al empleador le bastará con no negociar, si no encuentra un “espíritu cooperativo” por parte de los representantes de los trabajadores, para poder disponer de ese

⁷⁹ Por poner un ejemplo, el Decreto 173/2013, de 5 de marzo, por el que se establece la jornada de trabajo anual, para el personal funcionario, estatutario y laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi, fija la jornada de trabajo anual en 1.614 horas y 30 minutos, añadiendo que el personal tendrá derecho a tres días de permiso por asuntos particulares, cuantificados en 22 horas y 30 minutos, que computarán como trabajo efectivo y que se deducirán de la jornada anual, la cual será, por tanto, de 1592 horas.

porcentaje mínimo de distribución irregular, cuya finalidad es la de evitar el pago de horas extraordinarias.

Ahora bien, hasta la promulgación del Real Decreto Ley 16/2013, la distribución irregular de la jornada tenía como marco el año, lo que impedía trasvases de horas y descansos compensatorios de una anualidad para otra. La modificación que este Real Decreto Ley introduce consiste en llamar a la negociación colectiva o, en su defecto, al pacto entre la empresa y los representantes de los trabajadores, para regular el régimen de compensación de las diferencias, por exceso o por defecto, entre la jornada ordinaria y la efectivamente realizada, de modo que nada impediría que se pactara la compensación interanual. Es más, previendo que pudiera no alcanzarse pacto alguno, el legislador ofrece una regla subsidiaria: cabe compensar las diferencias en el plazo de doce meses desde que se produzcan.

4.- PERMISO POR CUIDADO DE HIJO

En el afán por intensificar el tiempo de trabajo de los empleados públicos, cabe hacer referencia también a la restricción de los tiempos de permiso por la que apuestan las últimas reformas, si bien no hay que dejar de mencionar algunas actuaciones *in bonus*. Un repaso somero permite hacer referencia a las siguientes actuaciones:

1.- El Real Decreto Ley 20/2012 elimina el carácter mínimo, mejorable por la oportuna normativa de desarrollo, tanto de las causas justificativas de los permisos como de la duración de los mismos, previsiones aplicables al personal al servicio de las Administraciones Locales. En tal sentido, modifica el art. 48 EBEP que queda redactado en los siguientes términos: “los funcionarios públicos tendrán los siguientes permisos”, desapareciendo la referencia anterior “en defecto de legislación aplicable los permisos y su duración serán, al menos, los siguientes...”. Existe, sin duda, una vocación centralizadora en estas materias, que no se limita a establecer una restricción de la capacidad normativa de desarrollo de las Comunidades Autónomas y de la negociación colectiva, sino que, llevada a sus últimas consecuencias, implica la prohibición absoluta de que instancias distintas del legislador estatal puedan establecer un régimen de permisos diferente al fijado en la nueva redacción.

Cobra pleno sentido ahora la interpretación judicial que venía entendiendo cómo, si bien estamos ante una materia susceptible de negociación colectiva conforme a lo establecido en el art. 37 EBEP, lo cierto es que las Entidades Locales carecen de competencia para modificar –mejorando– el régimen legal de los permisos y licencias referidos a los funcionarios públicos. Parafraseando esta interpretación, “el régimen de permisos de los funcionarios no está atribuido a la autonomía contractual del Ayuntamiento, sino establecido (antes del Real Decreto Ley 20/2012) por la legislación autonómica y, en ausencia de ésta, como es el caso, supletoriamente, por la estatal... careciendo así la Corporación Local de competencia para acordarlo con los representantes de aquéllos, a lo que debe añadirse, como tiene declarado la Sala Tercera del Tribunal Supremo en sentencias de 22 octubre 1993 y 5 mayo 1994, que las características de pomenorización, rigidez y uniformidad inherentes al régimen estatutario emanado de la legislación básica del Estado y, en su caso, de los órganos legislativos de las Comunidades Autónomas no permiten que, por analogía con el sistema de relaciones laborales, tal bloque legislativo, sea identificable como plataforma de mínimos, sobre la que pueda pivotar una constelación de unidades negociadoras pactando cada una a su libre albedrío, bajo el lema de que lo que no está prohibido por la Ley debe presumirse que está permitido y puede ser objeto de regulación con arreglo al buen criterio de la mesa de negociación, refrendado por la respectiva Corporación Municipal⁸⁰. En la práctica, sin embargo, se ha venido produciendo esa mejora de los permisos a través de la negociación colectiva y no precisamente de una forma aislada.

⁸⁰ SSTSJ-CONT Andalucía/Málaga 19 abril 2005 (RJCA 340) y Castilla-La Mancha 12 diciembre 2005 (JUR 2006/48656).

Es más, esta imposibilidad de pactar *in mellius* ha sido incumplida recientemente por algunas Administraciones Autonómicas, tal y como se puede comprobar, en lo que no es sino un mero ejemplo, en el Acuerdo de 9 de julio de 2013, de la Junta de Andalucía, por el que se aprueba el Acuerdo de la Mesa General de Negociación Común del personal funcionario, estatutario y laboral de la Administración de la Junta de Andalucía, de 3 de junio de 2013, sobre medidas en materia de jornada laboral, ausencias y permisos para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las empleadas y empleados públicos. También, en el Decreto 149/2013, de 6 de agosto, por el que se regulan la jornada y horarios de trabajo, los permisos y las vacaciones del personal funcionario al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura. Ambas normas mejoran los supuestos de permisos y amplían su duración.

2.- El Decreto Ley 20/2012 incorpora, al tiempo, al texto del art. 48 EBEP el permiso por matrimonio heterosexual u homosexual (15 días), sin que se extienda a la uniones de hecho⁸¹. Se colma, así, la laguna anteriormente existente, no en vano era el art. 71 Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (LFCE), el que regulaba esta circunstancia, tal y como se encargaba de aclarar el punto 3º de la Resolución de 21 de junio de 2007, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se publican las Instrucciones, de 5 de junio de 2007, para la aplicación del EBEP en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos. Aunque el nuevo art. 48 l) EBEP no lo establece, cabe entender que esta licencia ha de computarse en días naturales, de modo que todas las fechas que transcurren desde que se inicia el disfrute han de contabilizarse, sin que pueda pretenderse el ulterior disfrute de días festivos que hayan estado comprendidos⁸².

3.- Por otra parte, el Real Decreto Ley 20/2012 reduce de 6 a 3 los días de asueto por asuntos particulares, distribuidos a conveniencia del empleado, pero necesitados de previa autorización y respeto a las necesidades del servicio, sin que puedan acumularse a las vacaciones⁸³. De ahí que entre este permiso y las vacaciones anuales deba mediar al menos un día laborable. Estos días deben disfrutarse dentro del año natural o, como máximo, en los quince primeros días del mes de enero siguiente, salvo si no se hubieran podido disfrutar por causas imputables a la Administración, no siendo posible quedar reducidos por encontrarse el empleado de baja por enfermedad o por el hecho de haber disfrutado otro tipo de licencias⁸⁴. Son éstos los célebremente conocidos como “moscosos” (por el nombre del Ministro que los estableció en 1983) en la jerga habitual de las oficinas públicas.

Además, el propio Real Decreto Ley 20/2012, en su art. 8.3, deja claro que desde la entrada en vigor del mismo, quedan suspendidos y sin efecto los acuerdos, pactos y convenios para el personal funcionario y laboral, suscritos por las Administraciones Públicas y sus organismos y entidades, vinculados o dependientes de las mismas que no se ajusten a lo previsto en el mismo⁸⁵, en particular, en lo relativo al permiso por asuntos particulares, vacaciones y días adicionales a los de libre disposición o –en expresión de contornos difusos– de similar naturaleza, debiendo entender incluidos dentro de estos últimos “todos aquellos premisos no subsumibles en otros tipos de permisos, que tengan como finalidad atender a necesidades particulares y personales que no precisan justificación, tanto en la solicitud como en la acreditación de su disfrute”. Se impide, pues,

⁸¹ SSTCo 222/1992, de 11 de diciembre. En el mismo sentido, STS, Cont-Admtivo, 10 mayo 2012 (rec. 836/2011).

⁸² Dictamen de la Comisión Superior de Personal en atención de consulta evacuada el 23 de julio de 1991.

⁸³ Dictamen de la Comisión Superior de personal de 16 de septiembre de 1991.

⁸⁴ STSJ, Cont-Admtivo, Madrid 29 junio 2002.

⁸⁵ FERNÁNDEZ VILLAZÓN, J.A.: “Jornada y tiempo de trabajo de los empleados públicos y crisis económica. A propósito del Real Decreto Ley 20/2012, de 6 de julio”, *Relaciones Laborales*, núm. 5, 2013, págs. 69 y ss.

que se pueda plantear la negociación y creación de otros permisos con igual finalidad pero distinta denominación, al poder constituir fraude de ley⁸⁶.

4.- Cabe recordar, también, que el Real Decreto Ley 20/2012, de aplicación a las Administraciones Públicas y a sus organismos y entidades, vinculadas o independientes, así como a los consorcios y organismos reguladores (no a las sociedades mercantiles ni fundaciones), elimina el incremento del número de días de vacaciones por razón de la antigüedad del trabajador, quedando definitivamente derogado, pero sólo para la Administración General del Estado, el art. 68.2 LFCE, que preveía los días adicionales por antigüedad (disposición derogatoria única), quedando fijados los días de asueto en 22 días hábiles⁸⁷.

Se suprime el párrafo 2 del art. 48 que rezaba anteriormente: “además de los días de libre disposición establecidos por cada Administración Pública, los funcionarios tendrán derecho al disfrute de dos días adicionales al cumplir el sexto trienio, incrementándose en un día adicional por cada trienio cumplido a partir del octavo”.

5.- Ahora bien –y como cambio de tendencia–, la disposición adicional cuarta Ley Orgánica 9/2013, de 20 de diciembre, de control de la deuda comercial en el sector público, modifica el art. 48 k) EBEP para añadir un día más por asuntos particulares, que pasan de tres a cuatro, lo que implica la reducción a 1.657 horas anuales de duración de la jornada, siete horas menos que las fijadas anteriormente. Es más, por Resolución de 6 de febrero de 2014, los funcionarios de la Administración General del Estado dispondrán este año de 1 día más de permiso adicional, independiente o acumulado a las vacaciones o a los 4 días por asuntos particulares, porque dos festividades (1 de noviembre y 6 de diciembre) coinciden en sábado.

6.- Por otra parte, no hay que silenciar tampoco que la disposición adicional 1ª Real Decreto Ley 3/2012 modifica lo previsto en el art. 37.5 ET, relativo a la reducción de jornada con rebaja proporcional de todos los conceptos retributivos que tengan naturaleza salarial por cuidado directo de menor u otra persona (entre un octavo y la mitad), cerrando la posibilidad de acumulación y disfrute continuado de este derecho, pues, tras la reforma de 2012, se adjetiva la jornada como “diaria”, es decir, cada uno de los días en que esté previsto el desempeño de actividad productiva por parte del trabajador debe producirse la reducción⁸⁸. Esta limitación, de momento, no tendrá incidencia para los trabajadores al servicio de la Administración porque el juego del sistema de fuentes que establece el art. 51 EBEP permite acudir a la previsión estatutaria o laboral más beneficiosa para los trabajadores en materia de permisos⁸⁹, razón por la cual tampoco va a tener una influencia demasiado incisiva la posibilidad que brinda la Ley 3/2012 a los convenios colectivos en aras a establecer criterios “para la concreción horaria de la reducción de jornada, en atención a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del trabajador y las necesidades productivas y organizativas de las empresas”.

No hay que olvidar, a estos efectos, que el art. 48 h) EBEP no utiliza el adverbio “diaria” para materializar la reducción de la jornada, que la edad del menor que refiere para permitir la utilización de esta vía es de doce años (frente a los ocho que recogía el ET antes del Real Decreto Ley 16/2013 ET), que no incluye los límites de reducción que la norma laboral fija en el parámetro comprendido “entre al menos un octavo y un máximo de la mitad”, dejando, por tanto, mayor

⁸⁶ Circular de la Dirección General de la Función pública por la que se establecen Criterios para la aplicación del Título I del Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio.

⁸⁷ ARRIBAS LÓPEZ, E.: “El Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio y los funcionarios”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 848, 2012 (BIB 2012/3008), pág. 2.

⁸⁸ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: “Conciliación de la vida familiar y laboral. Apoyo al autoempleo y otras medidas”, en AA.VV (CAVAS MARTÍNEZ, F., Coord.): *La reforma laboral de 2012. Análisis del Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Murcia (Laborum), 2012, pág. 306.

⁸⁹ GALLEGO CÓRCOLES, I.: “Derecho a la jornada de trabajo, permisos y vacaciones”, en AA.VV (ORTEGA ÁLVAREZ, L., Dir.): *Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid (La Ley), 2007, pág. 347.

libertad al empleado público en cuanto a la elección de la franja de reducción, y que es más detallista al mencionar los sujetos que dan derecho al disfrute de esa medida: menor de doce años, de persona mayor que requiera especial dedicación, persona con discapacidad que no desempeñe actividad, o familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida. A estas especialidades, procede añadir cómo el art. 48. i) EBEP, permite al funcionario (y por mor del art. 51 también el laboral) solicitar una reducción de hasta el 50 por 100 de la jornada laboral, con carácter retribuido, por razones de enfermedad muy grave de un familiar de primer grado, durante el plazo máximo de un mes.

Siguiendo con esta argumentación, nula incidencia va a tener en el empleo público, por las razones anteriormente apuntadas, la ampliación, en virtud del Real Decreto Ley 16/2013, de ocho a doce años de la edad del menor que da derecho, según el nuevo art. 37.5 ET, a la reducción de la jornada, con disminución proporcional del salario.

En fin, el art. 43 de la Orden 106/2014 establece que en el caso de trabajadores y empleados públicos que realicen una jornada reducida con disminución proporcional del salario, la cotización se efectuará en función de las retribuciones que perciban, sin que en ningún caso, la base de cotización pueda ser inferior a la cantidad de multiplicar las horas realmente trabajadas en el mes al que se refiere la cotización por las bases mínimas horarias, que oscilan entre 4,54 euros y 6,33.

5.- PERÍODO DE PRUEBA

Ni la LRBRL ni el EBEP se refieren a la existencia de un período de prueba cuando de un contrato laboral del sector público se trata, algo que habría sido conveniente, tal como sugirió el Informe de la Comisión de Expertos para el estudio y preparación de la Ley 7/2007, exigiendo de la Administración que motivara la no superación del período probatorio por un trabajador determinado, para evitar decisiones arbitrarias y en fraude de los principios de igualdad, mérito y capacidad. Así, puesto que nada se establece en la normativa básica de empleo público ni en la de régimen local, habrá que aplicar en esta materia el Derecho Laboral común (art. 14 ET), si bien con ciertas peculiaridades dignas de mención, algunas de ellas modificadas por el Real Decreto Ley 16/2013.

1.- En el sector privado, el período de prueba (durante el cual el empresario puede comprobar en qué medida el trabajador reúne las condiciones profesionales idóneas para el servicio) puede pactarse, siempre por escrito, si las partes lo estiman conveniente, sin que el convenio colectivo pueda obligar a ello⁹⁰. En cambio, cuando el empresario es una Administración Pública, la existencia del período de prueba ha de establecerse igualmente por escrito como condición *sine qua non*, pero nunca puede derivar del libre resultado del acuerdo entre el órgano competente y el aspirante a trabajador reclutado en el proceso selectivo. Antes al contrario, sólo puede ser el resultado último y necesario de su previsión obligatoria en las bases de la correspondiente convocatoria⁹¹.

2.- El pacto de prueba ha de tener, por su propia naturaleza, carácter temporal. Según el art. 14 ET, la duración del mismo será la fijada en el convenio colectivo que resulte de aplicación, en defecto de lo cual no podrá exceder de seis meses para los técnicos titulados o de dos o tres meses para los demás trabajadores, según la empresa tenga más o menos de veinticinco empleados. El Real Decreto Ley 16/2013 añade una importante matización: que en el supuesto de contratos temporales de duración determinada (por obra o servicio, eventuales o de interinidad) concertados por tiempo no superior a seis meses, el periodo de prueba no podrá exceder de un mes, salvo que se disponga otra cosa en convenio colectivo.

⁹⁰ STS, Social, 5 octubre 2001.

⁹¹ Tal y como reconocen las SSTSJ, Social, Castilla-La Mancha 30 noviembre 1996 y 19 diciembre 2006, Galicia 26 marzo 1999 y Madrid 23 abril 2002 y 10 marzo 2003.

Esta novedad merece una valoración positiva, por su signo tuitivo, e incluso de estricta racionalidad jurídica y social, pues con esta notoria limitación del período de prueba puede evitar que en algunos contratos de corta duración tal período casi coincida con la extensión temporal del vínculo, en especial para el personal técnico titulado, con lo que se desnaturalizaría este período de prueba, convirtiéndolo en una vía para mutar el carácter causal de la extinción (bien por la llegada del término final, bien por la alegación de una causa extintiva *ante tempus*) en libre (desistimiento). No obstante, el convenio colectivo puede ampliar o reducir este plazo, sin límite de disponibilidad, salvo, claro está, la prohibición de abuso de derecho⁹².

Los convenios colectivos de muchas Administraciones Locales regulan la duración máxima del período de prueba atendiendo a la clasificación profesional y, en general, lo hacen estableciendo períodos inferiores a los que con carácter dispositivo establece el ET. Esta regulación convencional previa seguirá siendo de aplicación a los períodos de prueba concertados con anterioridad al Decreto Ley 16/2013, atendiendo a su disposición transitoria única.

3.- En cuanto a la posible interrupción del período de prueba en las situaciones de incapacidad temporal, maternidad, adopción y acogimiento, a las cuales el Real Decreto Ley 16/2013 añade el riesgo durante el embarazo y la lactancia y la paternidad, en las que, como es obvio, la prueba no podrá realizarse, el art. 14.3 ET deja claro que sólo se producirá dicha interrupción si hay acuerdo entre las partes, sin que el convenio colectivo ni tampoco –cabe entender– las bases de la convocatoria puedan establecer precisión alguna al respecto.

4.- El aspecto que más interés tiene, y donde mejor se aprecia la singularidad del sector público que no ha sido afectado por la reforma operada por el Real Decreto Ley 16/2013, es el de la rescisión del vínculo contractual por decisión unilateral del empresario. La regulación jurídica de la que parte el ET pretende conseguir un concreto objetivo: que cualquiera de las partes pueda durante la extensión temporal de la prueba resolver el contrato sin dar explicación alguna, sin preavisar y sin derecho a indemnización. Esta situación de provisionalidad es la esencia misma de este pacto que favorece al empresario, permitiéndole conocer mejor al trabajador con quien va a convenir. La decisión extintiva no precisa ser justificada, existiendo un solo límite al respecto: que se funde o esté motivada en razones discriminatorias o que vulnere derechos fundamentales. De esta forma, si la parte que haga uso de la libertad de resolución del contrato (normalmente, el empresario) no viola aquellos derechos constitucionales no tendrá que explicar por qué las experiencias objeto de la prueba no dieron resultado. En cualquier caso, la extinción no genera ningún tipo de indemnización, pero sí conllevará el abono de todas las percepciones generadas entre tanto el contrato de trabajo desplegó sus efectos.

Sin embargo, tal libertad extintiva, recogida en el art. 14 ET, es de difícil aplicación cuando el empresario es una Administración Pública, pues el trabajador ha acreditado mérito y capacidad suficientes para ocupar la plaza en cuestión. Los poderes públicos no se rigen por el principio de la autonomía de la voluntad sino por el de legalidad, que, en este caso, exige, por una parte, la realización por el empresario público de las experiencias objeto de la prueba, y, por otra, la expresión objetiva y motivada de la no superación de la misma⁹³. Si la Administración pudiera libremente desistir durante el período de prueba, de la misma forma que hacen los empresarios privados, la arbitrariedad acamparía por sus anchas. De nada serviría el establecimiento de un proceso selectivo objetivo si con posterioridad el órgano administrativo pudiera decidir libremente quién lo supera y quién no⁹⁴.

Es habitual que los convenios colectivos de las Administraciones Locales establezcan previsiones limitativas a este respecto, pero aun cuando no establecieran tal cautela, la rescisión del vínculo

⁹² MOLINA NAVARRETE, C.: “La rabiosa actualidad socio-laboral para el inicio del 2014: entre la certeza de los recortes de la protección social y la esperanza de la empleabilidad a tiempo parcial”, cit., pág. 137.

⁹³ STSJ, Social, Madrid 28 diciembre 2007.

⁹⁴ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Contratación”, en AA.VV (CARDENAL CARRO, M., Dir.): *El personal laboral al servicio de las Corporaciones Locales*, Madrid (La Ley), 2010, pág. 311.

contractual por parte del empresario público que no obedezca a causa objetiva alguna ligada a la aptitud profesional del trabajador, debe considerarse técnicamente un despido nulo por vulneración del derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad al empleo público en régimen laboral (arts. 23.2 y 103.3 CE). La fundamentación específica de la extinción del contrato durante el período de prueba a instancias de la Administración no puede ser otra distinta de la falta de adaptación del trabajador al trabajo encomendado, la cual puede consistir en una realización defectuosa de sus cometidos, en una disminución cuantitativa del rendimiento en promedio con otros trabajadores de idéntica o equivalente cualificación en la misma situación de prueba, en la falta de habilidad para el trabajo, en la imposibilidad prolongada de prestación de servicios imputable exclusivamente al trabajador o en faltas de asistencia o puntualidad injustificadas, siendo necesario, además, que haya transcurrido un tiempo mínimo y prudencial para que la Administración tenga suficientes elementos de juicio sin precipitación o ligereza, no en vano el trabajador ha pasado el tamiz inicial de las pertinentes técnicas de selección de personal.

6.- EL RECURSO A LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL: POSIBILIDADES

El Real Decreto Ley 16/2013 amplía el catálogo de los supuestos habilitados para la utilización de contratos de puesta a disposición incluyendo la modalidad de prácticas (concertada con quienes estuvieren en posesión de título universitario o de formación profesional de grado medio o superior o títulos oficialmente reconocidos como equivalentes --art. 11.2 ET--), reformando, al tiempo, la Ley 3/2012 para extender las bonificaciones a las empresas usuarias por transformación en indefinidos de contratos en prácticas.

Esta reforma da continuidad a intervenciones legislativas previas que intentan facilitar el recurso a las empresas de trabajo temporal (ETTs) por aquellos empresarios necesitados de mano de obra con el fin de aumentar las bajas tasas de ocupabilidad.

Conviene recordar cómo subsistente el veto de las actividades de tráfico ilícito de mano de obra, cuya vulneración acarrea las consecuencias de solidaridad de la responsabilidad y de reconocimiento de un derecho de opción al trabajador afectado entre adquirir la condición de fijo en la empresa cedente o en la cesionaria, tal y como establece el art. 43 ET⁹⁵, la única posibilidad legítima que el ordenamiento jurídico ofrece de contratar trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa (léase Administración Local) es el recurso a las ETTs debidamente autorizadas, siendo posible también que actúen, tras la reforma introducida por la Ley 3/2012, como agencias de colocación, siempre y cuando sean pertinentemente autorizadas de forma expresa o presunta⁹⁶. Todo ello sin olvidar que Real Decreto Ley 3/2013 habilitó la posibilidad de celebrar no solo los contratos para obra o servicio determinado, eventual y de interinidad (a los que se refiere el art. 15 ET), sino también, como novedad, contratos para la formación y aprendizaje (regulados en el art. 11.2 ET) con trabajadores para ser puestos a disposición de una empresa usuaria. En esta misma idea extensiva insiste la Ley 11/2013, de 26 de julio, que, como novedad, introduce también una reforma en la Ley 14/1994, de 1 de junio (LETT), con el fin de permitir contratos de puesta a disposición en los supuestos de contratos de trabajo de primer empleo joven, cuya causa es la adquisición de una primera experiencia profesional, siendo su duración mínima de tres meses y máxima de 6, pudiendo celebrarse a jornada completa o parcial

⁹⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: "La Ley 14/1994, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal: un hito en la evolución del derecho español de trabajo", en AA.VV (VALDÉS DAL-RE, F. y CASAS BAAMONDE, M^a.E., Coords.): *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, 1994, pág. 342 y ss. y *Las empresas de trabajo temporal en España*, Valencia, 1994, págs. 43 y ss.; GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: "Posición del trabajador ante la empresa de trabajo temporal y ante la empresa cliente: puntos críticos", *Actualidad Laboral*, núm. 34, 1994, pág. 525; MERCADER UGUINA, J.R.: "La intermediación en el mercado de trabajo tras la reforma laboral: realidades y respuestas", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 14, 1994, pág. 37 ó RAMOS MORCILLO, M.J.: "El régimen jurídico de las empresas de trabajo temporal", *Revista Técnico Laboral*, núm. 68, 1996, pág. 292.

⁹⁶ MOLINA NAVARRETE, C.: "Intermediación y políticas activas de empleo: una urgente reforma que brilla por su ausencia", *Temas Laborales*, núm. 115, 2012, pág. 147.

siempre que sea superior al 75 por 100 de la correspondiente a un trabajador a tiempo completo comparable (art. 12). Ahora, como ya consta, el Real Decreto Ley 16/2013 extiende la posibilidad de intervención de las ETTs a los contratos en prácticas, si bien no se detiene en articular a quién corresponde garantizar la adquisición de conocimientos prácticos por parte del trabajador, a diferencia de lo que sucede con el contrato de aprendizaje, en cuyo caso se deja claro que la actividad formativa corre a cargo de la ETT y el seguimiento de la empresa usuaria⁹⁷.

Bajo tales premisas, es necesario volver la vista a atrás para dar cuenta del progresivo proceso de liberalización de la intervención de las empresas de trabajo temporal en el ámbito público. Sin necesidad de citar antecedentes más remotos, la disposición adicional 5ª Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP de 2007), actualmente derogada, prohibía, antes de la reforma operada por la Ley 35/2010, la celebración de “contratos de servicios con empresas de trabajo temporal salvo cuando se precisara la puesta a disposición de personal con carácter eventual para la realización de encuestas, toma de datos y servicios análogos”⁹⁸, estableciendo, además, que, vencido el plazo de duración (fijado como máximo en seis meses), no podía producirse consolidación como personal fijo de quienes, procedentes de las citadas empresas, realizaran los trabajos que constituían el objeto del contrato de puesta a disposición⁹⁹. Ciertamente es que con tal previsión se intentaba salvaguardar el respeto a los principios de mérito y capacidad que pautan el acceso al empleo público, pues la intervención de la Administración Local quedaría ceñida únicamente a decidir cuál será la concreta ETT con la cual se iba a suscribir el contrato de puesta a disposición, siendo ésta la encargada de suministrar la mano de obra requerida, aplicando el principio de libertad de contratación empresarial. No menos cierto resulta, sin embargo, que los términos de la excepcionalidad resultaban excesivamente amplios, pues si bien estaba claro cuanto cabía entender por “encuestas” y “toma de datos”, no lo estaba tanto la determinación de cuáles eran los trabajos “de naturaleza análoga” a los anteriores, no en vano parecía hacer referencia a actividades de soporte administrativo de configuración excesivamente laxa¹⁰⁰, incluyendo actividades (demasiado amplias) a cubrir también por la vía laboral ordinaria: contratos para obra o servicio determinado y eventual por circunstancias de la producción. La única limitación al efecto prevista era la duración de estos contratos (también hartamente arbitraria), no en vano finalizarían, no cuando concluyera la tarea (de aplicación sólo en las empresas privadas), sino en el momento en el cual expirara el término fijado en el negocio de puesta a disposición,

⁹⁷ MOLINA NAVARRETE, C.: “La rabiosa actualidad socio-laboral para el inicio del 2014: entre la certeza de los recortes de la protección social y la esperanza de la empleabilidad a tiempo parcial”, cit., pág. 139.

⁹⁸ APILLUELO MARTÍN, M.: “Algunas cuestiones sobre el estado actual de la contratación laboral temporal por parte de la Administración Pública”, QUINTANILLA NAVARRO, B. y MADRID YAGÜE, P.: “Las empresas de trabajo temporal en la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, de modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas” ó SERRANO OLIVARES, R.: “Los fenómenos de descentralización en el ámbito de las Administraciones Públicas: aspectos de Derecho Individual del Trabajo”, todos en AA.VV.: *Las relaciones laborales en las Administraciones públicas. XI Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. I, Madrid (MTSS), 2000, págs. 448 y ss., 889 y ss. y 967 y ss., respectivamente; MOLINER TAMBORERO, G.: “La contratación de personal laboral por las Administraciones Públicas. Puntos críticos”, en AA.VV. (MOLINER TAMBORERO, G., Dir.): *La Administración Pública como empresario. Aspectos laborales y sindicales. El convenio único para el personal laboral de las Administraciones Públicas*, Madrid (CGPJ), 2000, págs. 103 y ss. ó FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El acceso al empleo público*, Madrid (CEF), 2005, págs. 193 y ss.

⁹⁹ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, de 8 de septiembre de 2007, núm. 95-I.

¹⁰⁰ QUINTANILLA NAVARRO, B. y MADRID YAGÜE, P.: “Las empresas de trabajo temporal en la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, de modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, cit., pág. 889. No es infrecuente la intervención de una empresa de trabajo temporal para la realización de encuestas anuales por el INE o para la cobertura de tareas de soporte administrativo en el período de matriculación de estudiantes en centros escolares o universitarios. SERRANO OLIVARES, R.: “Los fenómenos de descentralización en el ámbito de las Administraciones Públicas: aspectos de Derecho Individual del Trabajo”, cit., pág. 967.

extinguiéndose a su vencimiento sin posibilidad de prórroga y sin que en ningún caso (como límite improrrogable) la duración máxima pudiera superar los seis meses, pretendiendo eliminar la aplicación de lo previsto en el art. 7.2 LETT, esto es, sin posibilidad de consolidación como personal indefinido. El motivo para apoyar esta opción legal enlazaba con la inviabilidad de que, a partir de irregularidades formales o de infracciones cometidas por las Administraciones Locales, los empleados de la ETT pudieran llegar a asegurarse en los puestos de trabajo como fijos¹⁰¹ (mejor, indefinidos no fijos). Es decir, se intentaba no afectar a las Entidades Locales presupuestariamente con costes fijos y adicionales de personal, al tiempo que se tenía en cuenta la obligada proyección de los concursos y oposiciones en los procesos de acceso al empleo público¹⁰².

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

No quedaba claro, en consecuencia, si tal previsión iba a implicar la posibilidad de que las Administraciones Locales pudieran acudir a las ETTs sin las restricciones hasta ese momento existentes, porque no se derogaba de manera expresa la disposición adicional 5ª LCSP de 2007. Ello provocó importantes incertidumbres, dando lugar a interpretaciones radicalmente diferentes de sus efectos, de ahí que en su tramitación parlamentaria el texto transcrito sufriera importantes modificaciones¹⁰³.

Menos ambigua se manifiesta, al final, la Ley 35/2010, que introdujo nuevas previsiones legales que clarificaron el deseo de su predecesora a la hora de proceder a suprimir la limitación de la contratación de ETTs por parte de las Administraciones Públicas (incluidas las Locales). Introduce, así, una nueva disposición adicional 4ª en la LETT con tres objetivos claros tendentes a evitar una posible contradicción del régimen jurídico preexistente con las directrices del Derecho Comunitario relativas a la libertad de establecimiento y de prestación de servicios, interpretadas en sentido amplio por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea¹⁰⁴:

1.- Derogar, a partir –en nuevo plazo– del 1 de abril de 2011, la disposición adicional 5ª LCSP de 2007. Ello responde a la transposición de la Directiva 2008/104, donde expresamente, en su art. 4, se establece que cualquier limitación o restricción al recurso de las ETTs deberá estar justificada exclusivamente en las mismas razones que la Ley 35/2010 determina y copia casi literalmente:

¹⁰¹ AA.VV. (GARCÍA MACHO, R., Dir.): *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2003, pág. 1088.

¹⁰² LÓPEZ AHUMADA, J.E.: “La promoción del recurso a las empresas de trabajo temporal en el proceso de reformas laborales: alcance y efectos de una auténtica reconversión empresarial”, *Relaciones Laborales*, núm. 11, 2012, pág. 51.

¹⁰³ CALVO GALLEG0, F.J. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “La adaptación del marco normativo de las empresas de trabajo temporal”, *Relaciones Laborales*, núm. 21-22, 2010, pág. 188.

¹⁰⁴ SSTJCE 35/70, de 17 de diciembre de 1970, asunto *Manpower*, 232/84, de 3 de octubre de 1985, asunto *Tordeur* y otros ó 202/97, de 10 de febrero de 2000, asunto *Fitzwilliam Technical Services*.

proteger a los trabajadores por exigencias de seguridad y salud laboral; garantizar el buen funcionamiento del mercado y evitar posibles abusos¹⁰⁵.

2.- Establecer por el Gobierno, previa negociación en la Mesa General, los criterios de aplicación de las limitaciones o prohibiciones referidas, como ya consta, a “razones de interés general relativas a la protección de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, a la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y a evitar posibles abusos”. Se trata de establecer unas pautas comunes o unos parámetros homogéneos a seguir en aras a evitar conflictos internos a la hora de proceder al recurso a las ETTs por parte de las Administraciones¹⁰⁶. Dicha Mesa, “órgano permanente y estable de negociación”¹⁰⁷, servirá como punto de encuentro de las Administraciones del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, por un lado, y de las organizaciones sindicales representativas, por otro, a la hora de negociar temas, como el presente, “que resultan susceptibles de regulación estatal con carácter de norma básica” (art. 36 EBEP)¹⁰⁸.

Si a la llegada de la fecha prevista, el 1 de abril, no se hubiera producido, como así ha sucedido, la fijación de los criterios funcionales de aplicación previstos, podrán suscribirse contratos de puesta a disposición con las Administraciones Públicas (incluidas las Locales) respetando los límites establecidos en la disposición adicional segunda LETT, quedando, por ende, vetada su intervención en trabajos que impliquen contacto con radiaciones ionizantes en zonas controladas (según el Real Decreto 783/2001, de 6 de julio, modificado por Real Decreto 1439/2010, de 5 de noviembre); con agentes cancerígenos, mutagénicos o tóxicos para la reproducción, de primera o segunda categoría (según el Real Decreto 363/1995, de 10 de marzo, y el Real Decreto 255/2003, de 28 de febrero, así como sus respectivas normas de desarrollo y de adaptación al progreso técnico); o con agentes biológicos de los grupos 3 y 4 (según el Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, así como sus normas de modificación, desarrollo y adaptación al progreso técnico)¹⁰⁹.

3.- Vetar la suscripción de contratos de puesta a disposición entre Administraciones Públicas y ETTs para realizar tareas (no puestos) que, por norma de rango legal, están reservadas a funcionarios públicos (sean de carrera, de empleo o interinos), concepto ambiguo y de concreción variable¹¹⁰. En efecto, esta definición negativa de la parcela en la que pueden entrar las ETTs y sus trabajadores cedidos en las tareas de las Administraciones Locales es altamente imprecisa, pues, en una primera aproximación, podría pensarse que la regulación parece que deja expeditos solamente aquellos cometidos que puedan ser desempeñados en puestos de trabajo de naturaleza laboral temporal, pero como expresamente no lo dice, cabría argumentar también que no todos los quehaceres de naturaleza laboral temporal podrán ser contratados con una ETT. No cabe duda, en consecuencia, que las relaciones de puestos de trabajo, concebidas como

¹⁰⁵ CARRERO DOMÍNGUEZ, C. y BLASCO DE LUNA, F.J.: “Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. Empresas de trabajo temporal”, en AA.VV (GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R., Dirs.): *La reforma del mercado de trabajo: la Ley 35/2010, de 17 de septiembre*, Valladolid (Lex Nova), 2010, pág. 328.

¹⁰⁶ MARÍN ALONSO, I.: “El empleo público laboral en el Estatuto Básico del Empleado Público”, *Relaciones Laborales*, núm. 8, 2009, pág. 43.

¹⁰⁷ RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.: “Derechos colectivos de los empleados públicos”, en AA.VV (CASTILLO BLANCO, F.A., Dir.): *Manual de Empleo Público*, 1ª edición, Madrid (Iustel), 2008, pág. 593.

¹⁰⁸ RIVERO LAMAS, J. y DEL VAL TENA, A.: “Derecho a la negociación colectiva. Representación y participación institucional”, en AA.VV (MONEREO PEREZ, J.L., et alii, Dirs.): *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril*, Granada (Comares), 2008, pág. 365. Por extenso, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “Art. 36. Mesas generales de negociación”, en AA.VV (PALOMAR OLMEDA, A. y SEMPERE NAVARRO, A.V., Dirs.): *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, 2ª edición, Pamplona (Aranzadi), 2009, pág. 333.

¹⁰⁹ CALDERÓN PASTOR, F.J.: “Las empresas de trabajo temporal tras la Ley 35/2010 de reforma del mercado de trabajo”, *Información Laboral. Legislación y Convenios Colectivos*, núm. 11, 2010, págs. 13-14.

¹¹⁰ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “La contratación de trabajadores a través de empresas de trabajo temporal en las Administraciones Públicas”, *La Ley*, núm. 7588, 2011, pág. 3.

instrumentos de ordenación y clasificación de personal, en los que se precisan los requisitos para el desempeño de cada plaza así como sus características retributivas, van a jugar un papel muy importante, pues sólo los puestos que se califiquen en tales catálogos como temporales podrán ser objeto de cobertura a través de contratos de puesta a disposición. No cabe duda de que en los puestos de trabajo que aparezcan en las relaciones reservados a funcionarios, la contingencia de su vacante deberá solventarse con funcionarios interinos¹¹¹, sin olvidar tampoco cómo queda vetado el recurso a las ETTs cuando se trate de contrataciones derivadas de subvenciones —de la Unión Europea, del Estado o de una Comunidad Autónoma— que tengan como finalidad la contratación directa de trabajadores subrepresentados o con problemas de integración¹¹². En todo caso, lo que está claro es que a partir del mes de abril de 2011 es posible acudir a los servicios de las ETTs para la realización de tareas de los puestos de trabajo no reservados funcionarios, aunque en realidad estén ocupados por integrantes de tales cuerpos¹¹³.

A la vista de esta nueva regulación y de la desaparición en el actual TRLCSP, de las limitaciones anteriormente existentes, no cabe duda que la cesión de trabajadores a través de ETTs en el sector público Local se ha liberalizado enormemente, pudiendo hacerlo para la cobertura temporal de aquellas tareas que no estén reservadas a funcionarios públicos por norma de rango de ley y respetando las restricciones que en un futuro puedan establecerse y estén justificadas por razones de interés general relativas a la protección de los trabajadores cedidos, a la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y a evitar posibles abusos. De esta forma, el legislador parece guiarse por pautas meramente economicistas, permitiendo a las Administraciones Públicas Locales reclutar mano de obra de forma indirecta y abonar su precio sin cargo al capítulo I (de donde sale el presupuesto para el pago de las nóminas), liberándose del encorsetamiento de las normas de personal tan estrictas en los momentos de crisis presentes¹¹⁴.

Pero tales razones resultan más que dudosas, pues no tienen en cuenta que el coste de la contratación a través de ETTs no va a ser nada despreciable¹¹⁵, no en vano estas empresas tendrán que abonar los salarios y las retribuciones previstas en el convenio colectivo aplicable al personal laboral de la Administración Local correspondiente (empresa usuaria), lo cual va a repercutir lógicamente en el precio acordado en el contrato de servicios (de puesta a disposición) con la Administración. En consecuencia, contratar a través de ETTs puede resultar más caro a los Entes públicos que si recurrieran a los mecanismos dispuestos para el reclutamiento directo¹¹⁶, máxime si se tienen en cuenta los dos extremos siguientes: de un lado, en los supuestos en los que la Administración Local haga un uso indebido del contrato de puesta a disposición, va a responder, tal y como establece la propia LETT, solidariamente de las obligaciones salariales y de Seguridad Social contraídas con el trabajador durante la vigencia de dicho contrato de puesta a disposición, así como de la indemnización económica derivada de la extinción del contrato de trabajo (doce días de salario por año de servicio)¹¹⁷; de otro, el trabajador va a quedar vinculado a la Administración por tiempo indefinido (en la condición de indefinido no fijo, aplicando doctrina

¹¹¹ CAMPOS DAROCA, J.M.: *Empleo público laboral. Puestos de trabajo, clases de empleados públicos laborales, y extinción de la relación laboral*, Málaga (Fundación Asesores Laborales), 2011, pág. 232.

¹¹² MADRID YAGÜE, P.: “Contratación administrativa y empresas de trabajo temporal”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Iustel)*, núm. 28, 2012, pág. 176.

¹¹³ MAURI MAJÓS, J.: “Medidas de ajuste para hacer frente a la crisis en el empleo público local: una perspectiva desde la función pública”, en AA.VV.: *El empleo público local ante la crisis*, Madrid (Fundación Democracia y Gobierno Local-CEMCI), 2011, pág. 168.

¹¹⁴ CABEZA PEREIRO, J.: *La reforma de las empresas de trabajo temporal*, Albacete (Bomarzo), 2011, pág. 183.

¹¹⁵ LÓPEZ GANDÍA, J.: “La reforma laboral de 2010 y la evolución del Derecho del Trabajo: otra vuelta de tuerca”, *Revista de Derecho Social*, núm. 51, 2010, pág. 251.

¹¹⁶ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Intermediación en el mercado de trabajo: análisis y propuestas*, Madrid (La Ley), 2012, pág. 455.

¹¹⁷ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “La contratación de trabajadores a través de empresas de trabajo temporal en las Administraciones Públicas”, *Diario La Ley*, núm. 7588, sección tributaria, 14 marzo 2011.

judicial ya reiterada) si continuara prestando servicios en la empresa usuaria a la finalización del contrato de puesta a disposición¹¹⁸, sin que dicha consecuencia pueda enervarse, en vía judicial, por lo dispuesto en el art. 301 TRLCSP, en virtud del cual “a la extinción de los contratos de servicios, no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal del ente, organismo o entidad del sector público contratante”.

En este contexto, cabe mencionar dos importantes cautelas adicionales:

Por una parte, el art. 21.4.2 Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2014, restringe la posibilidad de suscribir contratos de puesta a disposición con ETTs a “supuestos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables que se restringirán a los sectores, funciones y categorías profesionales que se consideren prioritarios o que afecten al funcionamiento de servicios públicos esenciales...”, siempre que concurra “previa autorización del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas”.

Por otro, la disposición adicional 1ª Real Decreto Ley 20/2012 establece, recogiendo los términos de las recomendaciones del Tribunal de Cuentas vertidas en la moción núm. 827 y en la Resolución de 27 de octubre de 2010, la necesidad de que los órganos de contratación dicten las instrucciones pertinentes para la correcta ejecución de los servicios externos que hubieran contratado (léase aquí a través de una ETT), de manera que quede clarificada la relación entre los gestores de la Administración y el personal de la empresa contratada, evitando, en todo caso, actos que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral (como trabajador indefinido no fijo) ante una cesión ilegal¹¹⁹, no en vano los Tribunales han venido entendiendo que “existe cesión ilegal de trabajadores cuando la empresa que contrata al trabajador, aun siendo real y no aparente, no pone en juego su organización, entendiendo por tal sus medios materiales y organizativos propios y, en consecuencia, no ejerce respecto del trabajador contratado el poder de dirección y el poder disciplinario de una manera real y efectiva. El hecho de que la empresa cedente, la que contrata al trabajador, sea quien pague los salarios y quien le dé de alta en la Seguridad social no es indicativo de que la cesión ilegal no exista. Tampoco es óbice para la posible existencia de la cesión ilegal que la empresa cedente contrate también determinados mandos intermedios que dan órdenes a los trabajadores presuntamente cedidos ilegalmente pero que, en realidad, dichos mandos intermedios reciben las órdenes de la empresa cesionaria”¹²⁰.

Además de las responsabilidades que pudieran derivarse, el Real Decreto Ley 20/2012 aclara que en los supuestos en los que los trabajadores de las empresas se convirtieran en personal laboral de la Administración Local en virtud de sentencia judicial, el salario a percibir será el que corresponda a su clasificación profesional de acuerdo con el convenio colectivo aplicable al personal laboral de la Administración, siendo necesario informe favorable de los organismos competentes para hacer cumplir las exigencias de las leyes presupuestarias. No se aplica, por tanto, tal y como había entendido la doctrina judicial el convenio colectivo 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 cedente¹²¹.

Llegados a este punto, procede dar un paso más en aras a dilucidar si las ETTs pueden actuar en el sector público Local no sólo como cedentes de trabajadores en misión, sobre lo que no hay

¹¹⁸ SSTs, Social, 17 septiembre 2002, 23 abril 2009, 17 diciembre 2010, 28 febrero y 9 marzo 2011.

¹¹⁹ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *La intermediación en el mercado de trabajo. Análisis y propuestas*, cit., págs. 446 y ss.

¹²⁰ Por todas, STS, Social, 4 julio 2012 (rec. 967/2011), que considera existente cesión ilegal entre la empresa de transformación agraria (TRAGSA) y el Organismo Autónomo Parques Nacionales (OAPN).

¹²¹ SSTs, Social, 15 diciembre 1998 (rec. 4424/1997), 11 octubre 2002 (rec. 920/2002) y 12 enero 2005 (rec. 10/2004).

duda alguna, sino también como agencias de colocación. Para dar respuesta a este interrogante, procede traer a colación la obligatoriedad de acudir a las oficinas públicas cuando se trate de seleccionar personal temporal por parte de las Administraciones Públicas (incluidas las Locales)¹²². Así, la disposición adicional segunda Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se ordenan las agencias de colocación, establece textualmente que “en los supuestos en los que las normas que regulen los procedimientos para la selección de personal de carácter temporal al servicio de las Administraciones Públicas permitan acudir a los servicios públicos de empleo, éstas utilizarán exclusivamente los servicios de los servicios públicos de empleo de las Comunidades Autónomas o, en su caso, del Servicio Público de Empleo Estatal”. La única duda que puede plantear la redacción de este precepto es la relativa al concepto de Administración al que va referido, esto es, si se limita, tal y como establece el art. 2 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, a los Entes de base territorial (Administración General del Estado, Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales) y a los organismos dependientes de los anteriores o se amplía al sector público en el sentido que indica el art. 3.1 TRLCSP, solución esta última que parece más adecuada, al entender incluidos: las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social, los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales, las Universidades Públicas, las Agencias Estatales y cualesquiera entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo, las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades públicas sea superior al 50 por 100, los consorcios, las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades, las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, cualesquiera entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creados 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, y, por último, las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados¹²³.

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

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

¹²² FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B.: “Servicios públicos de empleo y agencias de colocación”, en AA.VV. (CAVAS MARTÍNEZ, F. y LUJÁN ALCARAZ, J., Coords.): *Guía práctica de la Reforma Laboral de 2010*, Murcia (Laborum), 2010, pág. 227.

¹²³ MADRID YAGÜE, P.: “Contratación administrativa y empresas de trabajo temporal”, cit., pág. 184.

7.- BASE DE COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL: LA AMPLIACIÓN DE ELEMENTOS INCLUIDOS

Bajo la necesidad de garantizar el principio de sostenibilidad de la Seguridad Social a través de la ampliación del fin recaudatorio, pues a menos conceptos se excluyan, mayor cotización, el Real Decreto Ley 16/2013 deja claro, disipando dudas previas¹²⁴, que la remuneración que constituye la base de cotización a la Seguridad Social es tanto la que se percibe en metálico como en especie. La disposición final tercera del Real Decreto Ley mencionado modifica, así, el art. 109 Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social (LGSS), redefiniendo las partidas computables en la base de cotización al régimen general. Por tanto, quedan afectados por tal modificación los contratados laborales y aquellos funcionarios que están encuadrados en el régimen general y no en clases pasivas, dentro de los cuales se incluyen, en una primera aproximación, los funcionarios de las Comunidades Autónomas y los de la Administración Local, respecto de los cuales el Real Decreto 480/1993, de 2 de abril, ordenó la integración de todos los afiliados a la MUNPAL, tanto clases activas como pasivas, en el régimen general de la Seguridad Social¹²⁵. Ello sin olvidar que el art. 20 Real Decreto Ley 13/2010, de 3 de diciembre, prevé la inclusión en el régimen general de los funcionarios que ingresen en el empleo público a partir del 1 de enero de 2013 a los efectos de clases pasivas (jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia).

Las novedades se centran en los aspectos siguientes:

- 1.- El plus de transporte o distancia del domicilio al lugar de trabajo pasa a cotizar en todos los casos (antes solamente lo hacía el exceso del 20 por 100 del IPREM y cuando se preveía en convenio). Quedan excluidas, no obstante, las asignaciones para gastos de locomoción del trabajador que se desplace fuera de de centro habitual de trabajo para realizar el mismo en un lugar distinto, cuando utilice medios de transporte público, siempre que el importe de dichos gastos se justifique mediante factura o documento equivalente.
- 2.- Las mejoras de las prestaciones de Seguridad Social distintas de la incapacidad temporal, que antes estaban exentas pasan a computarse íntegramente (tal y como sucede, por ejemplo, con los planes de pensiones o sistemas alternativos). Siguen excluidas, por tanto, las prestaciones de Seguridad Social y las mejoras de la incapacidad temporal.
- 3.- Las asignaciones asistenciales también se computan íntegramente, salvo las correspondientes a gastos de estudios del trabajador cuando vengan exigidos por el desarrollo de sus actividades o las características del puesto de trabajo. Quedan incluidos, por tanto, en la base de cotización los seguros médicos, servicios de guardería, entrega de productos o servicios a precios rebajados...
- 4.- Se computan igualmente los gastos de manutención y estancia generados en el mismo municipio del lugar del trabajo habitual del trabajador y del que constituya su residencia. *A sensu contrario*, para que queden exentos deben haberse generado en un municipio distinto del lugar habitual de trabajo del perceptor y del que constituya su residencia en la cuantía y con el alcance previstos en la normativa reguladora del IRPF.

¹²⁴ RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: "La base de cotización en el régimen general de la Seguridad Social: inclusión de los gastos de manutención, estancia y transporte", *Actualidad Laboral*, núm. 12, 2011, págs. 1 y ss.

¹²⁵ ERRANDONEA ULAZIA, E.: "Algunas cuestiones respecto de la protección social de los funcionarios de la Administración Local después de su integración en el régimen general", *Tribuna Social*, núm. 75, 1997, pág. 25. En la doctrina judicial, SSTSJ, Cont.-Admtivo., Comunidad Valenciana 31 marzo 2003, Galicia 5 febrero, 19 y 26 noviembre y 24 diciembre 2003 y Murcia 22 julio 2005.

5.- No se modifica la exención de las indemnizaciones por fallecimiento y las correspondientes a traslados, suspensiones y despidos. Las indemnizaciones por fallecimiento y las correspondientes a traslados y suspensiones estarán exentas de cotización hasta la cuantía máxima prevista en norma sectorial o convenio colectivo aplicable. Las indemnizaciones por despido o cese del trabajador estarán exentas en la cuantía establecida con carácter obligatorio en el ET, en la normativa de desarrollo o, en su caso, en la normativa reguladora de la ejecución de sentencias, sin que pueda considerarse como tal la establecida en virtud de convenio, pacto o contrato. Cuando se extinga el contrato de trabajo con anterioridad al acto de conciliación, estarán exentas las indemnizaciones por despido que no excedan de las que hubieran correspondido en el caso de que éste hubiera sido declarado improcedente, y no se trate de extinciones de mutuo acuerdo en el marco de planes o sistemas colectivos de bajas incentivadas. Sin perjuicio de lo anterior, en los supuestos de despido o cese como consecuencia de despidos colectivos, tramitados de conformidad con lo dispuesto en el art. 51 ET o producidos por las causas previstas en la letra c) del art. 52 ET, siempre que en ambos casos se deban a causas económicas, técnicas, organizativas, de producción o fuerza mayor, quedará exenta la parte de indemnización percibida que no supere los límites establecidos con carácter obligatorio en el ET para el despido improcedente.

Aunque lo más lógico hubiera sido hacer coincidir la aplicación de estas previsiones con el inicio del año 2014, lo cierto es que el Real Decreto Ley 16/2013 entró en vigor el 22 de diciembre, de modo que las empresas (incluida la Administración Pública) se han visto obligadas a incluir los nuevos conceptos en las bases de cotización del mes de diciembre. No obstante, para aquellas entidades que no hayan podido hacerlo, la Tesorería permitió inicialmente regularizar la situación sin recargos hasta el 31 de marzo de 2014 a través de una liquidación complementaria, plazo que se ha extendido hasta el 31 de mayo de 2014 por Resolución de 23 de enero de 2014 (BOE de 31 de enero).

En fin, la disposición final tercera, en su apartado tercero, del Real Decreto Ley 16/2013 establece la obligación para los empresarios (públicos y privados) de comunicar a la Tesorería el importe de todos los conceptos retributivos abonados mensualmente a sus trabajadores, con independencia de su inclusión o no en la base de cotización a la Seguridad Social y aunque resulten de aplicación bases mínimas. Para dar cumplimiento a este deber, la TGSS ha diseñado un nuevo fichero denominado “conceptos retributivos abonados” (CRA) que se deberá remitir a través del sistema RED.

8.- CONTRATO PARA LA FORMACIÓN Y EL APRENDIZAJE

Aunque, atendiendo a la información que proporcionan las estadísticas no es muy habitual al preferir otras modalidades de contratación, no hay obstáculo alguno para que las Administraciones Locales, si se cumplen los requisitos exigidos, puedan celebrar contratos para la formación y el aprendizaje, esto es, aquellos que tienen por objeto “la cualificación profesional de los trabajadores en un régimen de alternancia de actividad laboral retribuida en una empresa con actividad formativa recibida en el marco del sistema de formación profesional para el empleo o del sistema educativo”¹²⁶. La Ley 3/2012, modificada por el Real Decreto Ley 1/2013, contemplaba la posibilidad, transitoria, de suscribir contratos para la formación y el aprendizaje aunque no existiera título de formación profesional o certificado de profesionalidad relacionados con el trabajo efectivo a realizar. Esta opción estaba inicialmente prevista hasta el 31 de diciembre de 2013 y ahora se extiende por el Real Decreto Ley 16/2013, en los mismos términos, hasta el 31 de diciembre de 2014.

¹²⁶ POQUET CATALÁ, R.: “La actividad formativa en el contrato para la formación y el aprendizaje tras las últimas reformas”, *Relaciones Laborales*, núm. 6, 2013, págs. 71 y ss.

9.- OTRAS REFORMAS SIN REPERCUSIÓN PARA EL EMPLEO PÚBLICO: APUNTE

Cabe mencionar los cuatro siguientes extremos, modificados por el Real Decreto Ley 16/2013, pero que, por su ámbito de aplicación, no afectan al empleo público:

1.- Cambia la redacción del art. 4 Ley 3/2012, suprimiendo la exigencia relativa a que el contrato de trabajo de apoyo a los emprendedores tuviera que celebrarse, como antes, a tiempo completo, permitiéndose el recurso al mismo también para la contratación a tiempo parcial. En realidad, es muy difícil que las Administraciones Públicas recurran a esta vía contractual, pues en este ámbito no resulta fácil aplicar el concepto emprendedor. Y es que su objeto es fomentar el empleo en empresas con menos de 50 trabajadores, a través del reclutamiento de un nuevo trabajador ya sea para prestar un nuevo servicio o realizar una nueva actividad en la empresa o ya sea para realizar una actividad habitual dentro de la misma¹²⁷. Queda identificado, a la postre, el emprendedor con el titular de una corporación privada pequeña¹²⁸.

La principal peculiaridad de este contrato es que la duración del período de prueba será de “un año en todo caso” (art. 4.3 Ley 3/2012). Aun cuando de este tenor cabe deducir, en una primera aproximación, que la norma habilita para lo máximo (duración de hasta un año del período de prueba) y para lo mínimo (carácter facultativo del pacto de prueba)¹²⁹, lo cierto es que se trata de un período dispuesto para el desistimiento, quedando el empresario facultado para extinguir el contrato sin necesidad de formalidad alguna y de especificar el motivo de su decisión. Puede enmascarar, por tanto, un verdadero despido improcedente a coste cero, especialmente cuando se trate de trabajadores no cualificados y el cese se produzca cercano en el tiempo al vencimiento del primer año de contrato¹³⁰. Por tal razón, surgen dudas significativas sobre si el citado plazo puede entrar en contradicción con lo previsto en el art. 35 CE, con la Directiva 99/70/CE y con el convenio 158 OIT que impone una exigencia de “razonabilidad” en la duración del período de prueba o, incluso, con algunos pronunciamientos judiciales¹³¹. Cabe dar noticia de la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 412/2013, de 19 de noviembre, del Juzgado de lo Social núm. 2 de Barcelona, que ha declarado ilegal el período de prueba de un año, por contradecir radicalmente una norma de rango superior, más concretamente el art. 4.4 de la Carta Social Europea y el principio de proporcionalidad que exige, en la lectura o interpretación constante realizada por la “jurisprudencia” del Comité Europeo de Derechos Humanos. En este contexto, no cabe olvidar que si el empresario es una Administración Pública, debe justificar, tal y como se explicó anteriormente, el motivo de la extinción contractual en período de prueba.

2.- Tampoco afecta al sector público la regulación de las aportaciones económicas que tienen que efectuar las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de 50 o más años para compensar el impacto que generan estos procesos sobre el sistema de protección por desempleo, contenida en la disposición adicional 16ª Ley 27/2011 y en el Real

¹²⁷ AGUILERA IZQUIERDO, R.: “El nuevo contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores”, en AA.VV (THIBAUT ARANDA, J., Dir.): *La reforma laboral de 2012. Nuevas perspectivas para el Derecho del Trabajo*, Madrid (La Ley), 2013, pág. 124,

¹²⁸ GÓMEZ ABELLEIRA, F.: “Medidas para favorecer el empleo estable: el contrato de apoyo a los emprendedores y la recuperación de la conversión en indefinido por reiteración de contratos temporales”, en AA.VV (GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R., Dirs.): *La regulación del mercado laboral. Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del Real Decreto Ley 20/2012*, Valladolid (Lex Nova), 2012, pág. 67.

¹²⁹ DE HEREDIA RUIZ, I.B.: “Contrato indefinido de apoyo a los emprendedores: argumentos para la inconstitucionalidad del período de prueba”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 158, 2013, pág. 209.

¹³⁰ RAMOS MORAGUES, F.: “El contrato de apoyo a los emprendedores como medida de fomento del empleo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 157, 2013, pág. 211.

¹³¹ Cabe recordar que la STS 20 julio 2011, ha sentado que “el sometimiento al período de prueba de un año de duración parece a todas luces excesivo, ya que el objeto de la prueba puede satisfacerse sobradamente en un lapso temporal más reducido”.

Decreto Ley 5/2013, y que el Real Decreto Ley 16/2013 modifica para precisar lo que a estos efectos ha de entenderse por grupo de empresas, remitiendo a lo dispuesto en el art. 42.1 Código de Comercio, si bien para la determinación del resultado del ejercicio sólo se tendrán en cuenta los resultados obtenidos en España por las empresas que lo integren.

3.- En referencia exclusiva a los trabajadores autónomos, se prevé que la base mínima de cotización de éstos, tras el paso de 12 meses desde el alta, cuando hayan tenido a su servicio un número de empleados igual o superior a 10 o cuando posean el control efectivo de la sociedad para la que prestan servicios o sean socios trabajadores con el 50 por 100 del capital social, será la misma que para los trabajadores del grupo 1 del régimen general.

4.- En fin, y como cierre, la disposición final 8ª Real Decreto Ley recoge un compromiso del Gobierno de ordenar y armonizar los incentivos a la contratación, incluyendo los requisitos y obligaciones para su obtención y mantenimiento¹³².

¹³² SALIDO BANÚS, J.L.: “Nota breve de urgencia sobre el Real Decreto Ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 36, 2014, pág. 218.

2a

sessió

28/04/14

El complement de productivitat i el règim d'incompatibilitats

El complement de productivitat: llums i ombres d'una figura estesa i controvertida
Federico A. Castillo Blanco, catedràtic de Dret Administratiu de la Universitat de Granada.

El règim jurídic d'incompatibilitats dels empleats públics locals
Joaquín Meseguer Yebra, inspector General de Serveis de l'Ajuntament de Madrid.

Amb aquesta sessió, es volen abordar dos aspectes molt presents en la dinàmica diària de la gestió de RRHH per tal d'analitzar les vicissituds i el règim d'aplicació de tots dos.

Per una banda, es tractarà l'articulació del complement de productivitat i els seus límits, juntament amb els usos i pràctiques existents, a la llum de la normativa vigent i d'acord amb els posicionaments jurisprudencials en aquesta matèria. S'analitzaran alhora les vies de solució idònies en casos de situacions esteses en el temps; s'analitzaran de forma individual o més generalitzada per tal de facilitar-ne la seva correcta articulació. Alguns dels temes que centraran la primera part de la sessió seran alguns aspectes amb clara incidència com ara les millores voluntàries d'incapacitat temporal –i si cal incloure-les o no en aquest concepte–, les limitacions pressupostàries per fixar-les, a més de la necessitat d'establir-ne clarament els criteris de distribució o la possibilitat d'eliminar-les, com també les conseqüències quan són assignades indegudament.

Per una altra banda, en aquesta sessió també s'analitzarà el règim vigent actualment en matèria d'incompatibilitats dels empleats públics, el seu extens àmbit d'aplicació i la seva interpretació d'acord amb els recents canvis normatius: la publicitat continguda a l'article 8 de la Llei de transparència, el foment dels llocs de treball a temps parcial en el règim laboral que incentiva el RDL 16/2013 i la seva possible compatibilitat amb un segon lloc de treball de naturalesa privada; l'Acord del Consell de Ministres de 16 de desembre del 2011; el plantejament d'una important flexibilització quant a la interpretació dels límits en aquesta matèria i la seva possible translació al règim de funció pública local, etc. També se n'analitzarà la seva interpretació d'acord amb la doctrina jurisprudencial en la matèria a la vista de situacions que es poden plantejar amb una certa assiduitat, com són les del personal tècnic –arquitectes o enginyers que presten serveis en administracions locals amb règim laboral o funcionarial i que alhora realitzen projectes privats o per encàrrecs públics en aquests municipis–, del cos de la Policia Local o bé dels funcionaris amb habilitació nacional que donen suport o servei a més d'una administració local o a entitats locals i als seus ens instrumentals, etc. Aquests són només alguns exemples de les situacions en què es pot plantejar l'aplicació del règim d'incompatibilitats. S'hi tractaran, doncs, tant les limitacions que pot suposar des de la perspecti-

va retributiva i d'autorització per a desenvolupar activitats públiques i/o privades, com també els deures que comporta per a l'Administració, organisme o ens titular del personal per poder interpretar-ne correctament les limitacions i la incidència sobre la gestió dels recursos humans.

M. Carme Noguer

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

EL COMPLEMENT DE PRODUCTIVITAT: LLUMS I OMBRES D'UNA FIGURA ESTESA I CONTROVERTIDA

Federico A. Castillo Blanco
Catedràtic de Dret Administratiu
Universitat de Granada

I. INTRODUCCIÓN: LA RAZÓN DE SER DEL SISTEMA RETRIBUTIVO Y DEL COMPLEMENTO DE PRODUCTIVIDAD. 1

- 1. La regulación del complemento de productividad en la legislación estatal de los ochenta: reflexión general. 3*
- 2. El Balance resultante del análisis normativo..... 7*
- 3. Análisis jurisprudencial de las patologías detectadas en el complemento de productividad. 9*

II. LAS PROPUESTAS Y EL PLANTEAMIENTO DE LA COMISIÓN EBEP EN ESTE ÁMBITO Y SU RECEPCIÓN POR EL TEXTO NORMATIVO. 18

- 2. El nuevo planteamiento respecto de la estructura retributiva: lo que es y lo que debe ser básico..... 21*
- 2. Las retribuciones complementarias: planteamiento preliminar..... 25*
- 3. Las retribuciones derivadas de una adecuada prestación de los servicios y un mayor rendimiento..... 26*

III. LA SITUACIÓN POST EBEP: AUSENCIA DE DESARROLLO GENERALIZADO Y LA TENDENCIA A LA PERVIVENCIA DEL SISTEMA ANTERIOR Y DE LA IDEA DE LAS RETRIBUCIONES VARIABLES COMO ALGO EXTRAORDINARIO AL SISTEMA RETRIBUTIVO. 28

IV. LA VERDADERA FINALIDAD DEL COMPLEMENTO DE PRODUCTIVIDAD EN EL CONTEXTO ACTUAL DE NUESTRA FUNCIÓN PÚBLICA..... 33

- 1. La necesaria concepción integral del sistema. 33*
- 2 Una reflexión sobre los procedimientos para implementar el complemento de productividad. 35*

I. INTRODUCCIÓN: LA RAZÓN DE SER DEL SISTEMA RETRIBUTIVO Y DEL COMPLEMENTO DE PRODUCTIVIDAD.

Es bien conocido que desde las reformas del empleo público acontecidas en la década de los ochenta se profundizó, si tenemos en cuenta como referencia la normativa anterior a las reformas emprendidas con la LFCE, en la consideración del puesto de trabajo como el eje esencial de la estructuración retributiva y que, junto a la categoría subjetiva del funcionario, habría de determinar

el montante global de las retribuciones de los funcionarios públicos¹. Bien es cierto también que dicha consideración ya venía siendo una constante desde las reformas del sistema retributivo acaecida en los sesenta e incluso acentuada con las modificaciones introducidas en 1977.

Lo cierto, sin embargo, es que el diseño retributivo implantado tras la reforma de 1984 partía pues, como ya era tradicional en nuestro sistema de función pública desde 1964 y así también subyace de alguna forma en el Derecho comparado, de distinguir entre dos tipos de retribuciones: las retribuciones básicas y las denominadas complementarias². Las retribuciones básicas eran concebidas en el sistema establecido como una compensación por lo que el funcionario "es", respondían a motivos claramente personales del funcionario que las percibía y muy específicamente a las capacidades mostradas por el funcionario en su acceso a uno de los grupos según la titulación ostentada a los que se accedía al empleo público y a la antigüedad en la prestación de los servicios. Las retribuciones complementarias de los funcionarios públicos, por su parte, venían a cumplir por su parte un doble papel: de un lado, tanto el complemento de destino como el específico retribuyen el puesto de trabajo ocupado por el funcionario, es decir, el "qué se hace", siendo que, en el primero de ellos, con éste se articulaba asimismo el sistema de carrera previsto en dicha normativa; de otro, el complemento de productividad está asignado al "modo" y la "intensidad" con la que el funcionario cumple con las tareas inherentes a su puesto de trabajo, verbigracia, a "cómo se hace o cómo se consigue"³. El sistema se complementaba con otros

¹ La sentencia de 6 de junio de 1997 del Tribunal Superior de Justicia de Canarias indica a este respecto que: "... régimen retributivo que califica de complementario la Ley de 1984, como contraposición al que llama básico, y que, como es fácilmente deducible de lo anterior, y también al contrario de lo que ocurre con las retribuciones básicas, no siguen indiscriminadamente al funcionario por el mero hecho de serlo, sino que están en función del nivel del puesto de trabajo que en cada momento se desempeñe (caso del complemento de destino), de la dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, peligrosidad o penosidad del mismo (supuesto del complemento específico) y del rendimiento, actividad extraordinaria o interés con que desempeñe el funcionario su puesto de trabajo (objetivo del complemento de productividad), sin que, por lo tanto, ninguno de tales complementos, y no sólo el específico, constituyan un derecho adquirido que haya de subsistir indefinidamente con independencia del puesto de trabajo que en cada momento se desempeñe efectivamente o de la actividad y rendimiento desplegada en el mismo".

² Aspecto que no cambia en el EBEP cuyo artículo 22 también parte de dicha distinción ya arraigada en nuestro sistema de función pública.

³ La STS de 29 de mayo de 1995 (RJ. 6152) describe el sistema establecido aludiendo a que:

"SEGUNDO.- Decía la Sentencia de esta Sala de 3 julio 1990 (RJ 1990\5958), recogiendo la evolución legislativa operada sobre el régimen retribuido de los funcionarios, ^{que} la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado reguló los derechos económicos de los funcionarios en sus artículos 96 a 100, distinguiendo, de una parte, el sueldo base, pagas extraordinarias y trienios, de otra, los complementos de destino, dedicación especial y familiar, estableciendo que el complemento de destino corresponde a aquellos puestos de trabajo que requieran particular preparación técnica o impliquen especial responsabilidad, y el de dedicación especial a los funcionarios a los que se exija una jornada de trabajo mayor que la normal o se acojan al régimen de dedicación exclusiva al servicio de la Administración. La Ley de Reforma de la Función Pública de 2 agosto 1984, en su artículo 23, que el artículo 1º 3 enumera entre los que se consideran bases de régimen estatutario de los funcionarios públicos, con las consecuencias que señala el artículo 149, apartado 18, de la Constitución y las Sentencias del Tribunal Constitucional de 28 julio 1981 (RTC 1981\32) y 28 junio 1983 (RTC 1983\56), incluye en dichas retribuciones el complemento de destino correspondiente al nivel del puesto de trabajo que se desempeñe; el complemento específico, destinado a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad; y el complemento de productividad destinado a retribuir el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés o iniciativa con que el funcionario desempeñe su trabajo, régimen retributivo que se mantuvo en los artículos 11 y 12 de la Ley 50/1984, de 30 diciembre, que aprobó los Presupuestos Generales del Estado para 1985, siendo posteriormente desarrollado por Orden Ministerial 2 enero 1985, de todo lo cual se deduce que los complementos referidos están en función del nivel del puesto de trabajo que en cada momento se desempeñe, de la dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, peligrosidad o penosidad del mismo y del rendimiento, actividad extraordinaria o interés con que se desempeñe el puesto de trabajo, sin que en ningún caso constituya un derecho adquirido que haya de subsistir en lo sucesivo con independencia del puesto de trabajo que en cada momento se desempeñe o de la actividad y rendimiento desplegada en el mismo"

La experiencia de aplicación del mismo puede verse relatada en BLANCO SEVILLA, J.L., "Política de retribuciones para 1995", Revista de Presupuestos y Gasto Público, nº 14, 1994 y GUTIERREZ REÑON, A. y LABRADO FERNANDEZ, M., "La experiencia de la evaluación de puestos de trabajo en la Administración española", Madrid, 1988.

conceptos retributivos de carácter no permanente o habitual (gratificaciones por servicios extraordinarios o indemnizaciones) o que respondían a circunstancias específicas (lugar de residencia en el caso de Ceuta y Melilla u otras).

Ha de puntualizarse que la lógica del nuevo sistema implantado radicaba en retribuir la contribución del empleado público a la organización -sin perjuicio de retribuir, también, su categoría- a través de las funciones desempeñadas en su concreto puesto de trabajo, y ello no era sino la correspondencia al rechazo a un modelo retributivo que hasta ese momento había sido basado en lo esencial en la antigüedad y en la titulación exigida para el acceso a la función pública que, sin embargo, y con el nuevo sistema perdían importancia relativa en la cuantía total retributiva a percibir por los funcionarios públicos⁴.

Es conveniente señalar que, con carácter general, la doctrina acogió la reforma establecida en dicha ley con una impresión favorable⁵, si bien con el escepticismo propio de una materia que dependía en un importante grado de su adecuada aplicación. Y no sin razón ya que, en efecto, la experiencia en su aplicación ha demostrado, una vez más en el ya largo devenir histórico de los sistemas retributivos de los funcionarios públicos, que el mismo no ha funcionado correctamente. Y no lo ha hecho, es preciso ponerlo de relieve en lo que tenga de enseñanza para la futura aplicación del EBEP en esta u otras materias, no tanto por errores en su diseño, perfectibles en cualquier caso, sino más bien por la incapacidad de una gestión adecuada del mismo y el consiguiente embrutecimiento y desnaturalización de los distintos elementos retributivos que se fue produciendo con ocasión de su puesta en funcionamiento.

1. La regulación del complemento de productividad en la legislación estatal de los ochenta: reflexión general.

El complemento de productividad estaba destinado a retribuir el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés e iniciativa con el que el funcionario desempeña su trabajo, lo que indica, por las expresiones empleadas, que su principal y único objetivo es retribuir la dedicación personal del funcionario a su puesto de trabajo y los resultados obtenidos por éste. La terminología legal, con la utilización de conceptos jurídicos indeterminados, se refiere así a aquellos elementos que determinarán su percepción. Obviamente, y a pesar de que la norma difiere al establecimiento de un método la determinación de la concurrencia de circunstancias que habilitan para su percepción, la dicción legal permite ya, prima facie, sacar algunas conclusiones que parecen insertas en la naturaleza de este complemento:

- Su aplicación es, y si no se comparte dicha visión al menos debería de serlo, obligada⁶. Y es que, desde nuestro punto de vista, el sistema retributivo ha de tener necesariamente un componente variable. Por ello que, desde nuestro punto de vista, exista un derecho subjetivo

⁴ SANCHEZ MORON, M., op. cit., pag. 195, indica, en coincidencia con lo expuesto, que en un sistema de carrera tradicional el componente más importante de los haberes del empleado público es el que hace referencia a su categoría personal, determinada por su titulación, por el prestigio del cuerpo en que ingresa y por su antigüedad fundamentalmente...Por el contrario, en un sistema de empleo lo que más cuenta es la valoración del puesto de trabajo que se desempeña y el esfuerzo personal del funcionario, su productividad.

⁵ PIÑAR MAÑAS, J.L., "El nuevo sistema retributivo de los funcionarios y su aplicación", RAP nº 111, 1986, pág. 371, expondrá, en un temprano comentario a la reforma introducida, que el sistema se había simplificado, se configuraba una carrera administrativa y se establecían mecanismos para la incentivación del funcionario. Lo que le llevaba a calificar de aceptable la reforma introducida, aunque ya advertía, seguramente fruto de la experiencia histórica conocida, de que éste dependería de su efectiva aplicación.

⁶ De esta forma, la STS de 15 de febrero de 1991 (RJ 1261) anuló un acuerdo municipal, entre otros motivos, por no haber efectuado consignación presupuestaria alguna de este complemento. Puede verse también corroborando dicha postura la sentencia de 4 de mayo de 1998 (RJCA 1370) del Tribunal Superior de Justicia de Canarias. Pero es que, además, la introducción de la evaluación del desempeño tras el EBEP parece abundar en esta consideración ya que, más allá de las previsiones del artículo 20, la evaluación del desempeño se configura como un derecho de los empleados públicos y como un deber, y en especial, cuando se implante la carrera profesional horizontal, pues en este caso el derecho a la promoción profesional se conjuga con la obligación de ser evaluado.

de los funcionarios públicos a que sea evaluada dicha productividad y, por consiguiente, abonada si se dan las circunstancias que ameritan su percepción y ello, a pesar de que no se contempla así ni resulta serlo en la práctica, hemos de añadir, en la mayoría de nuestras Administraciones públicas. No comprende tal derecho, sin embargo, ni la cuantía ni el procedimiento que, a diferencia del anterior extremo, dependerán de la política retributiva seguida por el organismo público en cuestión y está, por consiguiente, atribuida a una potestad discrecional de éste⁷. Es decir, la productividad, o más bien, la valoración de su existencia en el desempeño de sus funciones por los funcionarios públicos es necesariamente valorable una vez efectuada su labor en función de los objetivos establecidos y de la concurrencia de circunstancias directamente relacionadas con el puesto de trabajo⁸.

Ciertamente, las sucesivas leyes presupuestarias parecen haber condicionado su percepción a la existencia de programas específicos que redunden en “mejorar el resultado” adecuándose la cuantía al grado de consecución de los objetivos previstos en los mismos, pero, desde nuestro punto de vista, la retribución establecida en la ley básica otorga este derecho al que hemos hecho referencia y la existencia de programas específicos sólo tiene incidencia en cuanto a la necesidad de los mismos para la determinación del complemento ya que, como diremos posteriormente, no se entiende este complemento sino se pone en conexión con la consecución de objetivos⁹.

- Con carácter general, el devengo de las retribuciones complementarias, y con ello del complemento de productividad, requiere el efectivo desempeño de las actividades y funciones atribuidas a cada funcionario y, por tanto, la incorporación al servicio activo y su adscripción a un puesto de trabajo (STS de 4 de julio de 1.994 RJ 6242), aunque, como ya advertiremos, no implica que en el momento de su percepción, precisamente por su naturaleza de incentivo o premio, el funcionario se halle prestando efectivamente servicios en el puesto de trabajo en el que se ameritó la percepción o que, en determinadas circunstancias también se devengue el mismo aún sin prestar de forma efectiva los servicios.
- No es una retribución estática y permanente y su percepción puede variar, incrementándose o reduciéndose, e inclusive puede suprimirse atendiendo a la concurrencia o no de los citados elementos recogidos en la norma, sin que la diferencia cuantitativa que pueda provocar en las retribuciones de los funcionarios públicos incida en el principio de igualdad o pueda entenderse contraria al carácter unitario y nacional de los cuerpos (STS de 4 de mayo de 1998, RJ 4835). Tampoco, por tanto, su modificación, sobre todo cuando lo sea precisamente para adecuarse a los criterios establecidos en la norma que determinan su percepción, vulnera ningún tipo de derecho adquirido o va contra la doctrina de los actos propios (sentencia de 14 de febrero de 1997 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña).

⁷ Dicho complemento otorga a la Administración una potestad discrecional en su apreciación, que no implica discriminación si no incurre en arbitrariedad (sentencia de 27 de septiembre de 1997 del Tribunal Superior de Justicia de Canarias), pero que exige la pertinente valoración (sentencias de 6 de mayo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias y de 21 de julio de 1998 de Madrid).

⁸ Como establece la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 5 de noviembre de 1996 (en el mismo sentido la sentencia del Tribunal superior de Justicia de Canarias de 3 de abril de 1998): "...el complemento de productividad, por el contrario, tiene carácter subjetivo y está en función del rendimiento personal del titular del puesto de trabajo, así como de su actividad extraordinaria y de su interés, que constituyen contingentes valorables una vez efectuada la labor, por lo que realizándose la valoración de la productividad, acorde con el art. 23.1, e).1 de la Ley 31/1991, de 31 diciembre, que aprobó los Presupuestos Generales del Estado para 1992, en función de las circunstancias relacionadas directamente con el desempeño del puesto de trabajo y la consecución de los resultados y objetivos asignados al mismo en el correspondiente programa".

⁹ Aún cuando las leyes presupuestarias, a partir de la de 1986, introdujo como factor de devengo del citado complemento, y por ello desnaturalizándolo e introduciendo cierta confusión con el complemento específico, la “dedicación extraordinaria”.

- Es una retribución, de esta forma, con un carácter eminentemente subjetivo que viene ligada, a diferencia del complemento de destino y específico cuya cuantía está en función del puesto y tiene un carácter objetivo, al rendimiento personal del funcionario¹⁰, pero que no puede condicionarse a la toma de decisiones en un determinado sentido que depende de una valoración profesional del funcionario¹¹

La normativa de rango legal, tanto estatal como autonómica en la materia, establece ligada su percepción al establecimiento de programas y fijación de objetivos en cada uno de los organismos o programas públicos¹². Asimismo, prevé el establecimiento, normalmente con carácter anual, a través de las leyes de presupuestos o normativa de desarrollo, de los criterios a través de los cuales haya de procederse a la medición de la cuantía individual de dicho complemento; criterios éstos que no necesariamente parece hayan de ser permanentes, antes bien más parece indicar que hayan de variar según cambien, en cada momento, los objetivos perseguidos por cada organismo o unidad administrativa (sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 22 de diciembre de 1997 y de 19 de enero de 1998).

Las cantidades que percibiera cada funcionario por este concepto serían, además, de conocimiento público, tanto de los demás funcionarios de la Administración correspondiente como de los representantes sindicales; previsión que, como pone de relieve la patología revelada en la controversia judicial, responde al intento no plenamente logrado, a pesar de ello, de que no existiese arbitrariedad en su atribución. Lo cierto es que dicha previsión ha de considerarse no vigente pues, como explica la SAN de 17 de enero de 2014 (rec.25/2013), el artículo 40 del EBEP

¹⁰ La sentencia de 5 de enero de 1997 del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (y en idéntico sentido la de Cantabria de 9 de junio de 1998) expresa por ello que: "TERCERO.-El complemento de productividad, según el art. 23.3, c) de la Ley 30/1984, de 2 agosto, sobre Medidas para la Reforma de la Función Pública, retribuye «el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés o iniciativa con que el funcionario desempeña su trabajo». Este complemento permite atender a la singularidad de la actividad concreta prestada por cada funcionario, mientras que el de destino y el específico, como complementos propios del puesto de trabajo (según el diseño de la Ley 2/1984) están predeterminados, respectivamente, en función del nivel asignado genéricamente al puesto de trabajo y de las características singulares de «algunos» puestos de trabajo, sin referencia posible a la forma en que se desempeña o se haya desempeñado de hecho, por quien sea o haya sido su titular.

CUARTO.-Definido, pues, en el art. 23.3, c) de la Ley 30/1984, de 2 agosto, sobre Reforma de la Función Pública, el complemento de productividad, hay que distinguir dicha retribución complementaria de los denominados complementos de destino y específico, pues mientras estos dos últimos son de naturaleza objetiva y están relacionados con el puesto de trabajo, integrándose en el complemento específico las condiciones particulares de dedicación al puesto, la dificultad técnica, la responsabilidad, la incompatibilidad, la peligrosidad o la penosidad, el complemento de productividad, por el contrario, tiene carácter subjetivo y está en función del rendimiento personal del titular del puesto de trabajo, así como de su actividad extraordinaria y de su interés, que constituyen contingentes valorables una vez efectuada la labor...".

¹¹ De esta forma, la SAN de 18 de diciembre de 2013 (rec.118/2013) aclara que es legítimo fijar unos objetivos estratégicos, aunque no pueden configurarse en función de las decisiones a adoptar por los inspectores. Y añade que "El complemento de productividad no infringe la regulación, sino que sino que los objetivos establecidos para valorar la productividad no se corresponden con la finalidad del citado complemento ya que, a juicio de la sentencia, los resultados de los exámenes médicos dependen de una valoración médica, no pudiendo condicionarse a que un porcentaje de casos se fije en un determinado sentido (en este caso, el alta médica o el pase a incapacidad permanente)".

Es necesario diferenciar, precisa la sentencia, la valoración de la productividad que tanga en cuenta la revisión de un número determinado de incapacidades, de aquella otra que se asiente en el contenido de las propuestas de los inspectores.

Se apoya la sentencia, además, en el derecho a la salud contemplado en el art. 43 CE, indicando que la actuación de los inspectores debe circunscribirse a criterios científicos y médicos, sin sufrir ninguna afectación por determinados índices cuantitativos.

¹² De esta forma, los Acuerdos de Trabajo entre Administración y Sindicatos (vid., a título de ejemplo, el suscrito para el periodo 1995-1997) previeron la necesidad de que los organismos públicos concreten los objetivos que persiguen y establezcan parámetros o índices que permitan evaluar el grado de su cumplimiento a fin de determinar la cuantía del complemento de productividad y los incrementos retributivos (capítulos VI y VII).

no ampara dicho conocimiento que viene protegido por la protección de datos de carácter personal¹³.

En el Estado, y asimismo con carácter general en las Comunidades Autónomas, las cuantías asignadas al citado complemento no pueden exceder de un determinado porcentaje de cada programa de gasto, y dentro de esa dotación, los responsables de cada programa de gasto, de acuerdo con la normativa establecida en la Ley de Presupuestos a la que anteriormente nos referimos, determinarán la cuantía del complemento individual atribuido a cada funcionario.

Es de reseñar que no todas las Comunidades Autónomas desarrollaron, amén de lo previsto en su legislación sobre función pública, normativa específica relativa al complemento de productividad. Y además, en algunos supuestos, cuando lo han realizado, ésta sólo ha tenido carácter sectorial en el caso de la educación o la sanidad, o en virtud de la prestación de determinados servicios, o inclusive con carácter general, según el tiempo de servicios prestados en el semestre anterior a su devengo, y con carácter fijo sobre el complemento de destino del puesto de trabajo o grado consolidado.

A título de ejemplo, y con carácter global, puede verse en la Comunidad Autónoma de Andalucía el Decreto 117/1991, de 11 de junio por el que se aprueban los criterios objetivos técnicos para la aplicación del complemento de productividad y, en desarrollo del mismo, la Orden de 17 de junio

¹³ Dice así la sentencia referida: "Nos encontramos ante dos derechos fundamentales, el derecho a la libertad sindical y el derecho a la protección de datos de carácter personal. En lo referente a la valoración de los mismos respecto al conocimiento de las cantidades que percibe cada funcionario en concepto de complemento de productividad por parte de los Delegados de Personal, la anteriormente citada Sentencia de la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S.J. de Madrid de 7 de julio de 2009, y, en el mismo sentido la de Sección Séptima de dicho Tribunal de 27 de febrero de 2012, se dice lo siguiente: *"... estos datos constituyen una cesión comunicación de datos de carácter personal de acuerdo con la definición recogida en el artículo 3.i) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre (LA LEY. 4633/1999), de Protección de Datos de Carácter Personal . Incluso así lo admite la parte actora cuando refiere en su demanda que se está ante la colisión de dos derechos fundamentales -libertad sindical y el de protección de datos de carácter personal - y concluye que debe primar el derecho de libertad sindical.*

La conclusión de la parte actora sobre la preferencia del derecho a la libertad sindical no es aceptable toda vez que ningún derecho fundamental tiene un carácter absoluto o ilimitado. Lo cual obliga a esta Sala a determinar no tanto que derecho debe primar en caso de colisión, como es el caso, sino si, en su caso, ambos derechos pueden quedar protegidos y conciliados entre sí. Ello supone analizar si las facultades reconocidas a los representantes sindicales en el ámbito de la libertad sindical - especialmente el derecho a la negociación colectiva- pueden hacerse efectivas sin que se vea colisionado el derecho de protección de datos de carácter personal que de acuerdo con la [Ley Orgánica 15/1999 \(LA LEY. 4633/1999\)](#) solo se pueden ceder a un tercero bien porque la cesión este autorizada por ley - como así sucedía con arreglo a la legislación anterior o bien porque existe el consentimiento del interesado - [art. 11.1 de la Ley Orgánica 15/1999 \(LA LEY. 4633/1999\)](#) -. De tal manera que ante la inexistencia del consentimiento específico del interesado es imposible con la legislación vigente proporcionar a un tercero, representantes sindicales, la cuantía específica que percibe cada funcionario por el complemento de productividad. No obstante, tampoco puede desconocerse que esa falta de información puede dificultar las funciones legítimas que la libertad sindical reconoce a los representantes sindicales, como es la de poder participar en la negociación colectiva. En este sentido, el artículo 37.1.b) de la Ley 7/2007 indica que serán objeto de negociación "las materias relativas a la determinación y aplicación de las retribuciones complementarias de los funcionarios". Y para hacer posible dicha negociación el artículo 40 de la misma Ley permite a los representantes sindicales conocer de las retribuciones y su evolución. Información está sobre las retribuciones que puede obtenerse por los representantes sindicales sin necesidad de un listado nominal sobre el complemento de productividad que percibe cada funcionario y ello mediante un listado genérico que permita a dichos representantes disponer de elementos que les proporcione información sobre las retribuciones que perciben los empleados públicos. Por otra parte, se destaca que la actora no refiere en su demanda de qué modo concreto el derecho de libertad sindical concretado en el derecho a la negociación colectiva podría verse afectado con la mera información sobre las retribuciones recibida de forma genérica sobre cada departamento y no nominal " .

En consecuencia, a tenor de lo expuesto debemos concluir que no existe en la regulación actual base legal alguna para la cesión a los representantes sindicales de los datos referentes a las cantidades que perciben nominalmente los empleados públicos por complemento de productividad, teniendo en cuenta además que dichos datos constituyen una cesión o comunicación de datos de carácter personal de acuerdo con la definición recogida en el [art. 3.i\) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre \(LA LEY. 4633/1999\)](#), de Protección de Datos de Carácter Personal , necesitándose del consentimiento expreso de los interesados para la cesión de esos datos a terceros, pues la cesión no se encuentra autorizada en una Ley.

de igual año que establecen dos sistemas: directo (para aquellos puestos de trabajo cuyo rendimiento sea factible de ser medido con criterios objetivos cuantificables) e indirecto (en aquellos puestos de trabajo en que no puedan valorarse cuantitativamente). En este último, los criterios utilizados son la calidad y calidad de trabajo desarrollado, la iniciativa o autonomía con que se desarrolla el trabajo, la asistencia horaria y absentismo, disponibilidad y actitud positiva ante actividades extraordinarias y trabajo en equipo y el nivel de información y actitud autoinformativa respecto a su puesto de trabajo en relación con los objetivos del servicio¹⁴.

En el caso de las entidades locales, la competencia para la fijación global de dicho complemento corresponde al Pleno pero la asignación individual corresponde al Alcalde o al Presidente de la Corporación, entre los diferentes programas o áreas, con sujeción a los criterios que en su caso haya establecido el Pleno, sin perjuicio de las delegaciones que pueda conferir conforme a lo establecido en la legislación de régimen local¹⁵ y del necesario respeto a las limitaciones que, en su caso, se establezcan por el Estado en la legislación presupuestaria¹⁶.

2. El Balance resultante del análisis normativo.

A la vista de lo anterior, es posible concluir que los elementos subrayados por la reforma de 1984 (actividad extraordinaria, especial rendimiento, interés o iniciativa) son susceptibles de ser integrados por cada Administración detallando el elenco de circunstancias que aquilatan la presencia de aquéllos. Así, por ejemplo, se señalan en los distintos métodos establecidos para la evaluación de este concepto retributivo circunstancias tales como: la presentación de ideas nuevas, crítica constructiva a los procedimientos, relaciones interpersonales positivas con los otros miembros del equipo de trabajo, consecución de objetivos asignados, etc..., aunque, lógicamente, estas pueden variar según se trate de puestos de trabajo de carácter directivo, puestos especializados o puestos base. Pero las circunstancias en virtud de las cuales ha de procederse a la valoración de dicha productividad son de competencia de la Administración a la cual no se le pueden imponer de forma previa, sino solamente puede controlarse su aplicación¹⁷. En otros supuestos, y con menor alcance según lo expuesto, el citado complemento no ha llegado sino a constituir una retribución adicional añadida a lo ya percibido por otras retribuciones complementarias.

Hasta aquí lo que la normativa legal ofrece que, como puede comprobarse, y seguramente no puede ni debe llegar más allá sin perjuicio del desarrollo de la misma, se limita a establecer el marco en el cual han de desenvolverse las políticas retributivas ligadas a la productividad. Otra cosa será, como en su momento expondremos y se deriva de la concepción integral establecida

¹⁴ En forma más temprana, la Comunidad Autónoma de Cataluña ya legisló sobre el citado complemento. Puede verse el Decreto de 9 de septiembre de 1986 por la que se regulaba el citado complemento para el año 1986. Otras Comunidades Autónomas también procedieron a regular dicho complemento son Castilla-La Mancha (Decreto de 17 de mayo de 1988 y Orden de 9 de marzo de 1989), el Principado de Asturias (Resolución de 20 de abril de 1988), La Rioja (Orden de 24 de marzo de 1988) y Madrid (Decreto de 20 de julio de 1989).

¹⁵ Dicha previsión viene reforzada en la actualidad por lo dispuesto en el artículo 21.1.g y 34.1.g, en la redacción ofrecida por la Ley 11/1999, de 11 de abril, que modifica la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, al establecer como competencia del Alcalde y el Presidente de la Diputación la distribución de las retribuciones complementarias que no sean fijas ni periódicas.

¹⁶ Puede verse respecto de este punto la sentencia de 2 de noviembre de 2012 (rec. 660/2010) del Tribunal Superior de Justicia de Valencia.

¹⁷ La SAN de 3 de octubre de 1995 señala al respecto que:

"QUINTO.-Por último solicita el actor que «se obligue a la Administración a reconsiderar sus criterios de aplicación del complemento de productividad en los servicios periféricos de Instituciones Penitenciarias». El complemento de productividad, tal como establece el art. 23.3.b) de la Ley 30/1984, está destinado a retribuir el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés e iniciativa con que el funcionario desempeña su trabajo, correspondiendo a la Administración valorar la concurrencia de tales circunstancias para su establecimiento, sin que proceda imponerle criterios previos a la realización de tal valoración".

por el EBEP, que la productividad en una organización no debe quedar exclusivamente ligada a una remuneración económica y deba también repercutir, y así ha de contemplarse normativamente, en otros aspectos de la vida funcional.

Sin embargo, como ya señalara PIÑAR MAÑAS, su aplicación ha sido uno de los puntos flacos del sistema, siendo un caballo de batalla en la configuración del nuevo sistema retributivo y ello a pesar de que una de las más consistentes críticas que de siempre se han formulado contra las retribuciones públicas ha sido la carencia absoluta de incentivación para el funcionario. El tiempo ha venido a darle, sin lugar a dudas, la razón¹⁸.

A nuestro juicio diversas han sido las razones para ello. Cuatro, más concretamente, han contribuido decisivamente, desde nuestro punto de vista, al fracaso de este complemento. La primera de ellas, a la que ya hemos aludido, ha sido su desnaturalización, es decir, queremos referirnos con ello a su utilización para finalidades distintas a las contempladas en la norma, pues, en efecto, el mismo ha sido empleado con exceso para compensar deficiencias en la valoración y clasificación de los puestos de trabajo, compensar la baja cuantía de la retribución para puestos con responsabilidad, atender presiones de cuerpos en demanda de mayor retribución, superar la rigidez en la estructura organizativa o la necesidad de retribuir ciertas funciones de coordinación no contempladas en las relaciones de puestos de trabajo, etc...¹⁹. La segunda razón a que nos referíamos consiste en la ausencia para la implementación del mismo de técnicas adecuadas derivada de la cultura burocrática -malamente entendida, habremos de añadir- aun existente en nuestras organizaciones públicas²⁰ y, con ello, la falta de experiencia en la utilización de habilidades técnicas y gerenciales para manejar un sistema retributivo que incorpora otra filosofía más acorde con las exigencias de gestión de los recursos humanos de las organizaciones

¹⁸ PIÑAR MAÑAS. J.L.: "El nuevo sistema retributivo...", op. cit., pág. 359.

¹⁹ Así no se ha admitido que se pague de forma rotatoria. La sentencia de 4 de noviembre de 1997 del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria indica respecto de este sistema de devengo que "la falta de abono del complemento de productividad no encuentra su base en las condiciones en las que el recurrente ha prestado sus servicios, pues se reconoce que forma parte de los agentes que los realizan con especial rendimiento etc., sino que responde a un criterio objetivo de distribución del complemento asignado.

Si bien es cierto que la dotación presupuestaria supone un límite dentro del que debe moverse la cuantificación del complemento, no es menos cierto que ninguna referencia se hace por la Administración a tales criterios, de forma tal que el sistema rotatorio por muy buenas intenciones en que se fundamente, supone introducir criterios objetivos de asignación del complemento que provocan su desnaturalización, por cuanto si el recurrente cumplía los requisitos necesarios para ser acreedor al complemento debió percibirlo y, de otro, si el recurrente venía percibiendo de forma alterna, pero ininterrumpido el complemento, debió la Administración explicar los motivos o justificar el cambio de circunstancias que justificara su denegación, procediendo, por lo razonado, la estimación del recurso, reconociendo el derecho del actor a la percepción del complemento de productividad durante los períodos en que no le fue satisfecho y a que hace referencia en el hecho primero de su demanda".

²⁰ Inclusive, cierto sector doctrinal se mostró receloso con el citado complemento OLIAS DE LIMA, B. "Los derechos económicos de...", op. cit, pág. 161 quien indica que "Incentivar el rendimiento es una técnica antigua en el mundo laboral pero de difícil traducción práctica en la Administración pública". Y alude, para justificar dicha opinión a las siguientes razones: "En una organización que además de ocupar a cientos de miles de personas que realizan tareas muy diversas, está dedicada fundamentalmente a tramitar expedientes y a funciones de regulación ¿Como se mide la productividad? ¿ Es homologable el trabajo de asesoramiento jurídico y el de gestión? ¿Quien mide la productividad? Estas y otras varias cuestiones de la misma índole pusieron en entredicho la conveniencia de introducir un concepto de este tipo en la Administración al menos con carácter general e independientemente de las distintos servicios".

Opinión que, aunque respetable, es preciso matizar. En efecto, amén de que la Administración pública no sólo desarrolla políticas burocráticas, sino que la extensión del Estado de Bienestar y las nuevas competencias que las Constitución ha atribuido a las entidades públicas han determinado que éstas -fundamentalmente las autonómicas y locales- desarrollen una serie de servicios personales (sanidad, educación, cultura, servicios personales, promoción económica...) perfectamente medibles; amén de ello, decimos, la evolución de las técnicas de evaluación del rendimiento ha proporcionado ya respuestas y metodologías para proceder a medir, también, ciertamente con indicadores distintos y con técnicas diferentes, al menos de forma aproximada el rendimiento del trabajo burocrático.

actuales y las tendencias de los sistemas retributivos²¹. En tercer lugar, no cabe olvidar su práctica desconexión de otras políticas de gestión de los recursos humanos en el sector público como la carrera administrativa, la formación, etc... Por último, y en cuarto lugar, hay que aludir a su escasa relevancia en el montante global de la cuantía retributiva -salvo casos puntuales en que precisamente ha sido utilizado para una finalidad distinta- fruto y expresión manifiesta de la escasa confianza de los gestores en su virtualidad y eficacia como elemento motivador.

Y no cabe olvidar, junto a éstas, que la retribución otorgada por el citado complemento lo ha sido, en demasiadas ocasiones, con criterios claramente arbitrarios y sin una adecuada participación de los afectados por la misma²².

3. Análisis jurisprudencial de las patologías detectadas en el complemento de productividad.

El estudio de la jurisprudencia no es claramente orientativo de la razón de ser de este complemento e, inclusive en ciertas ocasiones, el resultado que se extrae de su estudio es desalentador por lo que de contradictorio tiene entre sí y respecto de la relación de este complemento con el sistema retributivo en general. No obstante, y en honor a la verdad, el control jurisdiccional ha impedido ciertamente numerosos abusos en la implementación de éste y una más acusada desnaturalización del mismo.

Con carácter general, la jurisprudencia de nuestros tribunales ha ido corrigiendo la aplicación desviada y desnaturalizada realizada con el citado complemento y dirigida a dar respuestas a otros requerimientos (normalmente compensación de diferencias retributivas) no contemplados en los supuestos de hecho que generan el derecho a su percepción ni acordes con la naturaleza de este concepto retributivo. Su análisis muestra, además, el abuso reiterado del mismo como complemento de la cuantía global de la retribución desvinculado de la consecución del cualquier objetivo (STS de 26 de octubre de 1998, RJ 7876), generalizado a todo el personal fijando su importe en atención al grupo que se pertenezca salvo al personal temporal (SSTS de 11 de octubre de 1993, RJ 6600 y 28 de julio de 1997, RJ 6570), como un recurso para la elevación de la cuantía de las pagas extraordinarias (STS de 22 de febrero de 1997, RJ 1497), para retribuir horas nocturnas²³, como sustitutivo de las gratificaciones por servicios extraordinarios cuando no

²¹ Así lo viene a reconocer implícitamente la Resolución de 27 de julio de 1998 de la Secretaría de Estado para la Administración Pública por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 17 de julio de 1998 que promueve la implantación de sistemas de evaluación del rendimiento en unidades administrativas, al declarar que "Ahora bien, a pesar de que existen centros directivos que, desde hace tiempo, han orientado sus prácticas gestoras al resultado y se han dotado de modernos instrumentos gerenciales que les permiten desarrollar sus funciones basándose en el señalamiento de objetivos y el control interno de su gestión, también es cierto que estas prácticas no están lo suficientemente generalizadas... Es preciso, en consecuencia, que se extienda a toda la Administración la utilización de técnicas gerenciales con las que se mejoren los procesos de toma de decisiones y, en definitiva, se haga más eficiente la gestión de los recursos públicos".

²² A título de ejemplo de utilización arbitraria, puede verse la sentencia de 4 de julio de 1998 del Tribunal Superior de Justicia de Valencia donde, sin razón ni motivación alguna, se deniega por la Administración dicho complemento al jefe de la unidad que había alcanzado los resultados por los que se debía percibir el mismo. Como razona elocuentemente la sentencia referida éste, con su actuación, ayuda a conseguir esos resultados por lo que sin prueba ni motivación alguna no puede denegarse. Como reiteran, en el sentido expresado, la STS de 31 de octubre de 1996 (ar. 7808) y la sentencia de 30 de enero de 1997 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el complemento de productividad no puede desaparecer sin motivación alguna.

²³ Tampoco cabe su percepción por horas nocturnas ya que éstas se integran mejor en la naturaleza del complemento específico. Como dice la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares:

"SEGUNDO.-El complemento de productividad está destinado a retribuir el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés o iniciativa con que el funcionario desempeña su trabajo; pero no las condiciones particulares de dedicación al puesto, ya que éste es aspecto que se integra al complemento específico. De ahí, véase el artículo 23.3 de la Ley 30/1984, de 2 agosto, se extrae ya una primera consecuencia, y no es otra sino que la prolongación de la jornada de trabajo, en este caso horas nocturnas, no han de ser retribuidas mediante complemento de productividad

exista dotación presupuestaria (sentencia de 12 de mayo de 1997 del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja) o, inclusive, para retribuir funciones de categoría superior (sentencia de 18 de mayo de 1998 del Tribunal Superior de Justicia de Asturias²⁴). Como se ve funciones todas ellas alejadas de la finalidad y razón de ser del citado complemento.

Nuestros tribunales han declarado también, corrigiendo aplicaciones desviadas, que su percepción no determina derecho a su abono en quienes desempeñan puestos similares, subrayando su naturaleza individual y vinculada al desempeño subjetivo realizado por el concreto funcionario (SAN de 5 de octubre de 1995). Asimismo, ha de señalarse que no cabe una atribución genérica del citado complemento, a partir de un determinado nivel de complemento de destino, argumentando que se trata de una mera expectativa de derecho que podrá verse o no realizada (STS de 14 de julio de 1.993 Ar. 5641)²⁵, ni tampoco cabe que asignados los mismos objetivos a todos los puestos y cumplidos éstos, sin embargo se pague menor cuantía a determinados cuerpos por ser inferior el complemento de destino y específico asignado a los mismos (sentencia de 8 de mayo de 1998 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía).

De todas formas, e incidiendo en la desnaturalización que se ha producido en la razón de ser de este complemento, y ya desde el principio, la legislación admitió que, entre las circunstancias a tener en cuenta para la apreciación de la productividad, podría incluirse, de forma transitoria, la consideración de las retribuciones percibidas en el mismo puesto en el anterior régimen retributivo²⁶.

a) El desempeño del puesto de trabajo como criterio de atribución o pérdida del complemento de productividad.

Su percepción, como expresamente ha reiterado la jurisprudencia, deriva de la realización efectiva de las circunstancias que generan el derecho al mismo, aunque en el momento de su valoración el funcionario no se encontrase ya prestando servicios por cualquier causa²⁷, o el funcionario se

sino a través del complemento específico, sin perjuicio claro está, que ello pueda hacerse en este período prolongado si concurren los hechos que lo determinan, como al parecer acaece en períodos no vacacionales".

En idéntico sentido la STSJ de Galicia 462/2009, de 3 de junio (rec. 1092/2002) ya que, razona la sentencia, eso es propio de otros complementos, pero no de la productividad.

²⁴ Aunque en estos supuestos, la percepción del complemento de productividad no excluye la percepción del complemento específico correspondiente pues ambos son compatibles y responden a distinta finalidad (sentencia de 14 de septiembre de 1998 del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria).

²⁵ En esta especie de ceremonia de la confusión, la sentencia de 21 de julio de 1998 del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura matiza que si está ligada en módulo porcentual al complemento de destino y éste varía ha de variar la cuantía de la productividad desde que este cambió sino se discute su rendimiento.

²⁶ Al respecto, la STS de 8 de marzo de 1.993 (Ar. 1927) ha confirmado que la competencia para su fijación individual corresponde al Alcalde y que cabe su asignación con carácter de provisional para compensar la pérdida de retribuciones en un anterior régimen retributivo. En el mismo sentido, y en caso de reincorporación al puesto de trabajo habitual, cuando el funcionario se encontraba en comisión de servicios procede su percepción cuando dicha productividad, derivada de dicha finalidad de compensación por el establecimiento de un nuevo sistema retributivo, no ha sido completamente absorbida (Sentencia de 7 de marzo de 1998 del Tribunal Superior de Justicia de Aragón).

²⁷ En este último sentido, la sentencia de 19 de marzo de 1996 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (en idéntico sentido la sentencia de 9 de septiembre de 1998 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha) establece que: "... no cabe entender que su devengo se encuentre conectado al desempeño del puesto en el momento del cálculo del complemento, ni aún porque tal cálculo tenga carácter anual, pues el devengo del complemento no será por ello anual, sino en relación con el tiempo de servicios efectivamente prestados... En definitiva, aunque se haya producido el cese, por cualquier causa (la aquí concurrente de cese del personal interino o cualquier otra posible, como excedencia voluntaria o jubilación del mismo carácter), como ya se ha devengado el complemento, éste ha de percibirse con independencia del hecho de la prestación de los servicios cuando se produce a su cálculo y determinación".

En cuanto a su eventual mantenimiento tras el ingreso del funcionario al servicio activo procedente de la situación de servicios especiales, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 30 de mayo de 1994 alude a que: "SEGUNDO.-La tesis sustentada por la Administración demandada no puede compartirse atendido el tenor literal del precepto que habla del «mismo nivel y retribución» sin hacer excepción alguna en cuanto al marco retributivo de los

encontrase en situación de comisión de servicios (sentencia de 7 de marzo de 1998 del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja), y ha de fijarse en el momento de reingreso al servicio activo de funcionario en situación de servicios especiales, sin perjuicio de las potestades ex post que tiene la Administración para alterar la percepción del citado complemento (sentencia de 30 de mayo de 1994 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña). De esta forma, su valoración ha de realizarse en el puesto que se ocupaba cuando, por determinadas circunstancias, se ocupa otro²⁸ y puede ser proporcional al régimen de dedicación²⁹, excluyéndose su percepción cuando la situación en que se encuentra no permite valorar el trabajo desarrollado³⁰.

Asimismo, se ha de restablecer su percepción tras finalizar la Comisión de Servicios, cuando la productividad tenía un carácter compensatorio por diferencias salariales (sentencia de 7 de marzo de 1988 del Tribunal Superior de Justicia de Aragón), aunque no la tienen, en forma automática

funcionarios locales diseñado en el Decreto 214/1990, de 30 julio, que, al regularlo en el capítulo II del título V del Decreto 214/1990, de 30 julio, lo inicia con la sección 1.^a que lleva por título «conceptos retributivos», expresión en la que incluye las retribuciones básicas: sueldo, trienios y pagas extraordinarias, y las retribuciones complementarias: complemento de destino, complemento específico, complemento de productividad, y gratificaciones por servicios extraordinarios fuera de la jornada normal. Si bien puede admitirse, tal como razona la Administración demandada, que el puesto que ocupa el recurrente cuando reingresa en el servicio activo es distinto y no puede identificarse con el que ocupaba cuando fue declarado en situación de servicios especiales, ello no altera la obligación que le impone el precepto de reservarle un puesto del mismo nivel y retribución en la misma localidad. En este orden de cosas carecen de relevancia las alegaciones que tomando como base el concepto, alcance y ámbito tanto del complemento específico como del complemento de productividad, pretende su aplicación al puesto de trabajo desempeñado actualmente por el actor para afirmar la improcedencia de su percepción. A lo que debe atenderse aquí no es a si ese concreto puesto de trabajo debe ser hoy día remunerado o no con tales complementos, sino al dato de que cuando el recurrente reingresó por haber cesado en la situación de servicios especiales en la que se encontraba debió hacerlo en un puesto de trabajo del mismo nivel y retribución que tenía cuando pasó a esta situación, sin perjuicio de que con posterioridad la Administración hubiera podido utilizar las facultades que, en orden a la fijación de los distintos complementos, le reconoce los artículos 166 y siguientes del Reglamento del personal al servicio de las entidades locales, teniendo en cuenta que el disfrute de las retribuciones complementarias no crea derechos adquiridos en favor de los funcionarios, salvo lo establecido legalmente respecto del grado consolidado en relación con el nivel de complemento de destino".

Y en aquellos casos de suspensión de funciones como consecuencia de un procesamiento en que el funcionario es libremente absuelto, aunque la situación funcional queda congelada y tiene derecho a recuperar no solo sus funciones sino también los derechos inherentes a las mismas ello no se produce respecto del complemento de productividad (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de febrero de 1996).

²⁸ Al respecto, la STS de 3 de julio de 2006 (rec. 2710/2001) aclara que "El art. 23.3 c de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, prevé que el complemento de productividad tendrá como objetivo retribuir el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés o iniciativa con los que el funcionario desarrolla su trabajo, de ahí que la cantidad que tenga derecho a percibir el funcionario en concepto de este complemento ha de estar calculada respecto del puesto de trabajo en el que ha prestado sus servicios, sin que pueda entenderse que su importe esté conectado al puesto que se ocupa en el momento del cálculo del complemento: el merecimiento del complemento se predica respecto del puesto de trabajo efectivamente ocupado y respecto del tiempo de servicios efectivamente prestados en este puesto de trabajo".

De manera idéntica se manifiesta la STS de 16 de junio de 2006 (rec. 6909/2000).

²⁹ La STS de 11 de mayo de 2005, recurso 12/2003 establece como opción legítima la de exigir mantener un régimen de dedicación a tiempo completo, y que, en cualquier caso, la opción entre las diferentes alternativas será una decisión discrecional del Gobierno que esta no vulnera el principio de igualdad del art. 14 CE, porque este principio permite la desigualdad entre desiguales cuando ésta esté justificada y sea razonable.

³⁰ Así lo establece la STSJ de Extremadura de 14 de mayo de 2009, recurso 662/2007 en situación de segunda actividad dado que, razona el Tribunal, el complemento de productividad está destinado a retribuir el especial rendimiento, la actividad y dedicación extraordinarias no previstas a través del complemento específico, y el interés o iniciativa en el desempeño de los puestos de trabajo y de acuerdo con la literalidad de la norma aplicable, se deduce que el complemento de productividad no forma parte de las retribuciones de carácter general. Además, argumenta el Tribunal, no se puede percibir un complemento que está destinado a retribuir especiales rendimientos y actividades, cuando el funcionario no los realiza por motivo de su situación profesional.

Finalmente, el Tribunal razona que no se produce una vulneración del principio de igualdad ya que, al encontrarse en una situación diferente a la de servicio activo, el recurrente no puede pretender obtener las mismas retribuciones. No existe ninguna desigualdad por las retribuciones que se pueden percibir en cada una de las situaciones que no son similares.

En el mismo sentido, se puede ver la STSJ de Extremadura de 20 de noviembre de 2009, recurso 866/2007.

sin acreditar que concurren las circunstancias que determinan su percepción, y a pesar del derecho que ostentan a las mismas retribuciones, los funcionarios transferidos (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 6 de mayo de 1998), admitiéndose, sin embargo, en el plano teórico y siempre que sus funciones no sean de mero adiestramiento, para los funcionarios en prácticas ya que depende su percepción de la forma, eficacia y empeño que cada funcionario muestre en el ejercicio de su puesto de trabajo (sentencias de 31 de enero de 1998 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y 7 de mayo de 1998 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña)³¹. Asimismo, se ha admitido su percepción en el caso de participación en cursos de formación profesional cuando es la propia Administración quien le ha despojado del carácter subjetivo que éste tiene³²

De otro lado, en los supuestos de mera encomienda de funciones, sin adscripción al puesto de trabajo, la percepción del complemento de productividad no impide la percepción de las diferencias de complemento específico (sentencia de 14 de septiembre de 1998 del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria), pero lo que no cabe admitir es, en cualquier caso, que el mero desempeño del puesto de trabajo amerite la percepción del complemento cuando este va ligado a la consecución de unos objetivos³³

³¹ Respecto de los funcionarios en prácticas pueden verse, asimismo, las sentencias de 22 de enero de 1999 y 22 de marzo de 2000 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

³² La STSJ de Cataluña de 16 de febrero de 2006 (rec. 97/2003) razona que el complemento de productividad está configurado en la normativa con una naturaleza subjetiva, tal y como ha reconocido la jurisprudencia del TS, ya que está destinado a retribuir el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés e iniciativa con la que el funcionario desarrolla su puesto de trabajo.

No obstante, citando anterior sentencia del TSJ de Madrid de 13 de junio de 2002, advierte el Tribunal que cuando es la propia Administración la que ha querido dotar de una naturaleza objetiva a este complemento apartándolo de la subjetiva inicial, no podrá al mismo tiempo limitar su abono en base a criterios subjetivos.

En consecuencia, resuelve el proceso en favor de los recurrentes, desestimando los argumentos de la Administración, que mantenía que durante la realización de un curso de formación de promoción interna o ascenso no concurre ninguno de los elementos subjetivos que configuran el complemento de productividad en la normativa de función pública.

³³ En este sentido la sentencia de 5 de octubre de 2012 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León aclara que “Dado el carácter personalista del complemento de productividad, como hemos visto, la Administración de forma discrecional y atendiendo al cumplimiento de los requisitos necesarios para proceder a la adjudicación de forma individualizada, atribuirá o no este complemento retributivo a determinados funcionarios y en determinadas ocasiones, cantidades y períodos. Y la simple existencia de unos funcionarios que perciben el complemento en cuestión, no será razón bastante para que los restantes funcionarios que desempeñan puestos de trabajo similares, o aún idénticos, tengan derecho a su percepción, pues la valoración de la productividad deberá realizarse en función de circunstancias relacionadas directamente con el desempeño del puesto de trabajo y la consecución de los resultados u objetivos asignados al mismo en el correspondiente programa.

En atención a esto último, la Dirección General de la Policía, en uso de las facultades otorgadas por la normativa vigente estableció el Programa Policía 2.000, en el que se regula la productividad DpO (Plan 2.000) por lo que, en respuesta a lo planteado, lo primero que ha de tenerse en cuenta es que este tipo de productividad no responde a las pautas generales que ha venido aplicando la Dirección General de Policía en la asignación de la productividad tradicionalmente, sino que pretende retribuir la consecución de objetivos específicos en la lucha contra la criminalidad, junto a objetivos generales, comunes para todos, eliminando la evaluación de los rendimientos en función de una sola variable, para contemplar diversos niveles de medición, según la plantilla a que se refiere. En todo caso, lo trascendente, a los efectos que nos ocupa, es que la productividad hoy reclamada ya no se percibe, como considera el recurrente y ocurre con la productividad funcional, por el mero hecho de desempeñar un puesto de trabajo, tal como lo había configurado la Orden General de 18 de Noviembre de 1.991, o se regulaba en la Instrucción de 3 de Agosto de 1.992, en la que se disponía, apartado segundo, que, se considerarán perceptores de tal complemento los funcionarios que presten servicio en las funciones y plantillas que se especifican, añadiéndose, en el apartado Tercero de la propia Instrucción, que la aplicación de la productividad se efectuará por meses naturales, en función de la prestación real de tareas en los destinos considerados, durante dichos períodos de tiempo; sino que, por un lado se introduce un elemento variable, que es el de la apreciación del desempeño, que hace referencia a la eficacia y a la calidad del desempeño del puesto de trabajo, lo que comporta que funcionarios que desempeñan puestos de trabajo de contenido idéntico, puedan quedar diferenciados ante tal retribución, tanto en su reconocimiento como en su importe, al valorarse específicamente la forma en que el funcionario desempeña su trabajo cada trimestre natural. Y por otro lado, como requisito previo, se

Cabe, eso sí, que convencionalmente se pacte la incidencia de dejar prestar servicios en una unidad para el cobro del citado complemento siempre que no se demuestre la existencia de una arbitrariedad en la fijación del citado complemento (sentencia de 16 de septiembre de 1997 del Tribunal Superior de Justicia de Canarias), pero no que se abone dicho complemento atendiendo al período en que se prestaron los servicios (sentencia de 24 de julio de 1998 del Tribunal Superior de Justicia de Navarra). Tampoco se ha admitido la inclusión del mismo para el cálculo de diferencias salariales (sentencia de 24 de septiembre de 1999 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León) ni que se retribuya con cantidades distintas, en virtud de un acuerdo funcional, este complemento a funcionarios de carrera e interinos al desnaturalizar su esencia (sentencia de 17 de diciembre de 1999, RJCA 5236 del Tribunal Superior de Justicia de Valencia).

También, desde este punto de vista, se ha admitido su percepción -rompiendo el principio antes enunciado de efectiva prestación de servicios- en caso de baja laboral por maternidad, enfermedad profesional o accidente de trabajo (SAN de 12 de marzo de 1998 y sentencias de 28 de marzo de 1998 del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja y de 7 de abril de 1998 de Murcia)³⁴. No obstante, en este punto la jurisprudencia ha sido un tanto contradictoria dado que, por ejemplo, en supuestos de permiso de maternidad también se ha denegado el mismo en base al no desempeño del puesto (sentencia de 21 de mayo de 1999 del Tribunal Superior de Justicia de Valencia) o, en el supuesto de enfermedad no profesional o accidente común también ha sido denegado porque su percepción no era generalizada sin criterio alguno (sentencia de 2 de junio de 1999 del mismo Tribunal). Aunque en este último supuesto de licencias por enfermedad el Tribunal Supremo (STS de 15 de febrero de 1999) haya admitido, en ciertos supuestos, su percepción, pero lo cierto es que no con carácter general y así la STS de 19 de abril de 2005 (rec. 7265/2002) considera que el fundamento de estas normas se encuentra en el hecho de que durante los periodos de baja no se produce el especial rendimiento o actividad extraordinaria que el complemento de productividad retribuye. Pero dicha cuestión sigue siendo discutida con resoluciones jurisdiccionales contradictorias entre sí³⁵.

Inclusive, la percepción del citado complemento continua, derivado del principio de indemnidad retributiva, cuando el funcionario adquiere la condición de representante sindical (sentencias de 31 de octubre de 1997 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 10 de marzo de 1998 de Extremadura), aunque, bien es verdad, que en dichos supuestos dicho complemento se percibía de forma generalizada por todos los funcionarios en atención al puesto o a la mayor duración de la jornada de trabajo³⁶. Ciertamente, la condición de liberado sindical no debe representar ninguna discriminación a fin de hacer efectiva la libertad sindical como derecho fundamental reconocido en

exige prestar servicio en una Plantilla de la Dirección General de la Policía incorporada al Programa Policía 2.000 (con las excepciones de las Comisarías Especiales, adscritos a las Comunidades Autónomas y funcionarios destinados en el extranjero) así como estar en activo, 2ª actividad con destino, en período de prácticas o ser liberado sindical”.

³⁴ Reconocimiento ciertamente discutible que, sin embargo, ha sido más amplio aún en el caso de personal laboral al servicio del sector público en que se ha reconocido el derecho a su percepción en los supuestos de incapacidad temporal (STS 4 de febrero de 1998, Ar. 1439).

³⁵ Así STSJ de Cataluña de 2 de mayo de 2006 (recurso 317/2003) declara el derecho a cobrar el complemento de productividad cuando se ha estado en situación de baja laboral.

Partiendo del carácter individual y no consolidable del complemento de productividad, y de las premisas básicas que lo configuran -remuneración del especial rendimiento, la actividad y dedicación extraordinarias y el interés o iniciativa en el desarrollo del puesto de trabajo-, el TSJ entiende que este complemento adquiere una especial naturaleza jurídica cuando el interesado se encuentra realizando, por ejemplo, un curso de formación, o se encuentra en situación de baja médica.

Si se reconoce este complemento a los funcionarios en prácticas o a los que realizan un curso de ascenso, el mismo trato se ha de dispensar a aquéllos que, estando en servicio activo, se encuentran en situación de baja médica, incluso si es debida a enfermedad común.

³⁶ Tesis que se recoge, denegando su percepción al haberse establecido un sistema para la percepción del citado complemento para lo que se exige un efectivo desempeño del puesto, en la sentencia de 10 de marzo de 1999 del Tribunal Superior de Justicia de Valencia

el artículo 28 CE³⁷, y que además dicha condición es equiparable a la situación administrativa de servicio activo. El artículo 11 apartado d) de la, ya no vigente, Ley 9/1987, de 12 de junio establecía que dicha condición no puede implicar su discriminación a efectos económicos y profesionales, por lo que la búsqueda de la solución adecuada, aun no dándose las circunstancias fácticas que establece el precepto, podría venir por la aplicación de una media ponderada de las cantidades que por este concepto perciben otros funcionarios del mismo grupo, categoría o escala (sentencia de 27 de septiembre de 1999 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía)³⁸, pero en cualquier caso el Tribunal Supremo, y derivado de dicho principio de indemnidad, ha reconocido la percepción de complementos salariales se den o no las circunstancias que determinaban los mismos (STS de 18 de mayo de 2010, rec. 733/2009)³⁹.

b) El factor tiempo y el complemento de productividad.

La relación estatutaria de un funcionario público, bien es cierto que con marcha atrás tras las últimas reformas del empleo público, viene impregnada del principio de bilateralidad que se reconoce cada vez más intensa y profusamente en el marco de la relación estatutaria. De esta forma, el conjunto de la retribución responde al trabajo realizado por la jornada laboral prestada, aunque ciertamente los distintos conceptos retributivos responden a características propias y singulares⁴⁰.

³⁷ Véase, también, la sentencia de 16 de febrero de 2000 del Tribunal superior de Justicia de Andalucía.

³⁸ La sentencia de 10 de marzo de 1999 (RJCA 3889) del Tribunal Superior de Justicia de Valencia no obstante niega dicho derecho, salvo que el complemento se hubiese desnaturalizado y se percibiese de forma generalizada. Razona dicha sentencia:

“TERCERO.- Ciertamente la tesis actora merecería acogimiento si el complemento de productividad de que se trata hubiera sido establecido, como ha sucedido, desvirtuando su auténtico significado, en algunas ocasiones, no de forma individualizada sino genéricamente para una categoría o grupo de funcionarios, y particularmente en favor de aquellos que desempeñaban y por el mero hecho de su desempeño puestos de trabajo idénticos o similares, ya que en tal caso nos encontraríamos ante un complemento vinculado a las condiciones objetivas del puesto de trabajo, asimilable al complemento específico. Pero no es éste el caso de autos en lo que afecta al período que se inicia el 1 de julio de 1993 pues, como se desprende de las Circulares, a partir de la 11/1993, que se citan en la Resolución de la Dirección General del Organismo Autónomo Correos y Telégrafos de fecha 6 de junio de 1996 y en el informe del subdirector general de fecha 6 de abril de 1996 (obrantes ambos en el expediente administrativo) dicho complemento de productividad no se reconocía a todos los inspectores de reparto (o auxiliares de auditoría) sino únicamente a aquellos, en un número no superior a 60 (188 a partir de 1995), que cumpliesen, al menos, una jornada de 40 horas semanales y cumpliesen los objetivos marcados en las entonces zonas de subinspección; todo lo que implica que el citado complemento de productividad se vinculaba al desempeño efectivo, en determinadas condiciones y con determinados resultados, del puesto de trabajo, lo que, como ha quedado expuesto, no se da en el caso de los liberados sindicales, lo que es obstativo a que se les reconozca derecho a su percepción.

³⁹ La STSJ de Cataluña de 8 de noviembre de 2005, recurso 10/2002 afirma que tiene derecho a mantener el cobro del complemento de productividad que percibía mientras prestaba servicios efectivos. Y lo declara en base a dos tipos de razones, a saber: la primera, que la jurisprudencia constitucional entiende que vulnera el contenido del art. 28 CE que un liberado sindical perciba una retribución menor de la que tenía cuando prestaba efectivamente su trabajo, con el perjuicio económico que esto comporta. Así se ha pronunciado reiteradamente el TC, por ejemplo en las sentencias 191/1998, de 29 de septiembre; 173/2001, de 26 de julio; 38/1981, de 23 de noviembre; y la más reciente de 18 de abril de 2005 (sobre anulación del complemento de residencia de un liberado sindical; la segunda, referida a que los convenios de la OIT se manifiestan en este mismo sentido.

En consecuencia, el Tribunal considera nula la decisión de la Administración de excluir al liberado sindical del cobro del complemento de productividad, dado que dentro del art. 28.1 CE se encuadra el derecho del trabajador a no sufrir, por razón de su afiliación o actividad sindical, ningún perjuicio en su situación profesional o económica en la empresa. La garantía de indemnidad veta cualquier diferencia de trato en relación con el resto de trabajadores.

⁴⁰ Dicha retribución bilateral es expresiva con motivo del ejercicio del derecho de huelga en que se aplica, como es conocido, de forma analógica lo establecido en la legislación laboral y no lo establecido en el art. 17 del RD 33/1986, de 10 de enero. De esta forma, en la deducción que haya de practicarse, habrán de incluirse las pagas extraordinarias y la retribución correspondiente al descanso semanal, es decir, cualquier retribución directa o indirecta, salvo las vacaciones anuales o las fiestas laborales (STS de 17 de diciembre de 1991, Ar. 687 y de 9 de mayo de 1996, Ar. 4099 ésta última con un voto particular) y ello afecta tanto al horario fijo como al flexible, en su caso, establecido aunque los actores lo recuperasen posteriormente (STSJ Andalucía de 5 de febrero de 1996, Ar. 471).

Pues bien, si atendemos al complemento de productividad al que nos referimos singularmente y que, como ya se ha expuesto, responde en su naturaleza a constituir un complemento eminentemente personal, encontramos que si bien es cierto que su determinación y cuantificación ha de realizarse por el órgano de gobierno competente en función de circunstancias objetivas (STS 14 de julio de 1.993 Ar. 5641), no parece lógico que entre las mismas se haya admitido que se establezca con motivo de la realización de una mayor jornada laboral (sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 4 de octubre de 1996 y el Tribunal Supremo, fijando doctrina legal, en la Sentencia de 30 de enero de 1998 (RJ 1700)⁴¹ seguida, desde entonces, por la mayoría de los tribunales (por todas la STSJ de Cantabria de 26 de abril de 2006, rec. 954/2004). Aunque ésta no sea una función estrictamente acorde con su naturaleza y, al respecto, las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 23 de julio y de 30 de septiembre de 1997 matizaron, a nuestro juicio acertadamente aunque no ha sido la línea seguida posteriormente, que, junto a ello, han de concurrir los hechos o circunstancias objetivas que determinan su percepción.

En el mismo sentido, aludido al final del párrafo anterior, las sentencias de 30 de junio de 1999 y de 25 de septiembre de 1999 del Tribunal Superior de Justicia de Asturias han afirmado que no se puede aceptar como doctrina general "al ampararse exclusivamente en la desnaturalización del concepto retributivo, dado que resultaría incompatible con su definición legal que la referencia a la dedicación extraordinaria hubiera de atribuírsele el significado de extensión de la jornada laboral, puesto que la mera prolongación o ampliación del horario es una circunstancia objetiva, ajena a la idea de especial singularidad o relevancia en el subjetivo desempeño del servicio que inspira conceptualmente la definición del complemento de productividad y que, por ello, no guarda verdadera correlación el mismo, siquiera pueda tenerla como implicativa de especial dedicación o penosidad, con la correspondiente al complemento específico, sin perjuicio de que al rendimiento en el período prolongado pueda aplicarse también el complemento de productividad por concurrir los hechos que lo determinan...". De otro lado, como afirma el Tribunal Supremo confirmando la sentencia de instancia (STS 14 de octubre de 1996, RJ 7543), el abono de horas fuera de la jornada normal de trabajo es función propia de las gratificaciones por servicios extraordinarios diferenciándose del complemento de productividad que se refiere a la actividad extraordinaria y al interés o iniciativa con que el funcionario desempeña su trabajo en el horario "habitual".

En cualquier caso, es nulo condicionar su percepción al desempeño de una jornada partida (STS 16 de diciembre de 1991, RJ 390 de 1992), ni cabe la retribución mediante este complemento de horas nocturnas, ni al devengo del citado complemento en tiempo vacacional ya que aun cuando el funcionario tiene derecho a vacación retribuida y ello no afecta a sus derechos económicos, ya que percibe los conceptos retributivos básicos y los complementarios correspondientes a su puesto de trabajo, dicho derecho no se extiende a los demás que, como el de productividad o las gratificaciones, son consecuencia de las circunstancias concurrentes en el desempeño del puesto de los servicios extraordinarios por el titular de aquél (sentencia de 16 de septiembre de 1996 del Tribunal Superior de Justicia de Baleares).

⁴¹ De esta forma, la sentencia de 25 de septiembre de 1999 (RJCA 3348) del Tribunal Superior de Justicia de Asturias declara que: "El conflicto que enfrenta a las partes litigantes ha sido resuelto con criterios dispares por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de distintos Tribunales Superiores de Justicia conforme se refleja en las Sentencias citadas en las actuaciones, inclinándose este Tribunal por la improcedencia de la reclamación sobre la base de una interpretación e integración coherente de las disposiciones aplicables, toda vez que la prolongación o ampliación de la jornada impuesta a estos funcionarios como contrapartida del complemento de productividad que perciben es compatible con este tipo de retribución complementaria como ha sido definido en las disposiciones generales a partir de la Ley de 30/1984, de 2 de agosto, sobre Medidas para la Reforma de la Función Pública, y en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado, la aplicable para 1986, modificó los perfiles del concepto retributivo al añadir a las circunstancias previstas en la redacción primitiva la dedicación extraordinaria de los funcionarios, por lo que nada impide desde entonces que su devengo se condicione al cumplimiento efectivo de un horario de trabajo que implique una dedicación mayor de la normal fijada para el resto de la función pública".

No es posible tampoco retribuir la puntualidad que es un deber esencial del funcionario ni la permanencia en situación de alta o asimilada -que no depende la voluntad del funcionario- mediante retribución (STS de 14 de julio de 1996, Ar. 3910 y sentencia de 9 de junio de 1999, RJCA 1466 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía) pues siendo el cumplimiento del horario uno de los deberes esenciales no es posible retribuirlo mediante productividad.

c) Implantación y supresión del complemento de productividad.

En primer término, cabe señalar que la apreciación de la productividad deberá realizarse en función de circunstancias subjetivas relacionadas directamente con el desempeño del puesto de trabajo y objetivos asignados al mismo, distinguiéndose por ello del complemento de destino y específico que, como se ha señalado, tienen meramente un carácter objetivo, con independencia de la intensidad o calidad del desempeño del mismo. La consecuencia es inmediata: no pueden utilizarse los criterios objetivos que deben retribuir el complemento de destino o específico para valorar y cuantificar éste⁴². Y, a mi juicio de forma errónea, alguna jurisprudencia ha admitido que mediante circulares se regule la aplicación de la percepción de la productividad (STSJ de Cataluña de 25 de noviembre de 2006, rec. 799/2001)

Tampoco retribuye la pericia o los conocimientos técnicos especializados⁴³, sino que su razón de ser se encuentra, más bien, en la consecución de los objetivos asignados a la unidad administrativa⁴⁴.

La fijación del complemento implica cierta discrecionalidad de la Administración para apreciar las circunstancias que determinan su percepción ya que es "la Administración la conocedora de cada uno de los servicios, sin que ello implique discriminación, sino adecuación a las circunstancias" (sentencia de 17 de diciembre de 1998 del Tribunal Superior de Justicia de Canarias), aunque dicha discrecionalidad puede ser objeto de autolimitación y, en esos supuestos, no cabe discrecionalidad alguna (sentencia de 17 de noviembre de 1998 del Tribunal Superior de Justicia de Navarra). Y se discute si las normas por las que se fija la productividad han de ser o no negociadas⁴⁵, aunque en mi opinión es inequívocamente una materia negociable.

⁴² En este sentido, las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 22 de enero y de 14 de febrero de 1997 ponen de manifiesto cómo dicho complemento no retribuye la mayor pericia o los mayores conocimientos (función, en su caso, del complemento de destino o específico), sino más bien el cumplimiento de objetivos.

⁴³ De esta forma, la sentencia de 22 de enero de 1997 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña indica que:

"...resulta que la finalidad perseguida con la modificación del régimen de complemento litigioso se adecua cabalmente al designio legal a que obedece el concepto retributivo en cuestión, que persigue remunerar el especial rendimiento, la actividad y dedicación extraordinaria, el interés o iniciativa con que se desempeñen los puestos de trabajo, y su contribución a la consecución de los resultados y objetivos asignados al correspondiente programa [art. 23.3, c) de la Ley 30/1984, de 2 agosto; art. 24.1, e) de la Ley 39/1992, de 29 diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 1993; art. 25.1, e) de la Ley 21/1993, de 29 diciembre, esta última de Presupuestos Generales del Estado para 1994]. El complemento de productividad, en los términos de la definición legal que acabamos de exponer, no retribuye la mayor pericia o los especiales conocimientos que se requieren para el desempeño de determinados puestos de trabajo, cuyos argumentos aduce el actor como títulos legitimadores del complemento de productividad que reivindica, siendo más bien aquella pericia y conocimientos especiales susceptibles de recibir favorable acogida retributiva bajo otro tipo de complemento retributivo que no es del caso, pero no, desde luego, al amparo de la cobertura del complemento de productividad que se reclama.

No obstante, y con cierta contradicción con lo expresado, en otros supuestos se ha admitido su percepción para retribuir conocimientos especializados. Así, por ejemplo, el conocimiento de legislación internacional en la tramitación de expedientes siempre que el número sea expresivo con relación al total de la carga de trabajo (sentencias de 14 de enero y 3 de abril de 1998 del Tribunal Superior de Justicia de Canarias).

31 Aunque, en forma provisional y hasta tanto se constituye en un modo habitual de trabajo, si es admisible. Por ejemplo, en el supuesto de implementación de equipos informáticos (sentencia de 19 de enero de 1998 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía).

⁴⁵ La STSJ de la Región de Murcia de 12 de septiembre de 2008, recurso 417/2004 declara que las normas para adjudicar el complemento de productividad no son materia de negociación ni la Junta de Personal tiene dichas funciones.

Ahora bien, es preciso que existan unas valoraciones y no pueden suprimirse o denegarse, en base a un bajo rendimiento, sin motivación alguna, aunque no por ello los tribunales de justicia están facultados para su reconocimiento y aun menos en el caso de que el funcionario se encontrase en situación de incapacidad laboral transitoria⁴⁶ (sentencia de 22 de noviembre de 1996 del Tribunal Superior de Justicia de Murcia y sentencia de 30 de enero de 1997 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña). De esta forma, se insiste por la jurisprudencia, que el devengo del mismo ha de ser proporcional a los servicios prestados en la unidad que amerita el rendimiento o la actividad extraordinaria acreedora de la percepción del citado complemento sin que sean admisibles regulaciones prácticas que introduzcan valoraciones ficticias o de mera simplificación burocrática ajenas al verdadero significado del complemento (sentencias de 8 de febrero de 1999 del Tribunal superior de Justicia del País Vasco y de 30 de septiembre de 1999 del Tribunal Superior de Justicia de Aragón).

La STSJ de Cataluña de 25 de enero de 2006 (rec. 114/2003) condensa los criterios para la aplicación y valoración del complemento de productividad. En esta el Tribunal analiza cuál es la actividad administrativa que ha de preceder al otorgamiento del complemento de productividad y cuál ha de ser su motivación, resultando que:

- El complemento de productividad es una retribución subjetiva e individual, de manera que para su aplicación es necesaria la valoración del puesto de trabajo desarrollado por sus posibles acreedores. No es un complemento consolidable, su percepción no tiene porqué ser periódica, y no produce una desigualdad que se retribuya de forma diferente a funcionarios que desarrollen puestos de trabajo similares.
- La aplicación del complemento de productividad requiere de una actividad administrativa que culmina con un acto de valoración individualizada para cada funcionario, que determina el derecho a percibir el complemento y su cuantía.
- En orden a la motivación de los actos administrativos que evalúan la actividad del funcionario, la jurisprudencia ha venido matizando las exigencias de motivación, entendiendo que es suficiente que se haga referencia a los parámetros de valoración aplicados siempre que el órgano que realice la valoración sea el que está facultado para hacerlo y se apliquen los criterios distributivos fijados por el órgano competente. Se considera motivación suficiente para denegar la productividad la evaluación realizada por el superior jerárquico competente que aprecia la falta de rendimiento o colaboración.
- La actividad de la Administración a la hora de otorgar este complemento es discrecional y se ha de presumir su validez en aplicación de la presunción de validez de los actos administrativos. La exclusión se ha de fundamentar en algunas de las causas establecidas por los criterios vigentes en cada administración. Por tanto, corresponde al interesado probar que se ha producido algún tipo de trato desigual, arbitrariedad o desviación de poder en la actividad administrativa.

En el sistema implementado por la reforma de 1984 la productividad carecía, lo que ha sido corregido por el EBEP, de cualquier efecto sobre otros aspectos del sistema de función pública, cómo, por ejemplo, la carrera administrativa, por lo que no cabe la consolidación de éste hacia el futuro. De esta forma, las cuantías asignadas por complemento de productividad durante un período de tiempo no originarán ningún tipo de derecho individual respecto a las valoraciones o apreciaciones correspondientes a períodos sucesivos. La sentencia de 6 de junio de 1997 del Tribunal Superior de Justicia de Canarias indica a este respecto que: "... régimen retributivo que califica de complementario la Ley de 1984, como contraposición al que llama básico, y que, como es fácilmente deducible de lo anterior, y también al contrario de lo que ocurre con las retribuciones

⁴⁶ En dicha situación también se produce el devengo, si bien proporcionalmente al tiempo efectivo de servicios (sentencia de 16 de diciembre de 1994 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña).

básicas, no siguen indiscriminadamente al funcionario por el mero hecho de serlo, sino que están en función del nivel del puesto de trabajo que en cada momento se desempeñe (caso del complemento de destino), de la dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, peligrosidad o penosidad del mismo (supuesto del complemento específico) y del rendimiento, actividad extraordinaria o interés con que desempeñe el funcionario su puesto de trabajo (objetivo del complemento de productividad), sin que, por lo tanto, ninguno de tales complementos, y no sólo el específico, constituyan un derecho adquirido que haya de subsistir indefinidamente con independencia del puesto de trabajo que en cada momento se desempeñe efectivamente o de la actividad y rendimiento desplegada en el mismo".

En cuanto a su supresión, y a pesar de que no genera como hemos dicho ningún derecho adquirido, no se admite la misma si no se precisa un menor rendimiento, interés o iniciativa en el trabajo a cuyos efectos no bastan unas afirmaciones no probadas sobre incumplimientos de horarios o falta de diligencia en la tramitación de expedientes que en definitiva serían hechos susceptibles de ser analizados en el correspondiente expediente disciplinario (sentencia de 7 de febrero de 2000 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía)⁴⁷, ni una genérica alusión a la reducción de cargas administrativas fruto de la situación de crisis económica (sentencia de 3 de febrero de 2014 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, rec. 287/2012). Lo cierto es, sin embargo, que una supresión arbitraria puede dar lugar a responsabilidad penal por delito de prevaricación (STS de 2 de noviembre de 1999, Ar. 8091).

II. LAS PROPUESTAS Y EL PLANTEAMIENTO DE LA COMISIÓN EBEP EN ESTE ÁMBITO Y SU RECEPCIÓN POR EL TEXTO NORMATIVO.

Las propuestas realizadas por la Comisión para el estudio y preparación del empleado público parten, de acuerdo con lo ya señalado, del análisis y consideración de las patologías presentadas por éste y, lógicamente, como no podía ser de otra forma, de las líneas maestras en que la propuesta de Estatuto se enmarcaba.

Y es que diversa y variada ha sido la problemática planteada en la aplicación del sistema retributivo en la reforma aludida y relevantes disfunciones se han puesto de manifiesto con ocasión de su implementación en las distintas Administraciones públicas. Por de pronto, y aunque solo sea como una cuestión simbólica con la que se presentó dicha reforma, no se ha conseguido plenamente el intento de transparencia que era perseguido por el nuevo sistema retributivo implantado. Pero hay más razones para la primera afirmación en lo que hace a las retribuciones complementarias. Aludamos aún cuando sea brevemente a ellas a fin de justificar la afirmación referida.

En primer término, es preciso aludir a que se ha constatado cierta discrecionalidad irresponsable y una segura desigualdad en la fijación de complementos específicos y, en forma complementaria y paralela, se ha producido una falta de coherencia en la fijación de los niveles de complemento de destino entre distintas Administraciones públicas, inclusive entre unidades de la propia Administración, que ha generado no pocos problemas, verbigracia, y entre otros: el ya apuntado de diferencias no suficientemente justificadas en la atribución de complementos con su incidencia en la motivación de los empleados públicos, movilidad de los empleados públicos hacia los puestos mejor valorados, presión sobre la organización para la creación de nuevos puestos de trabajo o mejor valoración de los existentes al basarse exclusivamente en éstos la posibilidad de hacer carrera, fijación de complementos de destino en los puestos base muy elevados con lo que

⁴⁷ Aunque, ciertamente, en este supuesto podemos encontrar resoluciones judiciales contradictorias entre sí. Véase, por ejemplo, las sentencias de 24 de abril de 1999 y de 23 de junio de 1999 del Tribunal Superior de Justicia de Galicia que aparentemente discrepan entre sí sobre quien ha de probar el escaso rendimiento o la falta de iniciativa e interés si el funcionario o la Administración.

la carrera administrativa basada esencialmente en éste complemento podía ser concluía casi al inicio, etc.

En cuanto al complemento de productividad, por su parte, no había llegado a cumplir su auténtico papel como complemento incentivador de actitudes beneficiosas para el servicio público como hemos podido poner de manifiesto y se ha utilizado más que atendiendo a dicha razón para compensar diferencias retributivas consecuencia de la defectuosa aplicación del sistema, corregir desfases en los incrementos de sueldo establecidos en las leyes presupuestarias, retribuir la prolongación de la jornada de trabajo en coexistencia con otros conceptos más propios para ello, o, porqué no decirlo, en algunos supuestos, como un mecanismo de favor en absoluto justificable.

Por último, el propio sistema, y desde un punto de vista de su estructura, se presentaba excesivamente rígido ya que el mismo, por el alcance de lo definido como básico y la reserva de ley establecida, no permitía a las distintas Administraciones públicas introducir o adaptar los conceptos retributivos a sus especiales características. La jurisprudencia de los tribunales, y con ella la patología en el sistema, ponen de relieve mejor que otros argumentos el permanente intento de los actores en la gestión de recursos humanos en el sector público de escapar de una estructura uniforme.

A la postre, puede decirse que dichas disfunciones habían deteriorado, al menos en cierta medida, la confianza en el sistema y esta idea de insatisfacción en el sistema articulado. Y constatados, ya a principios de los noventa, gran parte de los problemas que se han venido apuntando y que revelan la defectuosa aplicación del sistema, se había terminado por llegar a la conclusión de que el mismo estaba agotado y, desde muchos sectores, se propugnaba una necesaria reforma del mismo⁴⁸.

El Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto del Empleado Público, y a la vista de las distintas deficiencias observadas y los objetivos que se proponía la misma, realizó diversas consideraciones de las que destacamos tres que explican, en lo sustancial, el impulso de la reforma llevada a cabo y de las soluciones adoptadas:

- Se propone que el Estatuto Básico del Empleado Público salvaguarde expresamente la competencia del Estado para establecer límites generales al incremento del gasto de personal de las Administraciones Públicas, si bien mediante la fijación, en su caso, de porcentajes máximos de aumento de la "masa salarial" global de cada una de las Administraciones Públicas.

La adopción de dichos límites de los incrementos retributivos debe realizarse previa consulta a las Comunidades Autónomas y a los representantes de la Administración Local, sea en el seno de la Conferencia Sectorial de Administración Pública o en otros foros, o de otra forma, como paso previo a la negociación colectiva con las organizaciones sindicales sobre estos extremos.

- El Estatuto Básico del Empleado Público debe reconocer a las leyes que regulen la función pública del Estado, de las Comunidades Autónomas y de la Administración Local o sectores determinados de ella la posibilidad de establecer su propio modelo de retribuciones complementarias, vinculándolas, sea a la progresión alcanzada en la carrera, sea a las características del puesto, actividad o funciones que desempeñe el funcionario, en atención en su caso a sus diferentes factores o componentes, sea a través de fondos sociales o de salarios diferidos, sea en atención a la productividad o rendimiento de cada funcionario en el ejercicio de su cargo.

⁴⁸ Así se revela en diversos estudios desde 1990. Por citar tan solo uno de los primeros puede consultarse "Estudio DELPHI. La modernización de los procedimientos de actuación en la Administración Pública", INAP, Madrid, 1.990 y "La modernización de la Administración del Estado", INAP, Madrid, 1.991

Cada Administración debe determinar para cada rama, sector y nivel de su propio empleo público las formas de evaluación, los criterios a tener en cuenta y las consecuencias, favorables o desfavorables en términos de percepción del mencionado complemento de productividad o similar.

- La Comisión propone que las retribuciones del personal laboral al servicio de las Administraciones públicas se determinen a través de la negociación colectiva, respetando las reglas de la legislación laboral común y los límites presupuestarios que puedan establecerse, pudiendo adaptarse a través de la negociación a las propias de los funcionarios en sectores y ámbitos determinados.

A la vista de ellas, y en un primer acercamiento, si atendemos a lo previsto en el articulado del EBEP, parece que éste responde con cierta fidelidad al sentido de las propuestas realizadas en dicha Comisión ya que, de un lado, se flexibiliza la estructura retributiva complementaria permitiendo la adaptación de la misma a las decisiones que se adopten en las distintas Administraciones públicas en materia de carrera y ordenación profesional, y por otro se refuerza o se afirma la competencia estatal para establecer límites a los incrementos retributivos del resto de Administraciones públicas pero con una metodología distinta en lo que se refiere a la concertación de ésta con el resto de Administraciones públicas y actores sociales. La respuesta a la necesaria pregunta de si se podía haber ido más allá no puede ser otra que sí, ciertamente, pero desde mi punto de vista la apuesta realizada es sumamente ambiciosa en lo que tiene de habilitar un espacio para que las Administraciones y el Sector público incluido en su ámbito de aplicación dispongan de una política retributiva propia.

Está por ver, sin embargo, que el sistema ideado funcione. Y está por verse ya que, como en otros subsistemas del empleo público y a diferencia de lo que ocurre en otros sectores del Derecho administrativo, las normas en materia de función pública solo cumplen una primigenia función: establecer el marco en el que ha de moverse la gestión y de ésta depende en gran medida el éxito de aquellas. Por ello que en este ámbito, y con mayor intensidad que en otros como se ha señalado, ello no es suficiente para garantizar un uso adecuado de las mismas y será la capacidad de gestión de las previsiones establecidas en el texto normativo la que efectivamente determinará, como sucedió en el sistema de 1984, el razonable éxito o el temido fracaso en la reforma que se acomete.

Como se ha dejado entrever en este contexto, la reforma del empleo público emprendida con el EBEP apuntó cuatro grandes líneas maestras que debían inspirar la reforma emprendida y que habían de tener su plasmación efectiva en la legislación de desarrollo: la estructura retributiva complementaria y su disponibilidad en los distintos ámbitos territoriales y funcionales en que se aplica⁴⁹; en segundo lugar, lo que hace a la fijación de límites en los incrementos retributivos y, sobretodo, a lo referido a la metodología para fijar éstos; en tercer lugar, corregir las desviaciones padecidas sobre la estructura organizativa con la articulación de la carrera profesional sobre la única base del desempeño de puestos de trabajo, estructurando una carrera profesional retribuida de tal forma y manera que permitiese a los empleados públicos progresar en el sistema retributivo sin necesariamente tener que cambiar de puesto de trabajo; y, por último, conceder una mayor incidencia en la política salarial a las retribuciones ligadas a la consecución de objetivos⁵⁰.

⁴⁹ Y es que, dada la heterogeneidad del sector público y las diferentes funciones que éste cumple, la idea de generalizar conclusiones de forma absoluta y rígida para todos los empleos y cargos públicos y para todas las Administraciones públicas parecía que debía de ser necesariamente rechazada en la reforma que, en ese momento, se abordaba ya que la complejidad del sector público (organismos autónomos, entidades públicas empresariales, fundaciones, etc...), el desarrollo del Estado autonómico y el fortalecimiento de los Gobiernos locales parecía aconsejar la estructuración de un marco normativo que debía ser un marco claro, completo en los elementos determinantes del sistema, pero lo suficientemente flexible para permitir su adaptabilidad a los distintos sectores del empleo público.

⁵⁰ Idéntica filosofía subyace en el Preámbulo de la Ley de Castilla-La Mancha donde puede leerse, al referirse al sistema salarial, que "Cualquier sistema retributivo, en especial en una Administración pública, cumple una finalidad

Alguna otra cuestión, como la eventual extensión de las previsiones salariales al personal laboral que desarrollaba sus funciones en el sector público dada la nueva filosofía que inspiraba la reforma del empleo público, no encontraron un impulso de reforma suficiente y se resolvieron, bien que con una técnica legislativa más que criticable, con la remisión a la legislación laboral.

2. El nuevo planteamiento respecto de la estructura retributiva: lo que es y lo que debe ser básico.

Ciertamente, y como viene establecido en el artículo 149 CE, las atribuciones competenciales asignadas al Estado comprenden la legislación básica en materia de función pública⁵¹. Expresamente las SSTC 63/1986, de 21 de mayo y de 24 de mayo de 1990, y en idéntico sentido pero más específicamente la SSTC 385/1993, de 23 de diciembre y 103/1997, de 24 de mayo que abordó en concreto el carácter básico del sistema retributivo, no dudan en afirmar que las bases del régimen estatutario de los funcionarios pueden extenderse a incluir en ellas previsiones relativas a las retribuciones de los funcionarios públicos por ser la contraprestación en la correspondiente relación jurídica.

SANCHEZ MORON, al igual que las sentencias referidas, explica que dicha atribución se corresponde con diversas razones, entre las que señala: la necesidad de salvaguardar una cierta igualdad y solidaridad en las condiciones de empleo de los funcionarios públicos; razones de política económica y financiera; la necesidad de preservar el principio de solidaridad; y, también, la posibilidad de intercomunicación de las distintas burocracias públicas existentes en nuestro país⁵².

En suma, bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos, los principios de igualdad y solidaridad y las competencias que en materia de gasto público tiene el Estado sustentan la capacidad del Estado para intervenir en la política retributiva del personal perteneciente a otras

compensatoria y debe atender con suficiencia y equidad el pago de los servicios prestados. Pero, para que las retribuciones jueguen un papel auténticamente dinámico o transformador, deben vincularse a los objetivos previamente definidos, que en el ámbito de una Administración pública se orientan a la consecución de una mejora en la prestación de los servicios públicos.

En esa segunda acepción del sistema retributivo, como elemento de transformación del empleo público, pretende incidir la ley de forma más intensa, evitando la tendencia, desafortunadamente habitual, de no diferenciar adecuadamente la compensación del personal empleado público atendiendo a factores como el grado de responsabilidad, complejidad o dedicación de las funciones encomendadas, el esfuerzo o la calidad o intensidad de los trabajos realizados”.

⁵¹ Recordemos a este respecto que, de acuerdo con la STC 42/1983 (RTC 1983\42), «lo que la Constitución persigue al conferir a los órganos centrales del Estado la competencia exclusiva para establecer las bases de la ordenación de una materia determinada (...) es que tales bases contengan una regulación normativa uniforme y de vigencia en toda la Nación, con lo que se asegura, en aras de intereses generales superiores a los de cada Comunidad Autónoma, un común denominador normativo» del bloque de constitucionalidad (STC 48/1988), añadiendo que «el sentido de ese común denominador normativo se halla en buena medida no tanto en la uniformidad cuanto en la posibilidad que el mismo abre de que, a partir del mismo, cada Comunidad Autónoma, en defensa de su propio interés general, podrá establecer las peculiaridades que le convengan en ejercicio de las competencias que haya recibido como propias» (ATC 288/1996) y sin que quepa realizar con ello un vaciamiento competencial autonómico (SSTC 69/1988 y 80/1988).

Con carácter general (STC 168/1993), esas bases suponen sustancialmente el ejercicio de facultades normativas efectuadas preferentemente por Ley o, con mayor excepcionalidad, por normas reglamentarias (dado el concepto material de bases SSTC 32/1981 y 225/1993) siempre que no vaya más allá de la Ley previa (STC 133/1997) y sólo en supuestos muy limitados abarca concretas potestades de simple ejecución, sin que quepa cualquier tipo de precepto para excluir la incertidumbre jurídica (STC 197/1996). Así la propia Ley, dado que éste es el instrumento preferente una vez culminado el proceso autonómico (SSTC 48/1988, 69/1988, 80/1988, 13/1989, 132/1992 y 179/1992), puede y debe declarar expresamente el carácter básico de la norma (pero no en su conjunto STC 158/1986) o, en su defecto, venir dotada de una estructura que permita inferir, directa o indirectamente, pero sin especial dificultad, su vocación o pretensión básica, sin perjuicio de que corresponda al Tribunal Constitucional, como supremo interprete de la Constitución, la decisión definitiva sobre dicha calificación (STC 86/1989).

⁵² SANCHEZ MORON, M., *Derecho de la Función Pública*, Madrid, Editorial Tecnos, 2004, pág. 64 y ss. En el mismo sentido, del mismo autor puede consultarse "Marco jurídico y competencial del personal al servicio de las Administraciones Públicas", en el volumen colectivo *Situación actual y tendencias de la función pública española*, Granada, 1998, pág. 73 y s.

Administraciones públicas. Ello, y sin embargo, no significa que el ejercicio de esta competencia estatal permita agotar el espacio normativo de otras organizaciones territoriales (STC 76/1983). De ahí que la cuestión realmente a plantear es, como resulta habitual en nuestro esquema constitucional, hasta donde alcanza la definición de lo que es básico en esta materia y qué es, asimismo, lo más conveniente.

A este respecto, los artículos 23 y 24 de la Ley 30/1984, que contemplaban la estructura retributiva de los funcionarios públicos en el sistema anterior, se declararon como normas básicas del régimen estatutario de los funcionarios públicos y, por ello, aplicables a todas las Administraciones públicas. Y de esta forma, mientras las retribuciones básicas tenían la misma estructura y cuantía en todas las Administraciones Públicas, con relación a las complementarias sólo su estructura vinculaba a las Comunidades Autónomas, pero no así ni su cuantía ni las condiciones para el devengo de las mismas con las particularidades que al respecto presenta el complemento de destino al incidir en la carrera administrativa y establecerse con carácter básico los requisitos para la consolidación de éste en el funcionario que desempeñaba el concreto puesto de trabajo (STS de 24 de noviembre de 1997, Ar.8390)⁵³.

En el caso de las entidades locales, las retribuciones básicas tenían, asimismo, la misma estructura e idéntica cuantía y las complementarias se atenderían, 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 (art. 93 Ley 7/1985)⁵⁴.

Como puede verse, en materia retributiva, la lectura que hasta ahora se había realizado de lo que ha de contemplarse como básico ha sido, tal vez en demasía, excesivamente amplia: estructura del sistema retributivo y limitación intensa en las decisiones de incremento retributivo con las salvedades y matizaciones a las que ya se ha aludido.

PALOMAR OLMEDA, refiriéndose con carácter general a todo el sistema de función pública, ya indicó en su momento que era necesario repensar el papel y sobre todo el alcance y extensión de la normativa básica. La tendencia al uniformismo regulador entre Administraciones Públicas que tienen problemáticas radicalmente diferentes en sus ámbitos de gestión y de competencias se ha revelado como un sistema no plenamente eficaz⁵⁵.

⁵³ En este sentido, sin perjuicio de los límites establecidos para el Complemento de Destino en cuanto al número de niveles de éste y las condiciones establecidas para su consolidación dada la incidencia que representa sobre la carrera administrativa y, con ello, respecto de la movilidad entre las distintas Administraciones Públicas, no tiene carácter básico los preceptos establecidos en los artículos 23 y 24 en cuanto a la cuantía de los mismos en el complemento de destino. En este sentido, la STS de 24 de septiembre de 1994 (R.J. 6920).

⁵⁴ Junto a estos límites, y para el caso de las Entidades Locales exclusivamente, el establecimiento de las cuantías correspondientes a las retribuciones complementarias encontraba límites respecto de la masa retributiva global destinada a retribuir al personal. Al respecto, los créditos destinados a complemento específico, complemento de productividad, gratificaciones y, en su caso, complementos personales transitorios, serían los que resulten de restar a la masa retributiva global presupuestada para cada ejercicio económico, excluida la referida al personal laboral, la suma de las cantidades que al personal funcionario le correspondan por los conceptos de retribuciones básicas, ayuda familiar y complemento de destino (STS de 30 de mayo de 1.991 R.J. 4226)⁵⁴. La cantidad que resultase, con arreglo a lo dispuesto con anterioridad, se destinaría según indicaba la norma:

a) Hasta un máximo del 75 por 100 para complemento específico, en cualquiera de sus modalidades, incluyendo el de penosidad o peligrosidad para la Policía Municipal y Servicio de Extinción de Incendios.

b) Hasta un máximo del 30 por 100 para complemento de productividad.

c) Hasta un máximo del 10 por 100 para gratificaciones

No se trata aquí como puede fácilmente deducirse de bases del régimen estatutario, ni de solidaridad, ni tampoco de preservación de gasto público. Desde nuestro punto de vista no resulta ser sino una más que injustificada restricción al establecimiento de una política retributiva propia a estas entidades que, sin embargo, no aparece en otras Administraciones dotadas de autonomía.

⁵⁵ PALOMAR OLMEDA, A.: Derecho de la Función Pública, Editorial Dickinson, Madrid 2003, pág. 225 y ss

Y, en este sentido, la lectura que se ha de realizar de los títulos competenciales previstos en los artículos 149.1.18 y 149.1.13 CE ha de ponerse en necesaria conexión, en materia de función pública, y singularmente en lo que ahora nos importa en la retribución que hayan de percibir los empleados públicos, con las competencias atribuidas a las Comunidades Autónomas en el artículo 148.1.1 relativo a las facultades que las mismas ostentan en materia autoorganizatoria y de gestión⁵⁶ y, asimismo, con las derivadas del reconocimiento de autonomía a las entidades locales en el artículo 137 CE que necesariamente también han de tener una importante expresión en esta materia.

En consecuencia, el sistema integral de función pública o de empleo público vendría alimentado por el Estado por exigencias del modelo constitucional de empleo público, pero a éstas consideraciones tendrían que unirse las derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas y de los Entes Locales -o inclusive de otras organizaciones y personificaciones jurídica no territoriales- que sumarían a este modelo otros elementos que lo complementarían singularizándolo y adaptándolo al marco competencial propio. Así las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos, como competencia normativa estatal, solo alcanzarían al primer aspecto mientras que el segundo, lógicamente y de forma natural, debería estar en manos del resto de Administraciones públicas⁵⁷

En este sentido, un Estado descentralizado ampliamente como el que preconiza la Constitución de 1978, inclusive con anterioridad a la actual etapa de reformas estatutarias, necesariamente ha de manifestarse, y ello como parte del núcleo irreductible esencial en que se basa, en la posibilidad por parte de las Administraciones públicas territoriales de establecer su estructura orgánica y, por ende, su función pública como elemento éste último instrumental para la consecución de los objetivos expresados, con carácter genérico, en el abanico competencial a éstas atribuido. De esta forma, y centrándonos en el sistema retributivo, esa idea parecía obligar a repensar las previsiones que hasta este momento había presidido el sistema retributivo.

Como ha quedado establecido en la jurisprudencia constitucional el sistema retributivo viene contemplado como un elemento que ha de considerarse integrado en las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos. Pero afirmado lo anterior, es del todo punto necesario e inmediatamente preciso preguntarnos si tal consideración, es decir, que la competencia básica estatal tenga incidencia en el sistema retributivo, tiene como correlato necesario la delimitación integral –en sentido vertical y horizontal- respecto de la estructura del sistema retributivo y determina, en consecuencia, que éste deba de responder a una lógica uniforme y absolutamente homogénea para todas las Administraciones públicas y el sector público incluido en el ámbito de reforma que se acomete.

⁵⁶ La doble condición de las Comunidades Autónomas, como entes políticos y administrativos, se manifiesta en esta materia en forma que dota a las mismas de una capacidad propia de organización de sus instituciones que permite, sobre la base del principio de libre disposición o voluntariedad a las Comunidades Autónomas, que puedan crear otras instituciones, además de las que el Estatuto crea, en la medida en que lo juzguen necesario para su propio autogobierno y, al respecto, su composición y funciones serán constitucionalmente legítimas en la medida en que se acomoden al propio Estatuto y a las restantes normas de delimitación competencial (STC 35/1982). Es decir, el contenido de esta materia alcanza no solo a las instituciones políticas, sino también al modelo administrativo de éstas, aun cuando finalmente el proceso de ordenación y administrativa en las Comunidades Autónomas ha mimetizado prácticamente el modelo estatal sin una dirección y un marco administrativo establecido al que dirigirse dada la urgencia política en la articulación de estas nuevas Administraciones, sin el necesario acompañamiento desde el inicio de la definición por el Estado de las bases del régimen jurídico y con un traspaso de competencias incierto y, hasta cierto punto, indefinido.

⁵⁷ En cierto sentido, la presente interpretación resulta también avalada por CATALA POLO, R.: "El empleo público: consideraciones generales y perspectivas", en el volumen colectivo *Situación Actual y Tendencias de la Función Pública Española*, Editorial Comares, Granada, 1998, págs. 13 y ss, en su momento Director General de la Función Pública en el momento en que se elaboró el Anteproyecto de Estatuto de 1999, que mantiene que el Estatuto no debe agotar la regulación ni el modelo de función pública.

No parece objetable considerar que la existencia de unas retribuciones básicas, la estructura y cuantía de las mismas, inclusive su repercusión en el sistema de clases pasivas, hacen referencia y deben responder a las exigencias de un modelo común a todos los empleados públicos. Razones de intercomunicabilidad entre las distintas burocracias públicas, y las derivadas de salvaguardar cierta igualdad y solidaridad en las condiciones de empleo, avalarían dicha consideración junto a otras razones derivadas de otros títulos competenciales estatales de carácter económico, que tampoco cabe olvidar, y que también nos conducirían a dicha consideración.

¿Son predicables, no obstante, similares argumentos respecto del resto de las retribuciones complementarias? Ciertamente, y como ha reflejado NIETO, la *“Función Pública se encuentra sometida a dos tensiones contrarias: la uniformizadora, que invoca la racionalidad, y la fraccionaria, que se apoya en la realidad. Pero la verdad es que la uniformización responde con frecuencia a inspiraciones que, so capa de racionalidad, lo que ocultan es la abstracción. Y tan contraproducente es la integración en un mismo grupo de elementos heterogéneos como la descomposición de un grupo homogéneo en fracciones distintas”*, y es precisamente ésta la cuestión que se aborda con la reforma del sistema retributivo⁵⁸.

Desde nuestro punto de vista las funciones que las retribuciones complementarias juegan respecto del sistema de función pública son sustancialmente distintas a las que se cumplen con las retribuciones básicas. Las retribuciones complementarias, por decirlo de otro modo, se conectan de forma más directa al sistema de gestión de recursos humanos que resulta más acorde con la definición organizacional que cada Administración realice sobre la base de las competencias que la misma ha de desempeñar ya que éstas se dirigen a retribuir los concretos puestos de trabajo que se crean en la organización. De esta forma, si la creación de dichos puestos, la definición y el perfil de los mismos, la clasificación de éstos, etc... son elementos de íntegra definición por cada Administración, parece también, más lógico y ciertamente más coherente, deducir que sea cada Administración la habilitada para desarrollar el sistema retributivo en esta esfera a la vista de la realidad organizativa contemplada y las misiones atribuidas a cada puesto de trabajo. Una simple observación de las competencias atribuidas a la Administración estatal, autonómica y local nos reflejaría organizaciones en cierto grado distintas porque distintas son las competencias que han de cumplir. Formas y procedimiento de trabajo también distintos en la medida en que servicios prestacionales y personales -fundamentalmente afincados en las Administraciones autonómicas y locales- exigen fórmulas alejadas de la organización jerárquica tradicional y corporativa más propia de la Administración General del Estado y, con ello, también formas de retribuir distintas porque diferente es, obviamente no con carácter general, la naturaleza del trabajo desarrollado.

A la vista de ello, y sin perjuicio de que pueda establecerse un marco común, cualquier sistema que se adopte para resolver dicha cuestión parece que debería flexibilizar el principio de uniformidad e igualdad retributiva, estableciendo un menor alcance de lo que ha de considerarse básico en la composición retributiva, de tal forma que dicha operación permita la adaptación del paquete retributivo a las diferentes Administraciones públicas y sectores gubernamentales descentralizando la toma de decisiones en esta materia.

Esta ha sido, sin duda, una constante en las reformas del empleo público acometidas en los países de nuestro entorno y es ésta, también, aunque tal vez de forma excesivamente tímida la opción que realiza el Estatuto Básico del Empleado Público, a nuestro juicio no con suficiente decisión, en el artículo 24. Aunque a ello nos referiremos más adelante.

⁵⁸ NIETO, A., “La nueva organización del desgobierno”, Ariel, Barcelona, 1996, pág. 152.

2. Las retribuciones complementarias: planteamiento preliminar.

El principio de igualdad referido al sistema retributivo no implica igualdad de retribución, sino la retribución en función de la aportación del empleado a la organización, a la complejidad de las funciones que lleva a cabo, a que todos los empleados públicos tengan una retribución digna y suficiente y a la necesidad de profesionalizar y dotar de expertos adecuados la gestión del sector público.

En efecto, las retribuciones en la función pública han de orientarse, a fin de no provocar frustración en los empleados públicos y que la propia Administración pública pueda servir a los objetivos de servicio a la ciudadanía que le están encomendados, a guardar el necesario equilibrio interno dentro de la estructura retributiva de cada organización sin desconocer tampoco el marco externo en que se desenvuelven nuestras Administraciones públicas con relación al mercado y también respecto de otras Administraciones públicas. Es decir, y por resumirlo en un principio que estimamos básico del sistema salarial, equidad interna y externa del sistema retributivo.

De esta forma, la igualdad en el sistema retributivo se conecta con la equidad y, ésta última, tiene un doble aspecto: hacia la organización, y, desde este punto de vista, la remuneración ha de ser equilibrada a la aportación del empleado a la organización; y con relación al resto del sector público y privado, definiendo los distintos sectores de actividad de la organización y comparándolos para corregir cualquier disfunción que no esté suficientemente justificada.

La consecución de estos objetivos requiere, en el ámbito de la equidad interna, hacer una valoración adecuada de los puestos de trabajo, una adaptación de las personas a los puestos y estructurar un sistema salarial que traduzca económicamente, en forma objetiva, esas valoraciones. Y ello precisa del ineludible esfuerzo de estructurar herramientas metodológicas de clasificación de los puestos de trabajo que ordenen la importancia específica de los distintos cargos, tarea nada fácil y en la que es preciso encontrar la diferencia equitativa adecuada entre los distintos empleos; requiere, asimismo, una adecuada agrupación de puestos a efectos retributivos; exige el establecimiento de escalones retributivos asignando el valor monetario a cada escalón con un límite máximo y mínimo; y requiere asimismo, y por último, la definición del criterio de variación del salario dentro de sus límites.

La equidad externa, por su parte, exige que las remuneraciones sean satisfactorias respecto de las que perciben otros empleados del mismo mercado laboral o con las mismas funciones. Y aquí tampoco se puede improvisar. Ello también exige un esfuerzo de definición sobre el nivel retributivo en el que la organización desea situarse sobre la base de los objetivos que persigue, delimitar el mercado público y privado de referencia para los distintos profesionales de la organización, obtener información sobre los salarios del mercado delimitado para cada tipo de puestos (de aquí la importancia de que se estructuren observatorios de políticas retributivas en el ámbito público que emitan informes y recomendaciones), y exige, por último, calcular el desfase entre la organización y el mercado delimitado planificando medidas correctoras de las deficiencias detectadas.

Se entenderá ahora, como ya advertimos en su momento, que el éxito en la aplicación del sistema dependerá, y mucho, del grado de capacidad de gestión que cada Administración tenga para la consecución de esos objetivos y la instrumentación de estas herramientas de gestión del sistema.

Pero de forma previa, y antes de introducirnos en el análisis de los distintos conceptos que se establecen, es preciso referirse a dos cuestiones de cierto interés. La primera, referida a que es esta una materia en la que el EBEP mantiene una reserva legal. Ciertamente, y según lo expuesto, se descentraliza la toma de decisiones, pero a la vez se establece que por Ley –lo que excluye a las entidades locales– se establecerá la estructura y cuantía de las retribuciones complementarias lo que implica que haya que considerar subsistentes los límites que a la negociación colectiva en este punto habían marcado los tribunales, referidos ahora, bien es cierto, a lo que dispongan las respectivas leyes de las Comunidades Autónomas. Lo que, como ya se expuso, no es desde mi punto de vista la mejor solución a menos que las Comunidades

Autónomas, con respeto a la autonomía local, establezcan un mayor margen a las entidades locales.

La segunda que, asimismo y conforme a lo expuesto, lo establecido en el EBEP tiene un carácter meramente directivo u orientativo respecto de las retribuciones complementarias ya que el propio artículo 24 se refiere a los distintos conceptos subrayando, a estos efectos, que “entre otros”, se atenderá a los siguientes factores y enumera diversos supuestos entre los cuales se encuentra la productividad.

3. Las retribuciones derivadas de una adecuada prestación de los servicios y un mayor rendimiento.

La Real Academia de la Lengua define el incentivo como «aquello que mueve o excita a desear o hacer una cosa»; es decir, el incentivo genera un proceso psicológico que activa, dirige y mantiene un determinado comportamiento. Los factores que motivan ese comportamiento pueden clasificarse en intrínsecos porque están en función de las consecuencias que se producen en el mismo sujeto y en extrínsecos cuando las consecuencias se derivan de la reacción del entorno. Serían un ejemplo de los primeros la satisfacción por avanzar en el conocimiento y habilidades propias de la profesión, la percepción de sentirse experto en lo que uno ejerce, la adquisición de nuevas responsabilidades y competencias. Dicho en términos económicos: la exploración de las oportunidades internas del individuo en la medida que tienen para el una «utilidad pronosticada» aunque inicialmente el esfuerzo invertido sea costoso y poco placentero. De otro modo, en términos éticos: «querer conservarse y perseverar, querer potenciarse, querer experimentar la gama de oportunidades en busca de las más altas, querer transmitirse y perpetuarse». El factor motivador extrínseco más obvio es el económico: el salario y las retribuciones asociadas al rendimiento o la participación en beneficios o ahorro en los costes de la empresa; a este, sin duda relevante, hay que añadir necesariamente otros relacionados con la seguridad en el trabajo, el reconocimiento profesional y social del mismo, la obtención de mayores cuotas de poder y autoridad, la mejora de las condiciones de trabajo y la equidad en la distribución de las recompensas.

Si los factores citados son motivadores, parece consecuente deducir que sus contrarios, o la ausencia de los mismos, sean elementos desincentivadores del rendimiento. Así el prestigio profesional y social insuficiente, la falta de equidad en la retribución salarial, la escasa participación en los procesos de organización, gestión y decisión, la frustración de expectativas de desarrollo profesional y ausencia de refuerzo de actitudes de formación continua e investigación, etc...son todos ellos elementos que inciden negativamente en el rendimiento y en la calidad asistencial.

Ciertamente, estos incentivos no tienen que traducirse necesariamente o primordialmente en mayores retribuciones económicas, que también pueden serlo, sino que en muchas ocasiones tienen que ver con el reconocimiento social y profesional, la disponibilidad para acceder a la formación continuada o el tiempo y los recursos convenientes para desarrollar proyectos de investigación. Son, por tanto, recompensas que tienen que ver con el desarrollo profesional a largo plazo más que con el cumplimiento de objetivos coyunturales y puntuales de la organización.

Pero, ciertamente, la cuantía y la importancia de las retribuciones de los empleados públicos exigen una consideración estratégica de las mismas. La gestión de éstas ha de servir a la mejor consecución de las competencias de nuestras Administraciones públicas y, desde este punto de vista, al menos dos cosas es preciso considerar primordialmente en el diseño de un nuevo sistema: la primera, consistente en que cada vez más decisivamente las retribuciones ha de estar ligadas a las competencias necesarias para el éxito de la organización pública; la segunda, relativa a las retribuciones por el desempeño objeto de este apartado, y a las que ya nos hemos referido, y que no significa sino hacer partícipe al empleado de los resultados de la organización. Y en las que por ello, como primer punto a tener en cuenta, no debe perderse de vista que el nivel a partir del cual ha de retribuirse el mismo no es el desempeño normal ya que éste se incluye en la parte de salario fijo, sino un rendimiento superior conectado con los objetivos de la

organización, así como la existencia de indicadores, en este caso negativos, que penalicen la retribución (aumento de plantilla, absentismo, aumento de gastos generales, etc...).

Para referirnos a este tipo de retribuciones, mención especial merece el complemento de productividad en el actual sistema retributivo, sobre todo si atendemos al carácter dinámico que el mismo representaba en la definición retributiva. Su aplicación ha sido uno de los puntos más débiles del sistema y ello a pesar de que una de las más consistentes críticas que de siempre se han formulado respecto del salario público ha sido la carencia de instrumentos de recompensa para los empleados públicos.

Desde luego, en un primer acercamiento, cabe señalar que el mismo no ha cumplido el papel como complemento incentivador y se ha utilizado, en demasiadas ocasiones, para compensar diferencias retributivas consecuencia de la defectuosa aplicación del propio sistema, para corregir desfases en los incrementos de sueldo establecidos en las leyes presupuestarias, para retribuir la prolongación de la jornada de trabajo en coexistencia con otros conceptos más propios para ello, e, inclusive, y no ha de descartarse en algunos supuestos, como un mecanismo de favor en absoluto justificable.

Desde el punto de vista de la Comisión citada con anterioridad, y que corrobora lo que ya adelantábamos, cuatro son las causas que han podido contribuir a esta situación no deseable. Expone, la misma que: *La primera de ellas ha sido su desnaturalización, es decir, su utilización para finalidades distintas a las contempladas en la norma, ya que se ha utilizado, en demasiadas ocasiones, para compensar diferencias retributivas derivadas de los incrementos de sueldo establecidos en las leyes presupuestarias, retribuir la prolongación de la jornada de trabajo y, en algunos supuestos, incluso, como un mecanismo de favor injustificado. La segunda razón consiste en la notoria ausencia de capacidad de gestión en las unidades de recursos humanos para la aplicación del mismo. En tercer lugar, la práctica desconexión de este complemento de otras políticas de gestión de los recursos humanos en el sector público, como la carrera administrativa y la formación. Por último, su escasa relevancia en el montante global de las retribuciones y el hecho de no constituir un complemento salarial necesario, expresión manifiesta de la escasa confianza de los gestores en su virtualidad y eficacia como elemento motivador.*

En definitiva, y tras aproximadamente dos décadas de vigencia, puede afirmarse que existía una cierta insatisfacción, tanto por las organizaciones públicas como por los empleados de éstas, en el sistema retributivo y que ciertas carencias derivadas también de la propia evolución en el tiempo del sistema de empleo público aconsejan su reforma y el reforzamiento del papel incentivador del salario en el sector público. Aún, y a pesar, de las reticencias, lógicas por otra parte, que produce una reforma en esta dirección. Lo cierto es, también ha de reiterarse, que las patologías detectadas, y ahora temidas, se deben en mayor medida a los temores por la inadecuada aplicación del mismo que a la bondad de su implantación que creo es unánime en su reconocimiento.

Por ello, y por las preocupaciones que despierta su introducción, lo cierto es que, sin perjuicio de considerar valiosa su incorporación como un elemento obligado del sistema salarial, se hace preciso realizar algunas consideraciones derivadas de la experiencia en su implementación:

* La evaluación que se realice para su implementación ha de ser necesariamente, y en la medida de lo posible, a través de indicadores medibles y globales⁵⁹.

* Para que un modelo de este tipo sea verdaderamente eficaz en la incentivación del rendimiento, deben darse dos circunstancias fundamentales:

⁵⁹ Recordemos que es imperativo el establecimiento de un sistema objetivo ya que tanto el artículo 20.2 del EBEP como la obligatoria negociación de los criterios para la evaluación del desempeño no pueden sino conducir a dicha conclusión.

- Que el volumen global de incentivo sea significativo con respecto a la totalidad de las retribuciones y sensible (tanto al alza como a la baja) a los resultados del órgano evaluado. Esta condición presenta a su vez dos dificultades: las restricciones presupuestarias, que pueden limitar los resultados económicos del modelo, y las presiones por parte de los departamentos afectados para minimizar el recorte los años en los que los resultados experimentan caídas significativas.

- Que los criterios de distribución y los importes individuales acreditados a los funcionarios, estén en relación con su participación en la consecución de los resultados. Esta circunstancia tiene como principales problemas la dificultad para medir, según qué tipo de trabajo, el rendimiento individual y su relación con los resultados obtenidos, ya que no toda actividad es fácilmente mensurable, y la “tentación” de pactar criterios de distribución lineales o proporcionales al nivel del puesto de trabajo es muy alta y debe ser evitada en todo caso.

* Por otra parte, debe considerarse que la incentivación económica puede ser una herramienta eficaz para mejorar el rendimiento general si éste no es ya muy elevado, o para hacer frente a una sobrecarga de trabajo concreta, pero nunca puede ser un sustituto para desequilibrios de plantillas (en número o tipo de efectivos), por lo que su utilización en esta dirección debe ser prudente y mensurada.

En este sentido, y sin perjuicio de los límites que al incremento cuantitativo del mismo se realicen por el Estado y de las observaciones realizadas, ello no es obstáculo para afirmar que el sistema retributivo puede adquirir con la preceptiva evaluación del desempeño, y su reflejo en el salario, una decisiva vertiente motivadora de éste incentivando tanto el desarrollo del conocimiento y las competencias que haya de adquirir el empleado, como la imbricación de éste en la consecución de los objetivos de las Administraciones públicas.

La ausencia de desarrollo normativo generalizado del EBEP ha frustrado su puesta en marcha en buena medida, aunque nada impide, con la actual regulación, que en cada Administración pública se ponga en marcha una política salarial avanzada.

III. LA SITUACIÓN POST EBEP: AUSENCIA DE DESARROLLO GENERALIZADO Y LA TENDENCIA A LA PERVIVENCIA DEL SISTEMA ANTERIOR Y DE LA IDEA DE LAS RETRIBUCIONES VARIABLES COMO ALGO EXTRAORDINARIO AL SISTEMA RETRIBUTIVO.

Digamos previamente que el EBEP enmarca el complemento de productividad en una nueva dinámica a los efectos de cómo gestionar éste. Distinta y más integral que la que subyace en la normativa anterior. Se trata, como ya podrá haberse imaginado, de la Evaluación del Desempeño.

Su utilización resulta, pues, no solo recomendable, sino imprescindible en un moderno sistema de gestión de recursos humanos donde la motivación de los individuos y su papel en el marco de la organización se considera, cada vez más, relevante y clave en los sistemas de retribución⁶⁰. Su utilidad no ofrece dudas para la propia gestión pública ya que esta técnica permite una retroalimentación acerca de cómo funciona la Administración y qué respuestas requiere para optimizar la gestión de los recursos públicos⁶¹. En este sentido, ya desde la década de los

⁶⁰ Inclusive la implementación de un sistema de evaluación del rendimiento afecta a algo más. Como indica VILLORIA MENDIETA, M. y DEL PINO MATUTE, E.: "Manual de gestión de recursos humanos en las Administraciones públicas", Madrid, 1997, pág. 327, "El problema no es que un modelo de evaluación del rendimiento afecte al modelo de remuneraciones, al proceso de promoción, a la planificación global de los recursos o al modelo de formación. El problema es que sin un buen modelo de evaluación del rendimiento no puede haber un buen sistema de promoción, de formación, de desarrollo, de remuneraciones o de planificación, pues dicha evaluación aporta elementos esenciales para el adecuado establecimiento del sistema.

⁶¹ En cuanto a los métodos para llevar a cabo estos sistemas de evaluación del rendimiento puede consultarse VILLORIA MENDIETA, M. y DEL PINO MATUTE, E.: "Manual de...", op. cit., pág. 334 que distinguen entre: métodos

ochenta, las organizaciones internacionales han venido poniéndolo de relieve⁶² e, inclusive, las organizaciones sindicales admiten la necesidad de implementación del mismo.

Y es que, de esta forma, el artículo 24 de éste no puede leerse, en forma independiente, del artículo 20 dedicado a la evaluación del desempeño. En efecto, parece propio de ésta evaluar «el grado de interés, iniciativa o esfuerzo con que el funcionario desempeña su trabajo y el rendimiento o resultados obtenidos». Bien es cierto que la evaluación del desempeño atiende, asimismo, a otras finalidades siendo esta solo una parte de lo que se mide, o puede medirse, en sede de evaluación del desempeño. Y que también podría, como seguramente habrá de serlo, la que se establezca con carácter general (promoción profesional, formación, etc...) y la referida a la valoración de los factores que ameritan la percepción de este complemento.

Pero lo cierto es que, no habiéndose desarrollado el EBEP con carácter general, su aplicación está por analizar. Aunque lo cierto es que se pueden significar algunos procesos ya emprendidos o en ciernes de serlo.

En la Administración General del Estado son de destacar son dos iniciativas. La primera de ellas el Plan de Experiencias piloto de la AGE. Y es que en la AGE se han llevado a cabo experiencias con distintos grados de desarrollo y de efectos. En algunos casos, se ha contado con una implantación plena de algún sistema de evaluación del desempeño, siendo desde hace tiempo un instrumento más en la gestión normal de algunas organizaciones, como la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, el Centro de Investigaciones Energéticas, Medioambientales y Tecnológicas (CIEMAT) o el Organismo Autónomo Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo, por citar solo algunos ejemplos.

De mayor interés ha sido el Plan inicial de difusión y fomento experimental de la evaluación del desempeño en la Administración General del Estado, que en su momento lanzó la Secretaría de Estado para la Función Pública⁶³. Dicho Plan perseguía dos objetivos:

centrados en el ejecutor (análisis de rasgos y habilidades personales); métodos centrados en la comparación (por pares, ranking y distribuciones forzadas); métodos centrados en los resultados (gestión por objetivos y resumen valorativo del rendimiento); y métodos centrados en la conducta (por factores, incidentes críticos y descripciones predeterminadas de conducta), aunque los más frecuentes son los que se centran en métodos basados en definición de objetivos y actividades del puesto y subrayan la importancia de la participación del trabajador para que dicha técnica alcance resultados eficaces

⁶² La V Reunión de expertos del programa de Naciones Unidas en materia de Administración (1983) concluyó que "... Estudiar los resultados obtenidos, apreciar el comportamiento profesional y atribuir primas de rendimiento y primas especiales... era un elemento imprescindible del cambio organizacional y la O.I.T. (Organización internacional del trabajo) señaló que sólo el 40% trabajadores perciben retribuciones ligadas al desempeño. En este sentido, sólo algunas administraciones públicas, lógicamente con mayor éxito en unas que en otras, han intentado implementar estos sistemas (España, E.E.U.U., Canadá, Noruega, Reino Unido...), pero, ciertamente, es constante la opinión favorable a favor de estos sistemas. De esta forma, puede consultarse el Informe de la OCDE "Performance Management in Government: Performance Measurement and Results-Oriented Management, nº 3, París, 1994 o el documento elaborado por ALLEN SCHICK, A., "Contemporary Approach to Public Expenditure Management, Economic Development Institute of the World Bank, 1998.

La evaluación del desempeño proporciona, junto a la información conducente a la cuantía de retribución del complemento de productividad, otra información que podemos sistematizar en la siguiente:

1. Proporcionar información relativa a decisiones administrativas (régimen disciplinario, provisión de puestos de trabajo, planificación, control y rendición de cuentas....).
2. Información a los individuos de la organización útil para el desarrollo individual y para su formación.
3. Validación o no de otros instrumentos utilizados para la gestión de los recursos humanos (sistemas de selección...).
4. Documentación precisa para la toma de decisiones en materias de personal.

⁶³ Puede verse, respecto del mismo, González de Herrero-Fernández, P. Y Pérez-Baroja Verde, I., Plan de experiencias piloto en Evaluación del Desempeño de la Administración General del Estado, Boletín de Función Pública, nº 6, 2011, págs. 55 y ss.

- En primer lugar, crear cultura administrativa en evaluación del desempeño previa a su implantación definitiva, facilitando tanto la información con el conocimiento sobre esta herramienta de gestión de recursos humanos entre todos los empleados públicos, a través del impulso de las acciones formativas;
- Y en segundo lugar, la realización práctica, contrastada y coordinada de experiencias piloto en evaluación del desempeño, con el objeto de perfeccionar la aplicación de metodologías adecuadas.

Con posterioridad es de destacar son los trabajos, por su incidencia en la metodología para la percepción del complemento de productividad del Grupo de trabajo sobre evaluación del desempeño en el marco de la Comisión de Coordinación del Empleo Público de noviembre de 2013, con el fin de servir de plataforma para la reflexión conjunta sobre criterios y problemas comunes a la hora de abordar en cada Administración Pública el desarrollo del artículo 20 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.⁶⁴

Por su parte, las Comunidades Autónomas que han procedido al desarrollo del EBEP si han contemplado previsiones específicas. A saber:

- Baleares.

Su norma dictada a la par que el EBEP no contiene ningún elemento de interés. La misma, con una cierta confusión con otros conceptos retributivos en su inciso final, establece en su artículo 121.3 c) que el complemento de productividad retribuirá la especial dificultad técnica, la responsabilidad, la dedicación o la incompatibilidad que concurren en determinados puestos de trabajo, o las condiciones especiales en las que se ejercen las funciones⁶⁵.

⁶⁴Puede consultarse en <http://www.femp.es/files/566-1503-archivo/Conclusiones%20Grupo%20de%20Trabajo%20Evaluación%20del%20desempeño.pdf>.

El mismo destaca que la evaluación del desempeño, de acuerdo con los artículos 20 y 24 del EBEP, deberá servir de base objetiva para la determinación- en su caso- de la parte de las retribuciones complementarias vinculadas al grado de interés, iniciativa o esfuerzo con el que el funcionario desempeña su trabajo y el rendimiento y resultados obtenidos.

En este ámbito el EBEP remarca además que para la aplicación de las retribuciones complementarias se requerirá la aprobación previa de un sistema objetivo que permita evaluar el desempeño de acuerdo con lo establecido en los apartados 1 y 2 del mismo artículo 20, es decir, que permita valorar la conducta profesional y el rendimiento o el logro de resultados y que se adecue a criterios de transparencia, objetividad imparcialidad y no discriminación, y que se aplique sin menoscabo de los derechos de los empleados públicos.

Por tanto, la ED deberá, sin lugar a dudas, formar parte algún modo de las retribuciones complementarias sin que por ello, no obstante, éstas deban ser fijas ni periódicas, ni suponer una cuantía igual para todos los funcionarios de un mismo grupo, cuerpo o escala. De hecho, los principios enunciados de manera expresa por el EBEP y el conjunto de derechos de los empleados públicos recogidos en el mismo, deben ser respetados pero no por ello las consecuencias que se deriven supondrán unas retribuciones iguales para todos sino que, de acuerdo con un sistema objetivo aprobado en los términos generales establecidos por el EBEP, podrá o deberá permitir que tales retribuciones complementarias o parte de ellas, sean diferentes en cada caso según los diferentes resultados de la evaluación del desempeño.

En este sentido, de acuerdo con el artículo 24 del EBEP, la estructura y la cuantía de las retribuciones complementarias vendrá definida por cada Ley de desarrollo del EBEP, por lo que cada normativa, estatal o autonómica, vendrá en cierto modo a matizar el grado de vinculación de la ED en la composición de dichas retribuciones y, a partir de esa previsión legal, cada Administración Pública deberá determinar en su ámbito el sistema en que deba basarse esa concreta evaluación y en qué medida se refleja su resultado en la parte de las retribuciones complementarias concretamente vinculada a la ED.

⁶⁵ Ha de tenerse en cuenta el Acuerdo del Consejo de Gobierno [BALEARES] 23 septiembre 2011, por el que se adoptan medidas para reducir el déficit público, en relación con los gastos de personal correspondientes al complemento de productividad y las gratificaciones al personal funcionario al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares y de los entes que integran el sector público instrumental de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares incluidos dentro del ámbito de aplicación del D 85/1990, 20 septiembre, por el que se regula el régimen retributivo de los funcionarios al servicio de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares («B.O.I.B.» 27 septiembre).

Como puede verse algo completamente alejado de lo que se viene propugnando desde estas líneas. Se confunden conceptos propios del puesto de trabajo con una retribución que debe estar ligada a los resultados que se obtienen.

- Castilla-La Mancha.

Con la denominación de “incentivos por objetivos” dedica la Ley el apartado 5 del artículo 85 estableciendo que las Administraciones públicas de Castilla-La Mancha podrán establecer un incentivo por objetivos que retribuya el grado de interés, iniciativa o esfuerzo con que el personal funcionario desempeña su puesto de trabajo o el rendimiento o resultados obtenidos. Su percepción no será fija y requerirá la aprobación previa de un sistema objetivo que permita evaluar el desempeño de acuerdo con lo establecido en los apartados 2 y 3 del artículo 66. Las cuantías individuales del incentivo por objetivos serán públicas.

Seguramente por el descrédito que el mal uso del complemento de productividad había producido, la legislación de desarrollo, al menos la mayoría de ella, está evitando utilizar esa denominación. No es una excepción la legislación de Castilla-La Mancha que utiliza la denominación que encabeza este epígrafe que, eso sí, creo que compromete más e indica que se va en la buena dirección.

La legislación castellano-manchega se limita a reproducir, más o menos, lo que ya se establecía para el complemento de productividad, y también, a fuerza de querer incidir en los mismos errores, en establecer este complemento como algo de carácter voluntario. Apuntemos, en este sentido, que este es uno de los elementos con mayor fuerza transformadora que impulsa la reforma de la legislación de empleo público ¿Y se establece de forma voluntaria?. Aún más paradójico es que se establece de forma obligatoria la evaluación del desempeño, pero la misma ¿puede no tener efectos económicos?. Estoy seguro de estar equivocado y que, conforme al espíritu que en su momento inspiró al EBEP vaya calando, no se reitere el fatal error de los complementos de productividad donde “me conviene”, pues esa previsión no casa ni con el espíritu del EBEP ni con pretender, mínimamente, cambiar el estado de cosas existentes en el empleo público. La retribución variable debe de ser, de forma ordinaria, un componente de la retribución.

- Valencia.

El artículo 76 de la Ley establece en su apartado c) el complemento de actividad profesional, que retribuye el grado de interés, iniciativa o esfuerzo con que el personal funcionario desempeña su trabajo y el rendimiento o resultados obtenidos.

Se aclara que su percepción no será fija y periódica en el tiempo y exigirá la previa planificación de los objetivos a alcanzar y la posterior evaluación de los resultados obtenidos.

De nuevo, y como en el caso anterior, no se establece como un elemento obligatorio del sistema. Así la norma establece que será requisito indispensable, para su percepción, la previa consignación presupuestaria en el programa correspondiente, que la persona responsable del centro directivo en el que preste servicios el personal funcionario, conforme a la normativa presupuestaria correspondiente, determine la cuantía individual del complemento, y el grado de interés, iniciativa, esfuerzo y compromiso profesional con la organización del personal funcionario en la consecución de los objetivos previamente establecidos y que, asimismo, se certifique por el órgano competente el resultado positivo de la evaluación realizada en relación con la consecución de dichos objetivos.

En la administración de la Generalitat, la aplicación del complemento de actividad profesional se efectuará de acuerdo con los criterios establecidos por el Consell Interdepartamental de Retribucions (CIR) como órgano colegiado encargado de coordinar las actuaciones en materia de relaciones de puestos de trabajo y de retribuciones del personal de la administración de la Generalitat que, de conformidad con la normativa vigente, estén atribuidas conjuntamente a las consellerías competentes en materia de función pública y de presupuestos y gastos.

La percepción de este complemento deberá ser autorizada, previamente, por el Consell u órgano competente de la administración pública correspondiente y será objeto de publicidad al resto del personal funcionario del organismo y a la representación sindical.

Otras experiencias de interés, en trámite o como experiencia, aunque no ligadas exclusivamente a la percepción del complemento de productividad, son las que siguen:

- Asturias.

Bien que ligado a la implantación de la carrera horizontal conviene también resaltar, por el interés de la metodología aplicada, a la Resolución de 30 de noviembre de 2012, de la conserjería de Hacienda y Sector Público, por la que se aprueban los modelos normalizados a utilizar en la evaluación del Desempeño y en la fijación de objetivos colectivos dentro del sistema de la Carrera Horizontal de los funcionarios de la Administración del Principado de Asturias. Esa Resolución por la da desarrollo, a su vez, al Decreto 37/2011, de 11 de mayo, por el que se aprobó el Reglamento de la carrera horizontal de los funcionarios de la Administración del Principado de Asturias u al Acuerdo de 5 de octubre de 2010 de mesa General de negociación del Principado de Asturias hizo extensiva la normativa reguladora de la carrera horizontal y evaluación para el personal para el personal funcionario de carrera al personal laboral fijo de la Administración del Principado de Asturias⁶⁶.

- Cataluña.

En Cataluña tampoco se ha implementado de forma generalizada, salvo casos muy concretos, y solo ha habido distintas pruebas de evaluación del desempeño en la Generalitat y la Diputación de Barcelona si bien sin efectos o con limitadas consecuencias sin impacto en los complementos retributivos⁶⁷.

- Euskadi.

Con independencia de las experiencias ya puestas en marcha en esta Comunidad Autónoma que han de calificarse de gran acierto por su rigor⁶⁸, el Proyecto conocido en Euskadi es, sin duda, una regulación mucho más acertada que las conocidas hasta el momento.

Parte dicho Proyecto, en el artículo 126, de establecer unos principios que han de orientar el sistema retributivo y que ya indican, bien a las claras, un planteamiento sustancialmente distinto respecto de este tipo de complementos. Los principios enumerados son los siguientes:

- a) Suficiencia de las retribuciones del personal empleado público vasco, con el fin de que el servicio público sea la función exclusiva de dichos empleados, y adecuación a las responsabilidades y funciones, al cumplimiento de las tareas y al desempeño realizado en cada puesto de trabajo.
- b) Sostenibilidad de las retribuciones en el marco de los recursos públicos disponibles.
- c) La igualdad retributiva entre mujeres y hombres.

⁶⁶ Disposiciones reglamentarias dictadas en desarrollo de la modificación acontecida en su Ley de Función Pública por Ley 5/2009, de 29 de diciembre. Un análisis del procedimiento puede verse en SALGADO, J.F y CABAL, A.L, "Evaluación del Desempeño en la Administración Pública del Principado de Asturias: Análisis de las Propiedades Psicométricas", *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones* Vol. 27, n.º 2, 2011 - págs. 75-91

⁶⁷ Puede verse el estudio coordinado por Julio Gómez-Pomar y Gayle Allard El impacto de la Evaluación del Desempeño en las Administraciones Públicas, PwC y IE, Madrid, Septiembre de 2008

⁶⁸ Un estudio de éstas puede verse en GORRITI BONTIGUI, M. y TOÑA GÜENAGA, F. "El nuevo modelo de organización y recursos humanos en la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco", *Presupuesto y Gasto Público*, 41/2005, págs. 245-270. Asimismo, puede consultarse esa experiencia en http://bci.inap.es/alfresco_file/6a71c9d4-b9f2-49cd-bafa-7212c4327130.

d) La implantación de un sistema retributivo que contenga un componente de retribuciones variables vinculado a la actividad desempeñada.

e) Integración efectiva en el modelo de gestión de recursos humanos.

f) La transparencia y publicidad de las retribuciones del personal empleado público vasco, al objeto de que las y los ciudadanos puedan conocer en todo momento la cuantía y el desglose de tales percepciones.

Y, en su artículo 129.2 establece que las Administraciones Públicas Vascas, de acuerdo con el modelo concreto de empleo público que adopten, podrán establecer la estructura de sus retribuciones complementarias incorporando todos o algunos de los siguientes complementos (lo que obviamente no sería de aplicación a este complemento dado lo dicho con anterioridad y hay que entenderlo referido a los componentes retributivos referidos a la carrera profesional según el modelo que se escoja). Y así establece en su apartado C el complemento por resultados en la gestión.

Este indica el texto legal tendrá carácter variable en función del cumplimiento de los objetivos definidos para cada período. Su percepción no será fija ni periódica en el tiempo y exigirá la previa determinación de objetivos en la unidad de gestión correspondiente, así como la posterior evaluación objetiva, previa definición de los indicadores de medición, de los resultados obtenidos.

Aunque no deja de suscitar dudas la última previsión según la cual el sistema de asignación de este complemento y su cuantía concreta se determinará **en caso que proceda su retribución** por cada Administración Pública. Las cuantías globales máximas a abonar por dicho concepto deberán estar previstas para cada anualidad en la respectiva Ley de Presupuestos, en la Norma Foral de Presupuestos anuales de cada Territorio Histórico o en los Presupuestos de las entidades locales.

- Aragón.

Esta Comunidad Autónoma también dispuso de un Proyecto de Ley que abordaba dicha materia. En su artículo 93 apartado C establecía el denominado Complemento variable vinculado a objetivos.

Asimismo, se establecía que su percepción no será ni fija ni periódica en el tiempo y exigirá la previa planificación de los objetivos a alcanzar y la posterior evaluación de los resultados obtenidos.

Y se establecía determinadas salvaguardas, a saber:

* La percepción de este complemento deberá ser autorizada previamente por el órgano de gobierno de cada Administración Pública, precisando así mismo su consignación presupuestaria en el programa correspondiente.

* Las cuantías así devengadas serán objeto de publicidad y de comunicación a la representación sindical.

* Cuando se trate de puestos de carácter directivo, el complemento variable vinculado a objetivos retribuirá especialmente los resultados obtenidos en su gestión, en relación con los objetivos fijados.

IV. LA VERDADERA FINALIDAD DEL COMPLEMENTO DE PRODUCTIVIDAD EN EL CONTEXTO ACTUAL DE NUESTRA FUNCIÓN PÚBLICA.

1. La necesaria concepción integral del sistema.

En la actualidad, un sistema retributivo que quiera responder a los movimientos de cambio que la Administración y la gestión pública vienen requiriendo exige, y no parece que sobre esto exista la menor duda y lo hemos podido aquilatar al analizar las tendencias existentes en el Derecho

comparado, el cumplimiento de diversos objetivos que no se circunscriben únicamente a una contraprestación monetaria realizada por el esfuerzo del trabajo. Efectivamente, otros aspectos de la gestión de recursos humanos, tales como la selección y mantenimiento en los puestos de trabajo de competentes profesionales, la motivación y calidad de la vida laboral o el reforzamiento de la cultura de la organización están íntimamente ligados a la existencia de una adecuada retribución. Nótese que se ha aludido a una "adecuada" y no a una "alta" retribución, pues, ambos términos, no son necesariamente sinónimos y su confusión, excesivamente frecuente, provoca no pocos fenómenos de desvíos en la finalidad y sentido de la estructura retributiva.

Cabe decir, en esta línea, que es preciso que la retribución responda a dos criterios esenciales: el criterio del puesto, buscando una equidad interna y externa del mismo para lo cual la descripción y valoración de puestos de trabajo será un instrumento imprescindible para determinados componentes del sistema retributivo (en el actual sistema para los complementos de destino y específico); en segundo lugar, el criterio de la persona, que, junto a factores que en nuestra sistema de función pública aparecen ligados a la competencia (titulación y formación) y la antigüedad (retribuciones básicas), se orienta a retribuir el potencial y el efectivo desempeño del trabajo (complemento de productividad)⁶⁹.

En realidad, si todos los elementos del sistema desempeñan un determinado papel, éste último es esencial, pues, con carácter general, existe cierta tendencia a no sentirse bien retribuido⁷⁰, por lo que tras un periodo de permanencia en un determinado puesto de trabajo las retribuciones necesariamente ha de asociarse a la motivación si se pretende combinar las aspiraciones de la persona a la eficacia organizacional.

En consonancia con ello, la estructura retributiva de la Ley 30/1.984, contemplaba, como se ha expuesto a lo largo del presente trabajo, con un carácter complementario el complemento de productividad destinado, dice la norma legal, a retribuir el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés e iniciativa con el que el funcionario desempeña su trabajo. Su inserción en la estructura retributiva tiende, por tanto, a compensar las insuficiencias de ésta cuando sólo se atiende al aspecto objetivo (puestos de trabajo) sin tener en cuenta cómo éstos se desempeñan o aspecto subjetivo (rendimiento). Ciertamente las experiencias de implementación de políticas serias de medición de la productividad han venido acompañadas, en no pocas ocasiones, de cierta arbitrariedad en su aplicación y de dificultades en la acreditación objetiva de la misma en los funcionarios denominados de "cuello blanco", pero también es cierto que esas deficiencias detectadas pueden corregirse y que ya empezamos a tener una cierta experiencia en la evaluación.

Pero como también se ha reiterado, una concepción sistémica de nuestra función pública exige adoptar una perspectiva integral desde la cual los diversos elementos de ésta coadyuvan a un desarrollo armónico del conjunto. Esto ocurre con el complemento de productividad, y no en menor medida con el procedimiento para hacerlo efectivo, en la medida en que obliga a realizar

⁶⁹ Véase al respecto FERRI, J.: "Motivación y retribuciones", en el volumen colectivo La gestión de recursos humanos en las Administraciones públicas, Madrid, 1995, pág. 157 que estima que "Mediante el desempeño, o mejor, su evaluación se valoran diferencias individuales de rendimiento con efectos retributivos. La valoración puede reflejarse mediante incrementos diferenciales de las retribuciones fijas en función de los méritos, o mediante sistemas de incentivos canalizados a través de la remuneración variable. En el primer caso, las cantidades extra asignadas se consolidan, por lo que la influencia en el rendimiento es moderada aunque sostenida en el tiempo; en el segundo caso, los incentivos tienen un efecto inmediato y no se consolidan. El instrumento utilizado para la aplicación suele ser el de apreciación del desempeño".

⁷⁰ Una encuesta del CIS de julio de 1993 señalaba que el 76% de los funcionarios se considera mal pagado por lo que hace, y, a pesar de que pueda parecer sorprendente según la consideración que parece tener nuestra opinión pública respecto de la burocracia pública, la citada encuesta puso de relieve que el 77% de los funcionarios desearían un sistema de remuneración que retribuyese realmente el rendimiento. BELTRAN, M., en la obra citada, pág. 47, indica, ya en el año 1985, que los estudios ponen de relieve que la mitad de los entrevistados indican como primer criterio del que debieran depender las retribuciones complementarias la actividad realmente desarrollada.

una reflexión sobre el efectivo funcionamiento de las unidades administrativas. En concreto, visto desde el lado de la organización pública, los procedimientos de evaluación del desempeño permiten la consecución de diversas finalidades, entre otras las siguientes: conocer el rendimiento de los funcionarios públicos, tanto individual como en conjunto con su unidad de trabajo, en relación con los objetivos de la organización en que prestan sus servicios; determinar sus requerimientos, insuficiencias, posibilidades de desarrollo y necesidades de formación; proporcionar información relevante en orden a la estructuración imparcial de una política dirigida a la progresión en la carrera administrativa; estructuración de unidades de trabajo; la aplicación motivada y fundamentada del régimen disciplinario; proporcionar información a los empleados públicos a fin de que conozcan su real contribución a la organización y sugerirle los cambios que necesitan realizar en su comportamiento, sus actitudes, sus capacidades o su conocimiento de las finalidades y objetivos de la organización; integrar los intereses individuales con los del organismo público, mejorando el sentido de afiliación y pertenencia, etc.

En este sentido, y según venimos insistiendo, la introducción de una política que prime el rendimiento y el resultado no se consigue exclusivamente con una ligazón de éste a la productividad como ingenuamente pretendió la Ley de Reforma de 1984. Más necesario de todo punto, a nuestro juicio, sería conectarla con la carrera administrativa, el estatuto de derechos y deberes establecidos para los funcionarios públicos, los sistemas de selección y provisión de puestos de trabajo y el régimen disciplinario⁷¹. El EBEP abre la puerta a dicha posibilidad.

2 Una reflexión sobre los procedimientos para implementar el complemento de productividad.

Es preciso, de forma previa y antes de abordar algunas ideas sobre el procedimiento para evaluar el desempeño, señalar algunas cuestiones conceptuales referidas a la implementación de conceptos retributivos ligados al desempeño de los individuos en las organizaciones públicas más allá de tópicos generalmente utilizados⁷²:

a) Las organizaciones públicas suelen expresar sus logros en términos de los productos que utilizan u ofrecen, más que de los resultados que se obtienen. Se habla de licencias concedidas, personal utilizado, dinero empleado, etc..., pero se sabe poco de la calidad de la acción pública y normalmente se desconoce la relación exacta entre los insumos que se utilizan y los resultados que se producen⁷³.

b) No cabe desconocer las dificultades de un proceso de esta naturaleza en el sector público, dadas las dificultades de fijación de objetivos y valoración de programas que presenta éste en

⁷¹ Puede verse en torno a dicha perspectiva la experiencia de Cataluña donde la Ley 9/1994 de reforma de la Ley 17/1985 de Función Pública amplía la virtualidad del sistema que no se ciñe exclusivamente a aspectos retributivos, sino que tiene una incidencia en cuanto a la provisión de puestos de trabajo y la adquisición del grado personal. La experiencia en la aplicación de esta perspectiva puede encontrarse en LOSADA MARRODAN, C. Y XIRAU i SERRA, J., "El plan de evaluación de recursos humanos de la Generalitat de Cataluña", GAPP nº 2, 1995, págs. 67 y ss.

⁷² Como indica FERRI, J., "Motivación y retribuciones", en el volumen colectivo La gestión de recursos humanos en las Administraciones Públicas, Madrid, 1995, pág. 149 "...sabemos poco sobre la materia, apenas hay estudios que nos informen realmente sobre los motivos que conducen a ingresar y permanecer en la Administración, y menos aún sobre cuáles son las condiciones reales de vida ahí dentro, sobre como se desarrolla el trabajo, qué impulsa a algunos a trabajar realmente, y a otros no, sobre cual es su papel -y la importancia- que tienen las retribuciones en todo este asunto. Y no solamente sabemos poco sobre la materia, entre otras cosas porque hay pocos y buenos estudios, sino que además las afirmaciones que se suelen hacer, como que los funcionarios cobran poco, aunque para lo que trabajan..., son tópicos, que resultan difíciles de verificar, si no son falsedades.

⁷³ OSBORNE, D. y GAEBLER, T., "La reinención del Gobierno, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1995 afirman, en su ya clásica obra (págs. 165 y ss.) que los gobiernos burocráticos tradicionales han centrado su atención en cuantificar sus actividades sin atender a lo primordial: la calidad de sus resultados. Para estos autores: lo que se mide se hace; si no se miden los resultados, no se puede distinguir entre el éxito y el fracaso; si no se puede reconocer el éxito, no se le puede recompensar ni aprender de él, probablemente se recompense el fracaso y éste no se pueda corregir.

relación con el sector privado debido a las variables situacionales que concurren en el sector público como la naturaleza de los destinatarios de los servicios, la situación de monopolio en que se prestan la mayoría de los servicios públicos, las restricciones políticas, legales y constitucionales, las expectativas y demandas públicas y la incidencia de las retribuciones en otros factores como el gasto público con su incidencia en la política económica, sobre todo por la tendencia real de que los costes de personal en las organizaciones públicas tienden a hacerse, por un conjunto de razones en mayor o menor medida justificadas, fijos en la estructura.

c) La productividad de una organización pública no es exactamente un concepto idéntico al rendimiento de los empleados en la misma, pues la productividad de una organización, sobre todo del sector público, depende de múltiples factores, entre ellos las deficiencias de organización o de gestión (diseño del puesto de trabajo, sistemas y métodos utilizados, formación, condiciones de trabajo, perspectivas de desarrollo....) y, qué duda cabe, la distinta naturaleza del trabajo desarrollado y del beneficio esperado⁷⁴.

d) No obstante, hay una importante conexión entre motivación y rendimiento en las organizaciones públicas⁷⁵, lo que aconseja que las organizaciones públicas desarrollen estrategias para fomentar la motivación de los empleados que prestan sus servicios en las mismas, de forma tal que, junto al cumplimiento de los objetivos de la organización, se plasmen las aspiraciones personales de éstos⁷⁶.

⁷⁴ La complejidad multifactorial de la productividad administrativa ha sido puesta de relieve por diversos trabajos que subrayan al menos cuatro perspectivas: económicas, de comportamiento, organizativas e institucionales. Véase THIRY-CHERQUES, H.R., "La guerra sin fin sobre la productividad administrativa", Revista del Clad, nº 5, 1996, págs. 143 y ss.

⁷⁵ La mayoría de las teorías sobre motivación tienen su base en la satisfacción de las necesidades personales. En efecto, MASLOW ("A Theory of human motivation", Psychological Review, Julio de 1943) distinguió tres clases de necesidades del individuo:

1. Necesidades psicológicas.

2. Necesidades sociales.

3. Necesidades de seguridad: * Si la retribución es suficiente se satisfacen las necesidades de seguridad. * El trabajo y la forma en que se realiza debe también satisfacer sus necesidades sociales y psicológicas (reconocimiento). Estos últimos aspectos no se logran exclusivamente mediante la cuantía de la retribución y han de valorarse otros aspectos cómo: pertenencia a determinados grupos, capacidad de decidir, variedad e interés de las tareas encomendadas.

Por su parte HERZBERG ("The motivation to work", New York, 1959), existen una serie de factores extrínsecos (salario y condiciones de trabajo principalmente) que pueden ser motivo de satisfacción. No obstante, factores intrínsecos como la afiliación (necesidad de calor humano, compañerismo o amistad), el poder (como forma de controlar e influir en los demás) y el logro (aptitud positiva ante la superación de sí mismo) son factores que influyen decisivamente en la motivación de los trabajadores.

McGREGOR, por su parte, contrapuso la teoría de la motivación tradicional de carácter mecanicista (teoría X) con una visión motivacional más humanista (teoría Y) basado en más en una gerencia de la organización que hace hincapié más en la consecución de objetivos que en el control por lo que es importante desarrollar una serie de estrategias para la motivación: descentralizar, delegar, responsabilizar a los niveles más bajos de la estructura, desarrollar una gerencia participativa y la evaluación del desempeño.

En este sentido, la motivación va a determinar de una manera importante el esfuerzo que está dispuesto a realizar una persona para la consecución de los objetivos finalmente establecidos en una moderna dirección por objetivos.

Bien es cierto, no obstante, que las más avanzadas teorías sobre motivación en las organizaciones han cuestionado, a pesar de su simplicidad, lo expuesto por los autores anteriores, las denominadas teorías de contenido, y han enfocado el problema de la motivación en los procesos Teorías path-goal o camino-meta, expectativa-valencia de Vroom, equidad de Adams, establecimiento de metas de Locke, etc...). Entre estas últimas destacan la teoría de los impulsos (identifica en el pasado las experiencias que dan como resultado cierta fuerza de hábito) y las expectativas que, por el contrario, se orienta hacia el futuro que se resume en que todas las personas esperan obtener una recompensa por su trabajo que, además, se corresponda con el esfuerzo realizado lo que puede llevar a un alto desempeño que equitativamente recompensado lleva a la satisfacción personal.

⁷⁶ Véase al respecto, DELGADO PADIAL, A.: "Motivación y satisfacción laboral en la Administración pública", en el volumen colectivo Los recursos humanos en el sector público, Madrid, 1995.

Advertido ello, digamos algo más sobre el procedimiento para evaluar el desempeño que pueda ayudar a reflexionar a quien tenga a su cargo el desarrollo y aplicación de la norma.

Dejemos sentado desde el principio que esta materia, por su propia naturaleza y las exigencias de regulación, sólo debe tener en la legislación de desarrollo un reflejo mínimo, aunque suficiente para dejar claramente establecido el modelo de evaluación a implantar, a saber: principios, criterios básicos de regulación posterior y reglas de funcionamiento del sistema y de su organización.

Esto exige, de forma previa, un necesario estudio de la organización a fin de determinar donde se quiere ir y qué objetivos se pretenden conseguir con el establecimiento del sistema⁷⁷. Es obvio que la implantación del mismo tendrá repercusiones, tanto en el sistema de carrera, como debiera tenerlo en el sistema retributivo según ya indicábamos, pero no sólo ya que aspectos, y sólo es a título de ejemplo, como la formación de los empleados públicos, la provisión de puestos de trabajo de carácter singularizado o el régimen disciplinario pueden ser afectados por éste.

Desde este punto de vista se pueden realizar las siguientes observaciones:

1º El procedimiento de evaluación del desempeño ha de concebirse de forma integral y estratégica para producir los cambios que requiere el sistema de empleo público, es decir, debe tener su necesaria influencia en todos los subsistemas que integran el empleo público una vez que el empleado público ingresa en la organización⁷⁸.

2º Hay que determinar qué se pretende evaluar y qué consecuencias tiene la evaluación qué se realice.

Esto exige determinar si se quiere evaluar desempeños conductuales (valorar la conducta del empleado en relación al desempeño de sus tareas, su interacción con los compañeros, conductas contra productivas, su contribución a la tarea colectiva, etc...), o en forma alternativa o acumulativa, si lo que se pretende es medir la consecución de logros y objetivos (rendimiento). Debe tenerse en cuenta que, en este segundo caso, es requisito ineludible de un sistema de evaluación atinente al rendimiento la previa definición de objetivos y la opción por si se realiza grupal o individualmente.

En este sentido, el artículo 20 EBEP y la Ley presentada optan por un sistema dual⁷⁹, es decir, que valore la conducta profesional de los empleados públicos y que también, y sin perjuicio de lo anterior, pueda valorar el rendimiento de los empleados públicos.

⁷⁷ Así lo detecta, con buen criterio, la norma aprobada que establece en su artículo 66.4 que la aplicación de los sistemas de evaluación del desempeño requiere un análisis y descripción de los puestos de trabajo que incluya, como mínimo, las funciones de los puestos de trabajo y sus estándares e indicadores de rendimiento, lo cual debe ser puesto a disposición de las personas que ocupen los puestos de trabajo en el momento de su incorporación.

⁷⁸ En el caso de Castilla-La Mancha el artículo 66.8 de la norma exprestamente se establece el periodo de tiempo evaluado no se valore como experiencia en los procedimientos de provisión ni en los procesos selectivos que se convoquen por los sistemas de concurso-oposición o concurso, así como, en su caso, en los procedimientos de designación de personal directivo profesional, lo que, desde luego, es un buen comienzo.

⁷⁹ El artículo 66.2 de la norma establece que la evaluación del desempeño es el procedimiento mediante el cual se mide y valora la conducta profesional y el rendimiento o logro de resultados de cada funcionario o funcionaria. Su apartado 5 establece, además, los factores que necesariamente han de ser objeto de valoración indicando que en la evaluación de desempeño deberán valorarse, al menos, los siguientes factores:

- a) Grado de cumplimiento de los estándares de rendimiento del puesto de trabajo.
- b) Cumplimiento de objetivos y metas de carácter colectivo.
- c) Responsabilidad y autonomía que se asume en el puesto.
- d) Actitud en la organización y trabajo en equipo.
- e) Orientación a las personas destinatarias del servicio.
- f) Creatividad e iniciativa.
- g) Competencia personal.

Pero, precisamente, esa doble faceta que presenta la evaluación del desempeño, a la vez que permite la consecución de las distintas finalidades a las que puede servir esta técnica, podría aconsejar dos métodos distintos y distinto grado de velocidad en su puesta en funcionamiento. Me explico. Mientras la evaluación del desempeño conductual (la que podría tener consecuencias en la carrera profesional, desempeño de puestos de trabajo, acceso a a función directiva, formación y régimen disciplinario esencialmente), sin perjuicio de que a buen seguro encontrará resistencias y exige una importante voluntad política y una necesaria capacidad técnica para su puesta en marcha, es más viable y de mayor facilidad en su implantación, la evaluación del rendimiento, como hemos dicho la que tiene que ver con los resultados que se obtienen (y que es la que tendría su repercusión en el incentivo por objetivos), tal vez exigiría unos métodos y un período de implantación distintos. Quiere decirse con ello que la implantación del sistema ha de ser concebida como un proceso, con períodos transitorios en su caso, sin incidencia económica generalizada en un primer momento, con el sucesivo tránsito de sistemas más simples a procedimientos más complejos, etc...

3º La definición del sistema que se realice ha de obedecer a unos elementales principios⁸⁰:

* Transparencia, es decir, el sistema ha de ser conocido por todos antes de su implantación (lo que aconseja algún tipo de estrategia en este sentido), en todo caso pactado y consensuado con los actores sociales y, en el caso, de la evaluación conductual a ser posible con anclajes conductuales que permitan al empleado saber, de forma previa, la conducta profesional que se espera de él.

* Objetividad y fiabilidad del sistema, no solo porque por imperativo del EBEP ha de responder a estos parámetros, sino por la legitimidad que se logra y por la previsible conflictividad judicial que provocará en un primer momento lo que recomienda que el mismo tenga algún aval científico a estos efectos.

* El sistema tiene que tener una periodicidad establecida.

* El sistema de evaluación conductual ha de ser descentralizado, tanto por el alto número de empleados a que afecta, cómo porque la conducta profesional de un empleado público ha de evaluarse allí donde se conoce. Distinto es el supuesto de la evaluación del rendimiento en que se puede optar por un sistema más centralizado.

* La evaluación que se realice debe tener suficiente relevancia y, lógicamente, discriminar a los empleados públicos por los resultados obtenidos.

* Diversidad del sistema, es decir, No puede ser, ni siquiera en las evaluaciones conductuales, un sistema único ya que todos los empleados que hagan lo mismo deben estar sujetos a los mismos criterios, pero no los que realicen actividades distintas.

4º En el caso del desempeño contextual el evaluador no puede ser, en la totalidad del sistema, ni el superior jerárquico ni el evaluado: debe completarse con los compañeros y, en su caso, con los destinatarios de los servicios⁸¹. En el caso de la evaluación del rendimiento debe ser externo a la unidad administrativa evaluada.

⁸⁰ Principios, en gran medida, que se establecen en la ley aprobada en este u otros apartados. Así el artículo 66. 3. proclama que os sistemas de evaluación del desempeño deben adecuarse, en todo caso, a criterios de transparencia, objetividad, imparcialidad y no discriminación, sin perjuicio de la discrecionalidad técnica de la evaluación, y aplicarse sin menoscabo de los derechos del personal funcionario.

⁸¹ Respecto de este punto, el apartado 6 del artículo 66, junto a prever, que la evaluación del desempeño se realizará con la periodicidad y el procedimiento que se establezca reglamentariamente, establece también previsiones al respecto que perfectamente permiten atender a lo expuesto más arriba ya que, sin establecer exhaustivamente quien la realizará, solo establece que en la evaluación participarán, en todo caso, las personas superiores jerárquicamente, aunque también podrán admitirse evaluaciones de otras personas jerárquicamente dependientes o sin relación de jerarquía, lo que permitiría atender a las reflexiones indicadas.

5º En el supuesto de la evaluación conductual se exige, casi de forma necesaria, la previa formación de los evaluadores, la confección de manuales, etc...

6º También es aconsejable, para dotar de objetividad y legitimidad al sistema, la previsión de órganos especializados para las reclamaciones⁸².

⁸²Con acertado criterio desde nuestro punto de vista el artículo 66 apartado 7 recoge que las Administraciones públicas de Castilla-La Mancha deberán crear órganos colegiados de evaluación para analizar los resultados de las evaluaciones del desempeño efectuadas, en los que participarán las organizaciones sindicales que formen parte de la mesa de negociación correspondiente al ámbito del personal objeto de la evaluación. Estos órganos podrán proponer las medidas de revisión y control que consideren oportunas.

Asimismo, serán competentes para la resolución de las reclamaciones que se presenten contra los resultados individuales de la evaluación del desempeño. Las reclamaciones que se presenten ante estos órganos colegiados sustituirán a los recursos administrativos ordinarios que procedan en los términos del artículo 107.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

El régimen jurídico de las incompatibilidades de los empleados públicos locales

Joaquín Meseguer Yebra

*Inspector General de Servicios
Ayuntamiento de Madrid*

I.- Planteamiento general

Abordar un tema tan complejo y extenso como el régimen jurídico de las incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones locales resulta, a todas luces, un reto imposible de alcanzar dada la extensión y tiempo reservado para una intervención como la que hoy nos trae aquí. Por esta razón, me limitaré a esbozar mínimamente algunos aspectos que pueden resultar interesantes para el debate y que vienen dados por la siempre actualidad de esta materia.

Contrasta el carácter de permanente evolución de esta materia con dos notas características de su normativa, particularmente, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas (en adelante, ley de incompatibilidades)¹. Ambas, por ser manifiestas, generan no pocos inconvenientes de cara a la aplicación certera y coherente de la norma. La primera de ellas tiene que ver con la brevedad y concisión de la norma estatal, que apenas alcanza a prever una mínima parte de las situaciones de hecho que hoy en día se nos plantean en este terreno.

El amparo y solución normativa que todos buscamos con cierta ansiedad cuando se nos plantea una cuestión en esta materia, quedan insatisfechos la mayor parte de las veces ante las más que evidentes carencias de la ley. Ante esta situación, cobran una especial relevancia los principios y directrices generales que inspiran esta normativa y, en especial, el que rige esta Ley: el principio de incompatibilidad absoluta. Bien es cierto que alguna de las recientes modificaciones que afectan a esta normativa (por ejemplo, la posibilidad prevista en algunas administraciones de que su personal solicite la reducción de la cuantía del complemento específico para poder ejercer actividades privadas) pone en

¹ Estas mismas notas son predicables, igualmente, de la Ley 21/1987, de 26 de noviembre, de incompatibilidades del personal al servicio de la Administración de la Generalidad (en adelante ley catalana de incompatibilidades), dentro de cuyo ámbito de aplicación se encuentra el personal al servicio de las corporaciones locales y de los entes, organismos y empresas que de ellas dependen (art. 1.2 d).

buena medida en entredicho esta premisa nuclear del régimen de incompatibilidades.

Los antecedentes normativos de la ley, la entonces clara reacción del legislador ante una regulación permisiva que había desfigurado lo que debía aparecer como un régimen estricto de incompatibilidades (la Ley 20/1982, de 9 de junio, de incompatibilidades en el sector público, que apenas cumplió un año y medio de vigencia) y los debates en sede parlamentaria del proyecto nos siguen dando hoy en día una pauta que, aunque escueta, es muy clara de lo que pretendía ser esta regulación. Ni siquiera la exposición de motivos de la ley, que con sus cuatro frases es hoy en día una *rara avis* de brevedad en el mar de excesos que nuestra viciada técnica normativa ha generado, permite atisbar un resquicio de flexibilidad cuando habla del principio fundamental de dedicación a un solo puesto de trabajo, del estricto cumplimiento de los deberes funcionariales, de la exigencia de imparcialidad e independencia, del esfuerzo testimonial de ejemplaridad y de la moralización de la vida pública.

La práctica unánime inexistencia de desarrollo normativo de esta ley por parte de las Comunidades Autónomas ha venido a intensificar las carencias en este ámbito. Sin embargo, la gestión del régimen, esto es, la aplicación práctica de la ley, ha generado tal diversidad de criterios, que podemos hablar no sólo de 20 “maneras” de aplicar la norma (Estado, Comunidades y Ciudades Autónomas), sino de casi 8.200 formas de hacerlo. Tengamos en cuenta que la ley de incompatibilidades se aprueba por el Estado en el ejercicio de su competencia constitucional del art. 149.1.18ª, en un momento histórico en el que el grueso de los efectivos del sector público pertenecía a la Administración del Estado. El devenir del Estado de las Autonomías y de la descentralización competencial –y con ella, la transferencia del personal a otras administraciones- ha determinado que el autor de la norma, en cuya administración presta servicios tan sólo un 9 por cien del volumen total de los recursos humanos en el sector público², sea, por el contrario, quien menor protagonismo asume hoy por hoy en la gestión administrativa de esta materia.

A esta dificultad se suma el hecho de que el Real Decreto 598/1985, de 30 de abril, sobre incompatibilidades del personal al servicio de la Administración del Estado, de la Seguridad Social y de los Entes, Organismos y Empresas dependientes, en principio, no se aplica al personal que desempeña, como única o principal, una actividad pública al servicio de una Comunidad Autónoma o Corporación Local (art. 1), si bien, es cierto que prácticamente todas las Administraciones acaban

² Si sumamos los efectivos de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Fuerzas Armadas, Administración de Justicia no transferida y personal de entidades públicas empresariales del Estado y otros organismos, se alcanza el 22 por ciento.

aplicándolo, si no supletoriamente, sí como un criterio válido interpretativo a falta de mayores concreciones.

La segunda nota está directamente conectada con la “antigüedad” de la ley, que en 2014 cumple treinta años. Acostumbrados cada vez más a la vida fugaz de nuestras normas, incluso de aquellas que regulan importantes aspectos de la actividad administrativa (por ejemplo, la contratación administrativa), la ley de incompatibilidades se asemeja a un raro ejemplar, casi prehistórico, cuyas previsiones parecen atender en su mayor parte a supuestos, muchos de ellos transitorios, que hoy en día bien no existen ya o bien carecen del protagonismo que antaño tuvieron (sirva como ejemplo el elenco de disposiciones transitorias que contiene la ley). Por otro lado, el desconocimiento de esta norma por parte de los jueces y tribunales, evidencia que se deduce de la lectura de las sentencias en este ámbito es, en ocasiones, escandaloso, confundiendo y mezclando reiteradamente los requisitos para el ejercicio de actividades públicas con los de las privadas, olvidando los parámetros legales para examinar la relación directa entre actividades privadas y responsabilidades públicas (que deben serlo por razón de las competencias del departamento al que se pertenece, y no en virtud del puesto de trabajo que se desempeña), realizando interpretaciones ya no extensivas sino acrobáticas, etc., lo que ha hecho un flaco favor a la necesaria claridad y coherencia de criterios en la aplicación de la ley.

Pues bien, con estos mimbres, juntarnos hoy aquí para hablar y discernir sobre este tema puede parecernos un ejercicio de prestidigitación en búsqueda de soluciones cabales, proporcionadas y ajustadas a una ley que apenas dice algo sobre la infinidad de supuestos de hecho que en nuestro día a día se nos presenta.

II.- Las últimas reformas de la Ley de incompatibilidades y las competencias locales en esta materia.

Aludimos en este epígrafe a las modificaciones recientes y específicas en la normativa básica en materia de incompatibilidades que, por otra parte, no han sido muchas y en poco o nada alcanzan a las entidades locales. En el mismo año en el que desaparece la incompatibilidad entre la percepción de la pensión de orfandad y el desempeño de un puesto de trabajo en el sector público (antigua disposición transitoria novena de la ley)³, el Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, EBEP), aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, da nueva redacción al apartado 1 del art. 16 de la ley de incompatibilidades, introduciendo una dificultad añadida a la ya compleja interpretación de este precepto. Tengamos en cuenta, no obstante, que esta nueva versión no despliega efectos hasta que se apruebe la respectiva ley autonómica de función pública en desarrollo del EBEP (disposición final cuarta.2). De esta forma, en el panorama actual tenemos comunidades autónomas que ya

³ Por Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

aplican este precepto en su nueva redacción por haber procedido a la aprobación del mencionado desarrollo –por ejemplo, Comunidad valenciana o de Castilla-La Mancha- y otras que siguen aplicando el régimen previo a la aprobación del EBEP. Cataluña podría engrosar un tercer grupo puesto que el art. 14 de la ley catalana de incompatibilidades ya disponía que no puede autorizarse ni reconocerse compatibilidad al personal que ocupe puestos de trabajo que comporten la percepción de un complemento específico por el factor de incompatibilidad.

Conjugar el dictado del nuevo apartado con la vigencia del apartado 4 del mismo art. 16 puede resultar complejo. Una interpretación coherente del precepto nos lleva a defender la existencia de distintos grados de incompatibilidad para el ejercicio de actividades privadas por razón de la percepción de complementos específicos o conceptos equiparables: uno **absoluto**, impuesto por el nuevo dictado del apartado 1 y otro **relativo**, por aplicación del cómputo derivado del apartado 4. A la luz, por tanto, de la literalidad del nuevo apartado 1 nadie podría ejercer actividad privada –salvo que estuviera exceptuada por el art. 19 de la ley- si percibe factor de incompatibilidad dentro de su complemento específico (ya lo incluya o ya perciba cantidad alguna por ese factor si aquel complemento aparece desglosado en factores)^{4 5}. De no percibir retribución por ese factor, aún podría resultar incompatible si de la suma de cantidades por el resto de los factores del complemento específico percibiese en cómputo anual por este concepto más del 30 por 100 de su retribución básica, excluidos los conceptos que tengan su origen en la antigüedad.

En la redacción previa al EBEP, la interpretación es más sencilla ya que, al margen de los colectivos en los que la incompatibilidad para el ejercicio de la actividades privadas es absoluta (véase nota a pie núm. 4 de esta página) y dejando aparte las actividades exceptuadas del art. 19 de la ley de incompatibilidades, sólo existiría compatibilidad para el ejercicio de estas actividades cuando por aplicación del art. 16.4 fuera posible.

La otra gran modificación reciente de la ley de incompatibilidades ha venido dada por la aprobación de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, y que ya vino anticipada por la aprobación de la modificación de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, llevada a cabo también el mismo año de aprobación del EBEP por la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril. Esta modificación alcanza a los arts. 4.2 y 6, y a la no aplicación de los límites que se

⁴ El personal retribuido por arancel y el personal directivo sería incompatible en todo caso para el ejercicio de este tipo de actividades, amén del profesorado universitario a tiempo completo de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2 del art. 16.

⁵ Recordemos, no obstante, que la jurisprudencia previa al EBEP se oponía frontalmente a computar determinados factores y no todo el complemento específico, a efectos de los cálculos del apartado 4 del art. 16.

desprenden del art. 12.1 b) y d) en relación con determinado personal universitario. No nos vamos a detener ahora en esta reforma, que además resulta especialmente compleja por ambigua, ya que no afecta a personal al servicio de las entidades locales sino a personal docente e investigador de las universidades públicas.

Aunque no se puede calificar como una modificación del régimen de incompatibilidades ya que no posee carácter básico y, por ello, no afecta a la ley de incompatibilidades, el Gobierno mediante el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, permitió a los funcionarios de la Administración General del Estado pertenecientes a los Subgrupos A1 y A2 solicitar la reducción del importe del complemento específico correspondiente al puesto que desempeñan al objeto de adecuarlo al porcentaje al que se refiere el art. 16.4 de la ley de incompatibilidades⁶. Esta previsión complementa la del Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de diciembre de 2011, por el que en términos similares se permitió solicitar la misma reducción a los funcionarios de la Administración General del Estado pertenecientes a los Subgrupos C1, C2 y E⁷.

Como ya vaticinaba en algunos trabajos publicados al poco tiempo de la aprobación de estas previsiones⁸, esta iniciativa que descabala los mismos principios esenciales del régimen de incompatibilidades (e incluso, del régimen retributivo y de los instrumentos de planificación de los recursos humanos) ha provocado un efecto contagio en otras Administraciones no sólo autonómicas (Canarias y Extremadura, por ejemplo, incorporan sendas previsiones en sus ordenamientos jurídicos), sino también locales (Diputación Provincial de Ávila, Cabildo Insular de Tenerife y Ayuntamientos de Palma de Mallorca, Jerez de la Frontera y Llerena, por ejemplo), lo que, en mi opinión, resulta cuando menos cuestionable desde el punto de vista competencial en relación a estas últimas. Aunque estas decisiones se amparan en la capacidad de autoorganización administrativa, no deberíamos olvidar que esta cuestión no es meramente de ámbito organizativo interno ya que está pensada única y exclusivamente para permitir una flexibilización del régimen de incompatibilidades y-en última instancia, aunque no se explicita así- una mejora de las expectativas profesionales y

⁶ Se excluye de esta posibilidad a los funcionarios que ocupen puestos en Gabinetes de miembros del Gobierno y altos cargos de la Administración General del Estado, y a los que desempeñen puestos que tengan asignado complemento de destino de nivel 30 y 29 (disposición adicional quinta del Real Decreto-Ley).

⁷ En el mismo acuerdo se autorizaba, además, la superación, también para el personal al servicio de la Administración General del Estado, del límite previsto en el art. 7.1 de la ley de incompatibilidades.

⁸ Revista CEMCI, Diario La Ley y Revista de Derecho Local de El Derecho.

económicas de los empleados públicos ante los recortes salariales de los últimos años y, por qué no decirlo, un pequeño ahorro para los presupuestos públicos.

Bien es cierto que los acuerdos que han acogido esta opción sólo hacen referencia a la posibilidad de reducir la cuantía del complemento específico hasta los límites previstos en el art. 16.4, sin mencionar la posibilidad de renuncia o reducción del factor de incompatibilidad al que solo alude el art. 16.1 de la ley de incompatibilidades en su versión “post EBEP”. En mi opinión y al amparo de la nueva redacción, no cabría nunca solicitar la reducción del factor de incompatibilidad ya que su existencia provoca, de por sí y por naturaleza, la incompatibilidad absoluta y, por tanto, parece “innegociable”.

Este debate entronca directamente con el ámbito reducido, si no casi inexistente, de competencias de la Administración local en materia de incompatibilidades del personal a su servicio. La ley estatal sólo otorga competencias a las entidades locales a la hora de permitir la superación de los topes retributivos del art. 7 para la autorización de segundas actividades públicas o para permitir la participación de los empleados públicos en más de dos Consejos de Administración u órganos de gobierno de Entidades o Empresas públicas o privadas en representación del sector público (art. 8). Ninguna otra se prevé la ley. En el ámbito de Cataluña, además, la ley permite que los plenos de las corporaciones locales puedan determinar con carácter general los puestos de trabajo del sector público que puedan desempeñarse en régimen de prestación a tiempo parcial (art. 8).

III.- Otras cuestiones relacionadas con el régimen de incompatibilidades en el ámbito de la Administración local.

De entre la multitud de las cuestiones de actualidad que suscitan alguna duda en esta materia están, entre otras, las que exponemos a continuación:

a) La publicidad de las resoluciones de autorización o reconocimiento de compatibilidad que afecten a los empleados públicos así como las que autoricen el ejercicio de actividad privada al cese de responsables locales asimilados a los altos cargos de la Administración General del Estado.

Es indudable la relevancia de esta previsión de la reciente Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, de cara a facilitar el control ciudadano del fraude de esta materia. En una época como la actual con altísimas tasas de desempleo, es más que previsible el incremento de denuncias contra aquellos profesionales de la administración que ejercen actividades privadas sin la preceptiva compatibilidad. Para que esta publicación sea realmente efectiva será preciso que los datos a publicar sean suficientemente expresivos y detallados, y que la información se actualice permanentemente.

Por lo que atañe a la publicación de las resoluciones de compatibilidad de los ex altos cargos, de acuerdo con el art. 75.8 y la disposición adicional decimoquinta de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), los miembros de las corporaciones locales que hayan ejercido responsabilidades ejecutivas en algún área y los titulares de los órganos directivos⁹ están sujetos a las limitaciones en el ámbito territorial en el que hayan ejercido su competencia, regulados en el art. 8 de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de Regulación de los Conflictos de Intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado¹⁰. Sin duda, una de las primeras dificultades a la

⁹ Tienen esta consideración los titulares de órganos que ejerzan funciones de gestión o ejecución de carácter superior, ajustándose a las directrices generales fijadas por el órgano de gobierno de la Corporación, adoptando al efecto las decisiones oportunas y disponiendo para ello de un margen de autonomía, dentro de esas directrices generales (apartado 1 de la disposición adicional decimoquinta de la LRBRL).

¹⁰ *Artículo 8 Limitaciones al ejercicio de actividades privadas con posterioridad al cese.*

1. Durante los dos años siguientes a la fecha de su cese los altos cargos, a los que se refiere el artículo 3, no podrán desempeñar sus servicios en empresas o sociedades privadas relacionadas directamente con las competencias del cargo desempeñado. A estos efectos se considera que existe relación directa cuando se den cualquiera de los siguientes supuestos de hecho:

a) Que los altos cargos, sus superiores a propuesta de ellos o los titulares de sus órganos dependientes, por delegación o sustitución, hubieran dictado resoluciones en relación con dichas empresas o sociedades.

b) Que hubieran intervenido en sesiones de órganos colegiados en las que se hubiera adoptado algún acuerdo o resolución en relación con dichas entidades.

2. Los altos cargos, regulados por esta Ley, que con anterioridad a ocupar dichos puestos públicos hubieran ejercido su actividad profesional en empresas privadas, a las cuales quisieran reincorporarse, no incurrirán en la incompatibilidad prevista en el apartado anterior cuando la actividad que vayan a desempeñar en ellas lo sea en puestos de trabajo que no estén directamente relacionados con las competencias del cargo público ocupado ni puedan adoptar decisiones que afecten a éste.

3. Durante el periodo de dos años a que se refiere el primer apartado de este artículo no podrán celebrar por sí mismos o a través de sociedades o empresas participadas por ellos directa o indirectamente en más del 10 por ciento contratos de asistencia técnica, de servicios o similares con las Administraciones Públicas, directamente o mediante empresas contratistas o subcontratistas.

4. Las personas que hubiesen desempeñado alguno de los altos cargos comprendidos en el artículo 3 deberán efectuar, durante el período de dos años a que se refiere el primer apartado de este artículo, ante la Oficina de Conflictos de Intereses prevista en el artículo 15, declaración sobre las actividades que vayan a realizar, con carácter previo a su inicio. En el plazo de un mes la Oficina de Conflictos de Intereses se pronunciará sobre la compatibilidad de la actividad a realizar y se lo comunicará al interesado y a la empresa o sociedad en la que fuera a prestar sus servicios.

5. Cuando la Oficina de Conflictos de Intereses estime que la actividad privada que quiera desempeñar una persona que hubiera ocupado un alto cargo vulnera lo previsto en el apartado 1, se lo comunicará al interesado y a la empresa o sociedad a la que fuera a prestar sus servicios, que formularán las alegaciones que tengan por convenientes. Analizadas las alegaciones, la Oficina propondrá la resolución que proceda.

6. Durante los dos años posteriores a la fecha de cese, aquellos que reingresen a la función pública y presten servicios retribuidos mediante honorarios, arancel o cualquier otra forma de contraprestación

hora de aplicar esta previsión será concretar qué puestos pueden ser calificados como de alto cargo a fin de aplicar esta previsión, dificultad mayor en los municipios de régimen común teniendo en cuenta la enumeración de órganos superiores y directivos que efectúa el art. 130 de la LBRL para los municipios de gran población.

b) El fomento de los puestos de trabajo a tiempo parcial en el régimen laboral que incentiva el Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores y su posible compatibilidad con un segundo puesto de trabajo de naturaleza privada.

En principio, ninguna especialidad en materia de incompatibilidades se deriva de la suscripción de estos contratos en el ámbito de las administraciones públicas. La actividad, al prestarse para una Administración, conserva su naturaleza de actividad pública y, por tanto, el reconocimiento de las actividades privadas se sujetará a lo previsto en los arts. 11 y siguientes de la ley de incompatibilidades. El hecho de que la prestación pública sea a tiempo parcial permitirá que las actividades privadas reconocibles lo sean con mayor dedicación/jornada –salvando las limitaciones que puedan derivarse de la percepción de conceptos equiparables al complemento específico- que si se tratase de contratos de trabajo a tiempo completo¹¹.

c) La realización de proyectos privados o por encargo público por parte de personal técnico –arquitectos o ingenieros que prestan servicios en administraciones locales en régimen laboral o funcional-.

Las previsiones que en este caso se aplicarán son las mismas que aparecen en la ley de incompatibilidades. Es cierto que el Real Decreto 598/1985, de 30 de abril, impone para este personal la exigencia de solicitar previamente la compatibilidad

económica a personas físicas o jurídicas de carácter privado se inhibirán en todas aquellas actuaciones privadas que guarden relación con las competencias del alto cargo ejercido.

¹¹ Véase el art. 12 de la ley catalana de incompatibilidades:

1. Podrá reconocerse la compatibilidad para el ejercicio de actividades privadas en los siguientes casos:
 - a) Si se ocupa un solo puesto de trabajo en el sector público en régimen de jornada ordinaria y no se supera el límite establecido por el apartado 2.
 - b) Si el cargo ocupado en el sector público requiere la presencia efectiva del interesado en la correspondiente administración pública durante un horario igual o superior a la mitad de la jornada ordinaria, solo cuando este cargo tenga la consideración de prestación a tiempo parcial.
 - c) Si se tiene autorizada la compatibilidad de un segundo puesto o actividad públicos y no superasen entre ambos la jornada máxima de la Administración.
2. Sin perjuicio de lo establecido por el número 1 del presente artículo, en ningún caso la suma de jornadas de la actividad pública principal y la actividad privada podrá superar la jornada ordinaria de la Administración incrementada en un 50%.

para el ejercicio de la profesión libre, que deberá complementarse con una solicitud individual por cada uno de los proyectos o encargos técnicos que vaya a realizar (art. 12). Esta previsión, que fue entendida por los colectivos afectados como una carga adicional, discriminatoria y arbitraria con respecto al resto de los empleados públicos fue, sin embargo, validada por el Tribunal Supremo que veía en esta “doble” solicitud y reconocimiento previo la garantía necesaria de los principios que la ley exige. Para reducir los inconvenientes que supone esta restricción, las normas procedimentales previeron un procedimiento con plazos más abreviados.

El que no sea de aplicación el Real Decreto 598/1985, de 30 de abril, no impide que las entidades locales exijan a los solicitantes de compatibilidad toda la información que resulte necesaria para poder reconocerla, ya que sólo de esta manera puede garantizarse el interés público que ha de ser salvaguardado. Además de los requisitos de jornada y retributivos, habrá que prestar especial atención a la prevención de los conflictos de intereses que se puedan generar de reconocerse algunas actividades privadas que deben autorizarse o inspeccionarse desde los servicios municipales.

Por otra parte, está la cuestión relativa a la posibilidad de que estos empleados públicos desempeñen segundas actividades privadas para entidades públicas. Para ello, la Inspección General de Servicios de la Administración Pública, la IGSAP, aprobó el criterio 11/VII.86 que aún hoy muchas administraciones públicas siguen aplicando. A los efectos de la aplicación del régimen de incompatibilidades, dice esta instrucción, el ejercicio libre de una profesión no pierde el carácter de actividad privada aun cuando se realice por encargo de una Administración Pública. Tras numerosas disquisiciones el criterio concluía interpretando que los empleados públicos pueden realizar encargos profesionales para una Administración Pública con las siguientes limitaciones: que no provengan de la misma Administración en la que prestan servicios, que no exista relación directa entre la actividad privada y las competencias de su Departamento, Ente u Organismo, y que se solicite y obtenga el previo reconocimiento.

d) Las incompatibilidades del cuerpo de Policía Local.

Frente a una interpretación especialmente restrictiva del régimen de incompatibilidades de los miembros de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad se ha evolucionado hacia otra distinta tendente al sometimiento de este personal al régimen común previsto para todo el personal al servicio de las Administraciones Públicas. Recordemos que en un primer momento la previsión del art. 6.7 de la Ley

Orgánica 2/1986, de 13 marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (LOFCS)¹² se tradujo en la denegación de toda solicitud de compatibilidad, tanto para el ejercicio de actividades públicas como privadas, siempre que no tuviese encaje en la relación de actividades exceptuadas –no sujetas- del régimen de incompatibilidades del art. 19 de la ley estatal.

No obstante, las dudas interpretativas suscitadas por este precepto se solventaron en la jurisprudencia posterior (el TSJ de Madrid ha desempeñado un papel especialmente relevante en este ámbito al resolver el grueso de los recursos contencioso-administrativos por denegaciones de solicitudes de miembros de la Guardia Civil y Policía Nacional y, ocasionalmente, en relación a policías locales en el ámbito de la Comunidad de Madrid), que remite *in totum* a la legislación sobre incompatibilidades, y en las normas reguladoras del régimen disciplinario de este personal como pone de manifiesto, sólo a título de ejemplo, la disposición final sexta de la LOFCS, introducida por la Ley Orgánica 4/2010, de 20 de mayo, del Régimen Disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía, que dispone que *"sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6.7 de esta Ley, los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía estarán sometidos al mismo régimen de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas (...)".* Recordemos que la disposición final sexta de la Ley Orgánica 4/2010, de 20 de mayo, establece que esta previsión será aplicable a los Cuerpos de Policía Local de acuerdo con lo previsto en la legislación orgánica reguladora de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad¹³.

En mi opinión, sin embargo, considero que en parte hemos pasado de un extremo a otro ya que, si bien, pueden existir argumentos a favor de la flexibilización del régimen de incompatibilidades de estos Cuerpos con respecto a la inicial interpretación literal de la LOFCS, no debe perderse en última instancia que la misión que tiene encomendada este personal es de tal naturaleza que impide cualquier equiparación o asimilación a efectos de este régimen con el personal de cualquier otro cuerpo de empleados públicos. Por tanto, el análisis de una eventual compatibilidad de estos puestos con el ejercicio de actividades privadas no podrá reducirse a un mero cálculo retributivo (art. 16.4) y de jornadas (arts. 12.2 y 13), sino que deberá, antes bien y sobre todo, centrarse en un análisis de los aspectos funcionales que garantice la inexistencia de factor alguno que pueda menoscabar o impedir la imparcialidad, objetividad e integridad en el desempeño de las funciones públicas.

¹² La pertenencia a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad es causa de incompatibilidad para el desempeño de cualquier otra actividad pública o privada, salvo aquellas actividades exceptuadas de la legislación sobre incompatibilidades.

¹³ En este sentido debería interpretarse el art. 37 de la Ley catalana 16/1991, de 10 de julio, de las Policías Locales: La condición de Policía local es incompatible con el ejercicio de ninguna otra actividad pública o privada, excepción hecha de las actividades no incluidas en la legislación reguladora de las incompatibilidades.

e) Funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional que dan soporte o servicio a más de una administración local o a entidades locales y a sus entes instrumentales.

Sobre este aspecto no hay una normativa específica que regule ninguna situación excepcional en materia de incompatibilidades salvo las especialidades que puedan derivarse del Real Decreto 1732/1994, de 29 de julio, sobre provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional. La Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local mantiene en vigor implícita y transitoriamente esta norma hasta que se desarrolle reglamentariamente lo previsto en el nuevo art. 92 bis. En el art. 3 a) del real decreto se regulan las agrupaciones, según el cual, las entidades locales cuyo volumen de servicios o recursos sea insuficiente, podrán sostener en común y mediante agrupación el puesto de secretaría, al que corresponderá la responsabilidad administrativa de las funciones propias del mismo en todas las entidades agrupadas.

Por otra parte, el art. 31 regula las acumulaciones, que consisten en la autorización a los funcionarios con habilitación de carácter nacional que se encuentren ocupando un puesto de trabajo a ellos reservado a desempeñar en una entidad local próxima las funciones reservadas, en los supuestos contemplados en el apartado 1 del art. 30 del mismo real decreto y por el tiempo de su duración, cuando, previa solicitud del ayuntamiento, no hubiese sido posible efectuar nombramiento provisional o comisión de servicios, imposibilidad que debe quedar suficientemente acreditada en el expediente. Asimismo podrán acordarse acumulaciones para el desempeño de las funciones de secretaría-intervención de los municipios o entidades eximidas de la obligación de mantener dicho puesto. El desempeño de las funciones acumuladas dará derecho a la percepción de una gratificación de hasta el 30 por cien de las remuneraciones correspondientes al puesto principal.

Estas modalidades no constituyen, en sí mismas, supuestos de compatibilidad ya que aunque se puede estar desempeñando más de un puesto (en el caso de la acumulación) la norma no lo prevé como el desempeño simultáneo de dos puestos de trabajo sino como una incidencia relativa a la provisión de puestos de trabajo (el capítulo en el que se regulan las acumulaciones se titula “otras formas de provisión”) y, por tanto, casi más cercano al régimen de situaciones administrativas que al de incompatibilidades.

**El régimen jurídico de las incompatibilidades de los
empleados públicos locales**

Por Joaquín Meseguer Yebra
*Inspector General de Servicios
Ayuntamiento de Madrid*

Régimen jurídico estatal

- **Régimen jurídico básico**

(Ley 53/1984, de 26 de diciembre)

- **Real Decreto 598/1985**

- **Modificaciones introducidas por el EBEP**

(Ley 7/2007, de 12 de abril)

- **Modificaciones introducidas por la LOMLOU**

(Ley orgánica 4/2007, de 12 de abril)

- **Modificaciones introducidas por la LCTI**

(Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación)

- **Publicidad según LTAIP**

(Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno)

Régimen jurídico autonómico

- **Ley 21/1987, de 26 de noviembre, de incompatibilidades del personal al servicio de la Administración de la Generalidad**

Personal al servicio de las corporaciones locales y de los entes, organismos y empresas que de ellas dependen [art. 1.2 d)]

Impacto subjetivo de la normativa

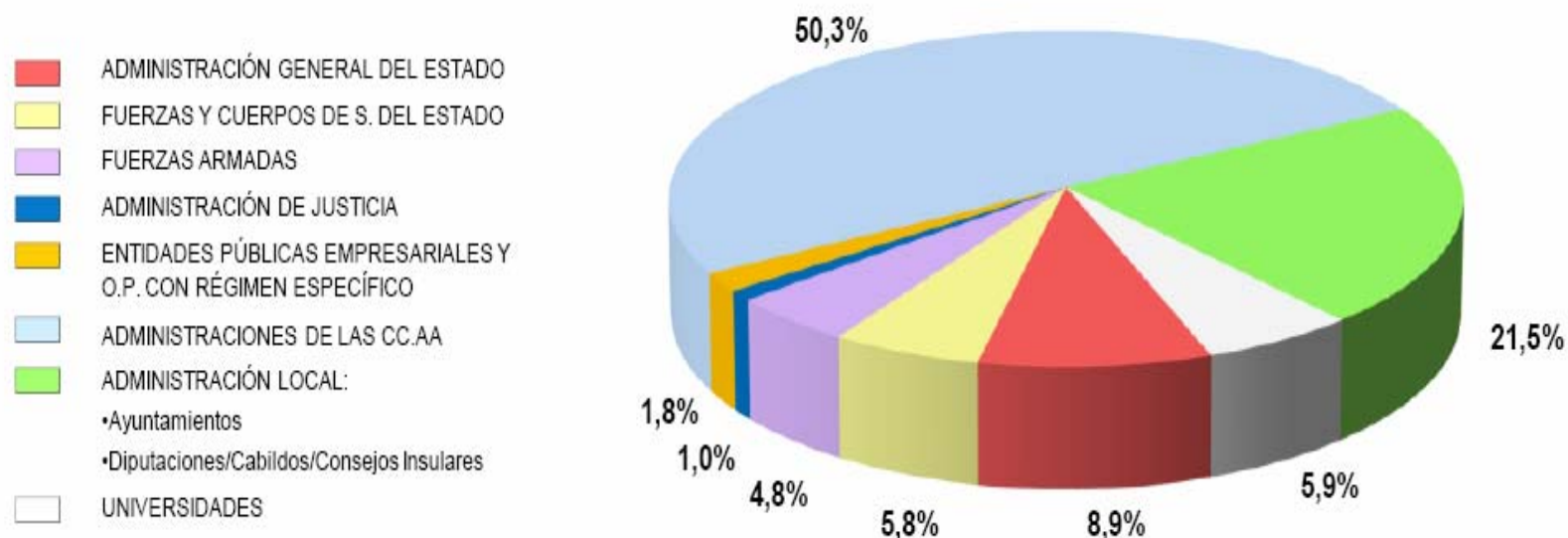
Variación de efectivos del conjunto de las Administraciones Públicas. Tabla 1.1

enero 2013 - julio 2013

	enero 2013	julio 2013	VARIACIÓN julio 2013 - enero 2013
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ESTATAL	570.691	567.263	-3.428
Administración General del Estado (1)	227.814	226.481	-1.333
Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado	147.170	146.519	-651
Fuerzas Armadas	124.561	122.344	-2.217
Administración de Justicia	24.441	24.936	495
Entidades Públicas Empresariales y Organismos Públicos con régimen específico	46.705	46.983	278
ADMINISTRACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS	1.307.343	1.281.373	-25.970
Consejerías y sus O.O.AA.	222.954	218.425	-4.529
Área de la Docencia no Universitaria	527.469	517.069	-10.400
Instituciones Sanitarias Sistema Nacional de Salud	492.779	482.642	-10.137
Administración de Justicia	37.719	36.886	-833
Fuerzas de Seguridad	26.422	26.351	-71
ADMINISTRACIÓN LOCAL	549.807	549.010	-797
Ayuntamientos	486.641	487.997	1.356
Diputaciones/Cabildos/Consejos Insulares	63.166	61.013	-2.153
UNIVERSIDADES	148.905	150.074	1.169
Personal inscrito en el RCP	89.661	90.844	1.183
Personal no inscrito en el RCP	59.244	59.230	-14
TOTAL	2.576.746	2.547.720	-29.026

Datos del Boletín del RCP de Julio 2013

Impacto subjetivo de la normativa



Personal inscrito en el Registro Central de Personal.

1. En el ámbito de la A.G.E. únicamente permanecen los efectivos de Instituciones Sanitarias pertenecientes al Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, al Instituto Social de la Marina y de la Red Hospitalaria de la Defensa.

Datos del Boletín del RCP de Julio 2013

Fines y fundamentos

- Uniformizar y sistematizar
- Componente ético: honestidad profesional, lealtad funcionarial, independencia e imparcialidad
- Eficacia administrativa (art. 103.1 CE)
No vulnera art. 35 CE
- Fundamento económico laboral: reparto del trabajo (sistema retributivo digno)
- De segundo nivel: calidad de los servicios, racionalización del trabajo

Principios generales

- * Criterio clásico:

Incompatibilidad absoluta (art. 1.1 LI):



- * Económica (art. 1.2 LI)
- * Funcional

* Sistema preventivo (ex ante).
Idea de RIESGO

* Protección del interés público

Ámbito de aplicación subjetiva

No importa naturaleza de la **relación de empleo**

Todo el PERSONAL

STC 178/1989

Sistema de
incompatibilidades



Ámbito de aplicación subjetiva

Situaciones administrativas

Silencio legal

Excedencias

Licencias, permisos e IT

Liberación sindical



Actividades públicas

Punto de partida

INCOMPATIBILIDAD

Solo podrán realizarse las actividades previstas en la LI

Actividades públicas

Requisitos funcionales

Requisitos retributivos

Arts. 7 y 16. 1 y 3 LI

Requisitos temporales

Actividades privadas

Punto de partida

COMPATIBILIDAD

Salvo actividades prohibidas por la LI

Actividades privadas

Requisitos funcionales

Arts. 11 y 12.1 LI

Requisitos retributivos

Art. 16.1 y 4 LI

Requisitos temporales

Arts. 12.2 y 13 LI

Actividades privadas

Prohibición para realizar actividades privadas por razón de ciertas percepciones retributivas *(complemento específico/puesto de trabajo)*

- Cuando las retribuciones complementarias del art. 24 b) del EBEP incluyan el factor de incompatibilidad *
- Actividades retribuidas por arancel
- Personal directivo *
- Profesorado universitario a tiempo completo (art. 16.2)
- Puesto con complemento específico cuya cuantía no supere el 30 % de la retribución básica, excluida la antigüedad, en cómputo anual

* EBEP

Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de diciembre de 2011, por el que se aprueba el procedimiento para la reducción, a petición propia, del complemento específico de los funcionarios de la Administración General del Estado pertenecientes a los Subgrupos C1, C2 y E, y se autoriza la superación, para el personal al servicio de la Administración General del Estado, del límite previsto en el art. 7.1 LI

Disposición adicional quinta del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad: los funcionarios de la AGE pertenecientes a los Subgrupos A1 y A2 podrán solicitar la reducción del importe del complemento específico correspondiente al puesto que desempeñan al objeto de adecuarlo al porcentaje al que se refiere el art. 16.4 de la LI. Se excluye de esta posibilidad a los funcionarios que ocupen puestos en Gabinetes de miembros del Gobierno y altos cargos de la AGE y a los que desempeñen puestos que tengan asignado complemento de destino de nivel 30 y 29.

Contagio a otras Administraciones

Actividades privadas (límites retributivos)

Incompatibilidad absoluta

Personal retribuido por arancel, profesora universitario a tiempo completo, personal directivo y aquel que perciba factor de incompatibilidad dentro del complemento específico

Incompatibilidad relativa

Personal que, percibiendo complemento específico, éste no incluya factor de incompatibilidad y su cuantía supere en cómputo anual el 30% de las retribuciones básicas, excluida la antigüedad

Compatibilidad

Personal que no percibe complemento específico o equiparable, o que percibiéndolo no supera el 30% de las retribuciones básicas, excluida la antigüedad

Actividades privadas

Consejería de Administración Pública y Hacienda

Sistema de Información Administrativa

■ Preguntas Frecuentes ■ Página Principal ■ Buscador ■ Atajos de Teclado

Índice

- Principios y aspectos generales
- Actividades excluidas del régimen que no necesitan autorización
- Actividades cuyo ejercicio precisa solicitud y obtención de autorización
- Normativa
- Diagrama Procedimiento
- Simulador de compatibilidad retributiva para actividades privadas con carácter secundario

Simulador de compatibilidad retributiva para actividades privadas con carácter secundario

Para conocer si su puesto de trabajo resulta compatible con el desempeño de una segunda actividad de carácter privado, introduzca una mensualidad (cantidades brutas) de los siguientes conceptos retributivos que percibe en su nómina:

Importe Sueldo Base mensual: €

Importe Complemento Destino mensual: €

Importe Complemento Específico mensual: €

Complemento Específico:

ADVERTENCIA:

La obtención de un resultado compatible desde el punto de vista económico, no presupone ni implica una consideración igualmente favorable en los ámbitos funcional y horario. Recuerde en todo caso, que es requisito indispensable solicitar y obtener el reconocimiento de compatibilidad con carácter previo al desempeño de la actividad secundaria. Para la resolución de dudas o aclaraciones consulte al Servicio de Inspección y Seguimiento de la Calidad de la Consejería de Presidencia.

Actividades exceptuadas

a) **Administración del patrimonio** personal o familiar, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 12 de la LI



b) **Dirección de seminarios** o el **dictado de cursos** o **conferencias** en **Centros oficiales de formación** de funcionarios, de carácter no permanente o habitual ni supongan más de 75 horas/año, así como la preparación para el acceso a la función pública

c) La **participación en Tribunales calificadores** de pruebas selectivas para ingreso en las Administraciones Públicas



d) La **participación del personal docente** en **exámenes, pruebas o evaluaciones** distintas de las que habitualmente les correspondan

Actividades exceptuadas

e) Presidente, Vocal o miembro de Juntas rectoras de Mutualidades o Patronatos de Funcionarios, siempre que no sea retribuido



f) Producción y creación literaria, artística, científica y técnica, y publicaciones derivadas de aquéllas que no se originen como consecuencia de una relación de empleo o prestación de servicios

g) Colaboración y asistencia ocasional a Congresos, seminarios, conferencias o cursos de carácter profesional



h) Participación ocasional en coloquios y programas en cualquier medio de comunicación social

Otras cuestiones

La publicidad de las resoluciones de compatibilidad

El fomento de la contratación a tiempo parcial

La realización de proyectos privados o por encargo público

Los miembros de la Policía Local

Habilitados que dan servicio a más de una Administración

Muchas gracias

mesegueryj@madrid.es

3^a sessió 11/07/14

Anàlisi del sistema de fonts en matèria de funció pública en base a la llei de racionalització i sostenibilitat i principals novetats en matèria de provisió de llocs per lliure designació i la mobilitat interadministrativa arran de la reforma de l'EBEP

El sistema de fonts en matèria de funció pública local a la llum de la Llei de racionalització i sostenibilitat de l'Administració Local

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

El cessament en els llocs de lliure designació: situació actual i conseqüències de futur arran de la modificació de l'EBEP i el seu impacte en la mobilitat interadministrativa.

Luis Miguel Arroyo Yanes, catedràtic de Dret Administratiu de la Universitat de Cadis.

La nova redacció de l'article 92 de la Llei reguladora de les bases de règim local introduïda per la Llei de racionalització i sostenibilitat de l'Administració local ha introduït una novetat important respecte al sistema de fonts que regeix la relació administrativa dels funcionaris al servei de l'Administració local. La identificació de la norma aplicable en cada situació laboral del règim administratiu dels funcionaris de l'Administració local no sempre és una tasca fàcil i pacífica, al requerir en primer lloc una reflexió detinguda sobre els títols competencials constitucionals i estatutaris en base als quals es dicta cada norma en qüestió. En aquesta Sessió s'analitzarà quina és la situació i la prelación en el sistema de fonts del Dret en l'àmbit de la funció pública local a la llum de la legislació bàsica estatal –tant en base a la recent reforma de la de règim local com en l'àmbit d'ocupació pública- i també l'aplicació preeminent o no en cada matèria del marc normatiu integral que constitueix la legislació catalana en matèria de funció pública, a la llum de les competències atribuïdes per l'Estatut d'Autonomia de Catalunya.

A continuació, s'abordarà una qüestió que tradicionalment ha estat envoltada de debat i certa polèmica, com és la situació del sistema de provisió de llocs basat en la lliure designació i les conseqüències del cessament en llocs d'aquestes característiques. Alhora, s'analitzarà l'impacte que previsiblement tindrà la reforma de l'article 84.3 de l'Estatut bàsic de l'empleat públic, arran de la modificació introduïda pel projecte de Llei de racionalització del sector públic i altres mesures de reforma administrativa, que es troba en la seva fase final de tramitació parlamentària en el Senat. La nova redacció d'aquest precepte en relació als supòsits de remoció o supressió del lloc de treball obtingut per concurs i al supòsit de cessament del lloc obtingut per lliure designació introdueix un important gir al model fins ara vigent i suposa un canvi per a l'Administració de destí i, el que és més innovador, un enorme impacte respecte a l'Administració d'origen, sobre la qual introdueix un nou ventall d'obligacions que els gestors de RRHH hauran d'aplicar amb totes les dificultats que aquesta nova regulació pot significar.

M. Carme Noguer

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

El sistema de fonts en matèria de funció pública local a la llum de la LRSAL

Joan Mauri Majós
Professor de Dret Administratiu
Universitat de Barcelona

Article 92.1 LRBRL: Esquema de fonts

Els funcionaris al servei de l'Administració local es regeixen, en el no disposat per aquesta llei, per la Llei 7/2007, de 12 de abril, de l'Estatut Bàsic de l'Empleat Públic, per la restant legislació de l'Estat en matèria de funció pública, així com per la legislació de les Comunitats Autònomes, en els termes de l'article 149.1.18^a de la Constitució

- Una suma de legisladors sectorials i generals, estatals i autonòmics, encarregats d'àrees i trams diversos de la regulació de la funció pública local
- Una preterició del principi d'autonomia local

Article 92.1 LRBRL: esquema de fonts

Legislació bàsica de règim local amb capacitat per condicionar el règim jurídic de la funció pública local

- LRBRL, TRRL, RD 861/1986, regulador del règim retributiu dels funcionaris locals, modificat pel RD 158/1996, de 2 de febrer; RD 896/1991, de 7 de juny, sobre regles bàsiques i programes mínims als que s'ha d'ajustar el procediment de selecció dels funcionaris locals

Legislació bàsica de funció pública amb capacitat per condicionar el règim jurídic de la funció pública local

- EBEP
- Llei 53/1984, de 26 de desembre, d'incompatibilitats del personal al servei de les administracions públiques
- Llei 31/1995, de 8 de novembre, de prevenció de riscos laborals
- LMRFP (preceptes no derogats o vigents transitòriament)

Article 92.1 LRBRL: esquema de fonts

Legislació autonòmica de règim local amb capacitat per condicionar el règim jurídic de la funció pública local

- Decret legislatiu 2/2003, de 28 d'abril, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya

- Article 300.1: El regim estatutari dels funcionaris locals pel que fa a l'adquisició i la pèrdua de la condició de funcionari, les situacions administratives, els drets sindicals i de participació, les vacances, les llicències i els permisos, els deures i les responsabilitats, i el règim disciplinari han d'ésser idèntics als dels funcionaris de l'Administració de la Generalitat

- Decret 214/1990, de 30 de juliol, pel qual s'aprova el Reglament del personal al servei de les entitats locals (STSJ de Catalunya de 11 de juny de 2002, RJCA/2003/518)

Legislació autonòmica de funció pública amb capacitat per condicionar el règim jurídic de la funció pública local

- Decret legislatiu 1/1997, de 31 d'octubre, pel qual s'aprova la refosa en un text únic dels preceptes de determinats textos legals vigents a Catalunya en matèria de funció pública local

Preeminència del règim local sobre el règim general d'ocupació pública?

- EBEP estableix el que es *comú* als conjunt dels funcionaris públics de totes les AAPP
- La funció del règim específic sobre funció pública local és la d'adaptar, complementar o desenvolupar el contingut de la norma comú a les peculiaritats de l'administració local

Les normes bàsiques sobre funció pública general i les normes especials sobre funció pública local es situen en un règim de concurrència normativa

- Les contradiccions que es puguin produir s'han de resoldre sempre en base a un principi de coherència i conservació de disposicions que tenen la mateixa jerarquia i el mateix àmbit d'aplicació
- No hi ha regles clares de resolució de conflictes normatius s'haurà de procurar la seva aplicació conjunta llevat de l'existència d'una incompatibilitat clara:
- Hi haurà incompatibilitat quan resulti impossible aplicar una norma sense contradir o contrariar-ne una altra

Importància del principi cronològic

- El criteri cronològic o de modernitat serveix per resoldre conflictes normatius (antinòmies); segons aquest criteri, en cas de conflicte normatiu preval la norma posterior en el temps sobre la norma anterior sempre que no hagin estat dictades en un mateix moment temporal
- Aquest criteri afecta a la vigència de la norma: la norma anterior incompatible queda derogada, expulsada o eliminada de l'ordenament jurídic
- En l'ordenament jurídic de la funció pública local conviuen diferents preceptes i instituts jurídics corresponents a distintes etapes històriques que no poden ser objecte de reviviscència sense generar disfuncions

La concurrència de les normes bàsiques de funció pública general i de funció pública local pressuposa una compatibilitat de models institucionals que el legislador no està en condicions d'assegurar

Per una relectura sensata del sistema de fonts: que cal fer?

Procurar la màxima compatibilitat possible entre l'aplicació de la legislació específica de funció pública local i de funció pública general

Diferenciar la funció que compleix cada una de les bases en presència:

Règim local: assegurar determinades especialitats pròpies del govern local

Règim general: garantir un marc comú al conjunt de les relacions d'ocupació pública

En cas de conflicte irresoluble atendre al moment temporal de la producció de la norma i donar preferència a la legislació bàsica posterior

Per una relectura sensata del sistema de fonts: que cal fer?

Prioritat aplicativa dels preceptes en matèria de personal introduïts per LRSAL

Subsistència dels preceptes en matèria de personal establertes a les normes bàsiques de règim local que superin un anàlisi de compatibilitat amb el redactat del propi EBEP

Considerar que la resta de preceptes del règim local que entren en contradicció amb l'EBEP han quedat derogats i no són susceptibles d'aplicació

La vigència de les normes de règim local en matèria de personal

- Les normes bàsiques de règim local (LRBRL) van servir en el seu dia per contextualitzar l'aplicació de la LMRFP a la funció pública local, recollir les peculiaritats derivades de la organització local i habilitar a l'Estat per establir un seguit de preceptes sobre *competències, equivalències i límits* que permetien “completar” el règim jurídic de la funció pública local amb una perspectiva clarament “unificadora” que prenia com a referència el règim jurídic del personal al servei de l'Administració de l'Estat

L'idea de fons consistia en que la llei bàsica i els poders normatius de l'Estat tenien com a fonament últim *el manteniment del principi d'igualtat en el sistema de drets i deures* de la funció pública territorial

La vigència de les normes de règim local en matèria de personal: competències, equivalències i límits

Competències

- Article 90, 91 i 100 LRBRL: habiliten competències a l'Estat per establir regles bàsiques per a la confecció de les RLT, registres de personal, sistemes de carrera administrativa i promoció interna; formació de l'oferta pública d'ocupació i regles i programes mínims a que s'ha d'ajustar el procediment de selecció i formació dels funcionaris locals

Equivalències

- Article 93, 94, 101 i disposició final segona LRBRL: principi bàsic d'equiparació en matèria retributiva, jornada de treball, sistemes de provisió i protecció social complementàries

Límits

- Article 93 LRBRL: límits màxims i mínims en matèria de retribucions complementàries

*La legislació de règim local en matèria de personal no actua com un instrument d'autonomia
actua com un vehicle de homogeneització amb el règim jurídic del personal de l'Estat*

No complitud de la legislació bàsica de règim local i funció del TRRL

La LRBRL *no conté un règim jurídic acabat del personal* al servei de les entitats locals

El TRRL *sí* al reintroduir les previsions contingudes en el RD 3046/1977, de 6 d'octubre, pel qual s'articula parcialment la Llei 41/1975, de Bases de l'Estatut de Règim Local, en allò que fa referència als funcionaris públics locals i altres extrems

El TRRL recupera un *esquema acabat de personal* amb regulació expressa dels instruments de gestió de personal, dels tipus de personal, de l'accés i la pèrdua de la condició de funcionari local, de les situacions administratives, de les recompenses, permisos, llicències i vacances, de l'assistència mèdico-farmacèutica, de les obligacions, del règim d'incompatibilitats i del sistema de faltes i sancions, de les remuneracions, l'ajuda familiar i les indemnitzacions, de l'estructura professional de escales, subescales i classes amb inclusió de les seves funcions i dels sistemes de provisió de llocs de treball

No complitud de la legislació bàsica de règim local i funció del TRRL

Però sobre tot, el que si conté el TRRL, es un sistema de fonts que produeix un efecte de clausura i tancament de l'ordenament jurídic de la funció pública local

- Normes bàsiques de règim local i de funció pública
- Normes sobre funció pública local dictades per la CAA
- Normes que regulen el règim jurídic dels funcionaris de l'Estat que actuen supletòriament
(article 134.2 TRRL: promoció interna; article 140.2 TRRL: situacions administratives; article 147 TRRL: tipificació de faltes)
- Normes que refereixen el règim jurídic dels funcionaris locals al règim jurídic dels funcionaris de l'Estat (article 139 TRRL: drets passius; article 145: règim d'incompatibilitats)

No complitud de la legislació bàsica de règim local i funció del TRRL

Article 134.2 TRRL

“Són aplicables les normes d’aquesta Llei, i les que dicti l’Estat en ús de les autoritzacions que contenen els articles 98.1 i 100.2 de la Llei 7/1985, de 2 d’abril; en tot el que aquestes no preveuen, la reglamentació que per a l’ingrés a la funció pública estableixi la respectiva comunitat autònoma, i supletòriament, el Reial decret 2223/1984, de 19 de desembre, pel qual s’aprova el Reglament general d’ingrés del personal al servei de l’Administració de l’Estat”

Article 157 TRRL

“L’ajuda familiar, les indemnitzacions per raó de servei o per residència en determinats llocs del territori nacional del personal al servei de les corporacions locals que hi tinguin dret, són les mateixes que corresponguin al personal al servei de l’Administració de l’Estat”

No complitud de la legislació bàsica de règim local i funció del TRRL

Article 23.2 RD 3046/1977: funcionaris públics locals

"El contingut de la dita relació es regirà pels preceptes d'aquest títol i les normes reglamentàries que el desenvolupen. En el no previst per aquestes normes legals o reglamentàries, serà supletòria la legislació general dels funcionaris civils de l'Estat"

Predomini de les fonts normatius de l'Estat en el sistema de funció pública local

Legislació bàsica de règim local i legislació bàsica de la funció pública general

Remissió al règim jurídic dels funcionaris de l'Estat

Legislació de funció pública de la comunitat autònoma

Supletorietat del règim jurídic dels funcionaris de l'Estat

Remissió a la legislació de funció pública de la Comunitat Autònoma

Una referència de caràcter inespecífic

Una posició defensiva front a la penetració del dret estatal

Article 300.1 Decret legislatiu 2/2003, de 28 d'abril, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya

"El règim estatutari dels funcionaris locals pel que fa a l'adquisició i la pèrdua de la condició de funcionari, les situacions administratives, els drets sindicals i de participació, les vacances, les llicències i els permisos, els deures i les responsabilitats, i el règim disciplinari han d'esser idèntics als dels funcionaris de l'Administració de la Generalitat"

- Règim d'identitat que en la pràctica bloqueja la competència local en matèria de gestió de personal, aprofundint el principi de *uniformitat* entre funcions públiques territorials

La identitat sense més és uniformitat

La negació de la potestat normativa autònoma en matèria de funció pública local

Primer s'apliquen les normes bàsiques de l'estat, en el seu defecte les dels funcionaris de l'Administració de la Generalitat , supletòriament, la legislació dels funcionaris civils de l'Administració de l'Estat

On està l'autonomia local?

On està l'autonomia col·lectiva?

Una estructura piramidal força discutible

La discutible vigència del TRRL

Disposició final setena b. TRRL

"En les matèries regulades pels títols VI i VII s'infereix el caràcter bàsic dels seus preceptes conforme a la seva naturalesa o segons disposi la legislació estatal vigent en aquelles"

STC 385/1993, de 23 de desembre

"conforme a la seva naturalesa"

- La frase no s'ajusta al model formal de bases; defereix la determinació de les bases a una activitat hermenèutica, la "inferència natural", des del contingut de la pròpia norma que resulta incompatible amb el principi de seguretat jurídica (article 9.3 CE), amb la qual cosa es declara inconstitucional

Una estructura piramidal força discutible

La discutible vigència del TRRL

Disposició final setena b. TRRL

"En les matèries regulades pels títols VI i VII s'infereix el caràcter bàsic dels seus preceptes segons disposi la legislació estatal vigent en aquelles"

STC 37/2002, de 14 de febrer

- El legislador estatal de la funció pública post constitucional ha procedit a regular de manera completa les bases del règim estatutari dels funcionaris públics, per tant no es pot inferir el dit caràcter de normes anteriors a la Constitució
- Llei 53/2002, de 30 de desembre, de mesures fiscals, administratives i d'ordre social (articles 167 i 169 TRRL)

El TRRL es bàsic si integra o adapta un precepte bàsic contingut en la legislació de funció pública post constitucional

Una estructura piramidal força discutible

La discutible vigència del TRRL

- Conserva normes bàsiques derivades de la funció pública general que s'han modificat o han desaparegut (oferta pública d'ocupació anual; percentatges de promoció interna)
- Incorpora preceptes extrets del règim jurídic de la funció pública preconstitucional que no poden ser considerats com a bases materials (selecció; adquisició i pèrdua de la condició de funcionari; règim disciplinari; estructura professional; indemnitzacions per raó de serveis)
- Introdueix autoritzacions als òrgans de l'Estat pel dictat de normes específiques sobre funció pública local no suportades en cap norma bàsica estatal (règim específic en matèria d'incompatibilitats)
- Crea "ex novo" figures sense cobertura pròpia en cap base estatal (personal eventual de caràcter directiu)

Una estructura piramidal força discutible

La discutible vigència del TRRL

Construeix un sistema de fonts "propi" en base a una lectura desviada de l'article 92 LRBRL

1. Lleis bàsiques de l'Estat del règim local i de l'ocupació pública general
2. Lleis de funció pública de la Comunitat Autònoma
3. Legislació de funcionaris civils de l'Administració General de l'Estat (supletorietat; remissió; equivalència)

Construcció d'una estructura de fonts de la funció pública local i EBEP

Exposició de Motius

"Això vol dir que el règim de la funció pública no es pot configurar avui sobre la base d'un sistema homogeni que tingui com a model únic de referència a l'Administració de l'Estat. Per contra, cada Administració ha de poder configurar la seva pròpia política de personal, sense minva dels necessaris elements de cohesió i dels instruments de coordinació consegüents"

Article 3.1 EBEP

El personal funcionari de les entitats locals es regeix per la legislació estatal que hi sigui aplicable, de la qual forma part aquest Estatut, i per la legislació de les comunitats autònomes, amb respecte a l'autonomia local

Construcció d'una estructura de fonts de la funció pública local i EBEP

Disposició derogatòria única. g

Queden derogades totes les normes del mateix rang o inferior que contradiguin el que disposa aquest Estatut o s'hi oposin

Disposició final quarta.3

Fins que no es dictin les lleis de funció pública i les normes reglamentàries de desplegament, es mantenen en vigor en cada Administració pública les normes vigents sobre ordenació, planificació i gestió de recursos humans mentre no s'oposin al que estableix aquest Estatut

Construcció d'una estructura de fonts de la funció pública local i EBEP

Dos tesis en presència

1. Condicionament de la llei autonòmica i reviviscència del marc normatiu anterior

- Necessitat d'una llei de funció pública autonòmica que desenvolupi i asseguri i, si s'escau, promoció el paper de l'autonomia local en aquesta matèria
- Vigència en tot allò que no contradigui l'EBEP del marc normatiu anterior (LRBRL, TRRL i LMRFP)

Construcció d'una estructura de fonts de la funció pública local i EBEP

Dos tesis en presència

2. Vigència del principi d'autonomia local que pot arribar a ocupar transitòriament l'espai de la llei autonòmica en el desenvolupament de l'EBEP

- En els preceptes que l'EBEP apodera a cada Administració o als Govers s'entén que es confereix una capacitat de decisió autònoma a les entitats locals sobre el seu sistema d'ocupació pública
- La habilitació a les lleis de funció pública de les Comunitats Autònomes que conté l'EBEP no ha d'impedir l'exercici de la potestat normativa local, de manera que en absència d'una regulació autonòmica, els ajuntaments poden exercir directament el seu poder normatiu per aconseguir un desplegament de l'EBEP
- El reglament local pot ser una norma de desenvolupament provisional dels mandats de l'EBEP a les lleis de funció pública

Construcció d'una estructura de fonts de la funció pública local i EBEP

Doctrina judicial

- Es manté intacta la vigència i posició de l'anterior conglomerat normatiu (LRBRL; TRRL; LMRFP)
- D'acord amb la disposició final quarta EBEP, determinats preceptes dels capítols II i III del títol III, així com el capítol III del títol V, produeixen efectes "a partir de l'entrada en vigor de les lleis de funció pública que es dictin en desplegament d'aquest Estatut ", desenvolupament que en la majoria de les comunitats autònomes no ha tingut lloc
- En l'interí es recorda la vigència de la disposició final tercera EBEP "Fins que no es dictin les lleis de funció pública i les normes reglamentàries de desplegament, es mantenen en vigor en cada Administració pública les normes vigents sobre ordenació, planificació i gestió de recursos humans mentre no s'oposin al que estableix aquest Estatut"

Construcció d'una estructura de fonts de la funció pública local i EBEP

Doctrina judicial

STSJ de la C. Valenciana de 18 de maig de 2012, JUR/2012/254784

“el régimen jurídico de aplicación de los funcionarios al servicio de la Administración Local estaba constituido, al tiempo de aprobarse el pacto que nos ocupa, además del Estatuto Básico aprobado por la Ley 7/07; por los arts. 126 a 129 (disposiciones generales para el personal al servicio de las entidades locales) y 130 y siguientes (disposiciones comunes a los funcionarios de carrera) del texto Refundido de Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local aprobado por RFLeg. 781/1986, de 18 de abril de 1986; por el art. 93 de la Ley 7/1985 de Bases de Régimen Local de 2 de abril de 1985; así como por los art. de la Ley 30/1984 de Reforma de la Función Pública de 2 de agosto de 1984, de carácter básico, ex. Art. 1.3 de esta última norma, que mantenían su vigencia tras la aprobación del Estatuto Básico”

Construcció d'una estructura de fonts de la funció pública local i EBEP

Doctrina judicial

STSJ de Canàries, Les Palmes, de 21 de juny de 2011, ROJ: 2253/2011

STSJ de la Comunitat Valenciana de 30 de novembre de 2012, ROJ: 5576/2012

L'article 13 EBEP estableix que el règim jurídic del personal directiu serà el determinat pel Govern i pels Òrgans de Govern de les CCAA, sense que aquesta habilitació directiva s'atorgui a l'Administració Local

STSJ d'Astúries de 10 de juny de 2009, ROJ: 5828/2009

Impossibilitat de regular per via convencional o reglamentària les matèries remeses a les lleis de funció pública pel legislador bàsic estatal (carrera) "ni siquiera de forma provisional"

Construcció d'una estructura de fonts de la funció pública local i EBEP

Doctrina judicial

STSJ de Canàries, Les Palmes, de 28 de juny de 2011, ROJ: 4130/2011

- L'estatut jurídic del personal directiu previst a l'article 13 EBEP s'ha de dictar per via reglamentària pròpia dels poders estatal i autonòmics
- No pot dependre d'aquests poders la implantació de personal directiu professional a les Administracions locals
- Reconeixement d'una capacitat d'actuació prèvia i provisional al poder normatiu local que no contradigui les regles i els principis de l'EBEP

Els sistemes de fonts com a sistemes polítics?

Intenció de la LRSAL?

Predomini del bloc estatal que millor expressa el valor uniformitat i recuperació del model de funció pública de l'Estat

Subordinació de la norma que millor expressa el valor autonomia

Una possible resposta?

Recomposició del sistema en base al principi de temporalitat

Recuperació d'una interpretació en favor de l'autonomia local

LIBRE DESIGNACIÓN Y MOVILIDAD VOLUNTARIA INTERADMINISTRATIVA EN LA ESFERA LOCAL.

Luis Miguel Arroyo Yanes

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad de Cádiz

1 .La movilidad voluntaria interadministrativa de funcionarios pertenecientes a las Administraciones locales y sus entidades dependientes se encuentra completamente mediatizada por la manera en que ha quedado recogida la misma –como antes lo estuvo en la LMRFP de 1984- en el artículo que la regula en el EBEP, en concreto el 84, precepto que puede considerarse esencial para el tratamiento de esta modalidad de movilidad, y que se complementa con otros que actúan de complemento necesario para el mismo: art. 74 (instrumentos de ordenación de los puestos de trabajo), arts. 79 y 80 (procedimientos de provisión de puestos por concurso y por libre designación) y artículo 88 (situación administrativa de servicio en otras Administraciones públicas), fundamentalmente ⁽¹⁾. Este grupo de preceptos ofrecía un conjunto normativo prácticamente acabado en relación con esta figura, conjunto que el legislador básico de reforma ha considerado necesitado de un mayor perfilamiento en relación con la operatividad del procedimiento de libre designación, reforma que motiva estas líneas y que va a permitirnos reconsiderar el modo en el que está regulada la movilidad voluntaria interadministrativa ante este cambio normativo inesperado, concretado a través de la reciente Ley de Racionalización del Sector Público de 2014, y sobre cuyo análisis vamos a extendernos en estas páginas ⁽²⁾.

Esta modalidad de movilidad, denominada expresivamente por el Estatuto Básico del Empleado Público de 2007, “voluntaria entre Administraciones públicas”, por mucho que el legislador básico se haya intentado esmerar en ofrecer a las Administraciones públicas mecanismos para hacerla factible –en especial a través de los convenios de conferencia sectorial u otros instrumentos de colaboración a los que no le impone criterios generales taxativos para llevar a cabo las homologaciones que son necesarias para materializarla- se encuentra todavía muy lejos de convertirse en una modalidad de uso cotidiano y de impacto real sobre las carreras administrativas de los funcionarios locales. Lo cual no excluye que existan supuestos concretos en

¹ Vid. L.M. ARROYO YANES, “Los procedimientos de provisión de puestos de trabajo y la movilidad en el Estatuto Básico del Empleado Público”, en S. DEL REY GUANTER (dir.). *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*. Madrid, La Ley, 2008, pp. 795-868 y La provisión de puestos de trabajo y la movilidad”, en AA.VV. *El Estatuto Básico del Empleado Público. Propuestas de desarrollo legislativo por parte de las Comunidades Autónomas*. Documentos CEMICAL núm. 1. Barcelona, Diputación, 2008, pp. 41-47. Asimismo, J. FONDEVILA ANTOLÍN. “Provisión de puestos de trabajo y movilidad”, en AA.VV. *Estatuto Básico del Empleado Público*. Madrid, La Ley-El Consultor, 2008, pp. 569- 625 y, más recientemente y desde la perspectiva iuslaboralista, F.J. HIERRO HIERRO. “La movilidad de los empleados públicos tras la ley 7/2007, de 12 de abril”, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 93, junio 2011, pp. 263-297.

² En aras de hacer más discursiva y dinámica nuestra exposición hemos reducido las anotaciones al texto sólo a las más imprescindibles. Cuando terminamos de redactar estas páginas el texto final de esta ley se encontraba pendiente todavía de su publicación en el BOE.

los que dicha movilidad se haya producido a su amparo, que hayan generado una problemática jurídica concreta e incluso que contemos con pronunciamientos jurisprudenciales que se han preocupado de apoyar esta modalidad de movilidad funcional.

Las compartimentaciones existentes y la dependencia tradicional de una única organización no puede romperse con disposiciones meramente dispositivas sino que se imponen, aparte del obligado impulso por parte de las Administraciones interesadas, enfoques muchos más amplios de integración de todos los funcionarios locales, al margen de las organizaciones donde prestan sus servicios, en un régimen y marco legal común que, entre otras cosas, facilite este tipo de movilidad y amplíe los horizontes de carrera que las Administraciones pequeñas y medianas no están en condiciones de garantizar, simplemente porque carecen de estructuras de puestos y de puestos de trabajo suficientes para que las carreras verticales de todos los funcionarios locales sea una realidad ⁽³⁾.

A falta de dichos enfoques –no cabe olvidar que nos encontramos pendientes de que se promulguen los textos de desarrollo del texto básico- nos quedan prácticamente los planteamientos pro movilidad que sostiene el legislador básico en el referido artículo 84 del EBEP, artículo que en su versión modificada supone una cierta reformulación de la materia al replantear la posición, en régimen de exclusividad, que tenía la Administración de destino para afrontar en solitario los supuestos de cese y supresión del puesto de trabajo ocupado por el funcionario (englobante, pues, tanto de la libre designación como del concurso), posición que pasa a estar compartida teóricamente entre ella y la de origen en el caso de provisiones por libre designación, y de ésta finalmente en el caso de que el funcionario público no sea “colocable” en la que se encontraba como libredesignado. El nuevo apartado tercero del artículo 84 establece, debemos consignarlo, pues va a ser el centro de nuestro análisis establece que:

“Los funcionarios de carrera que obtengan destino en otra Administración Pública a través de los procedimientos de movilidad quedarán respecto de su Administración de origen en la situación administrativa de servicio en otras Administraciones Públicas. En los supuestos de remoción o supresión del puesto de trabajo obtenido por concurso, permanecerán en la Administración de destino, que deberá asignarles un puesto de trabajo conforme a los sistemas de carrera y provisión de puestos vigentes en dicha Administración.

En el supuesto de cese del puesto obtenido por libre designación, la Administración de destino, en el plazo máximo de un mes a contar desde el día siguiente al del cese, podrá acordar la adscripción del funcionario a otro puesto de la misma o le comunicará que no va a hacer efectiva dicha adscripción. En todo caso, durante este periodo se entenderá que continúa a todos los efectos en servicio activo en dicha Administración.

Transcurrido el plazo citado sin que se hubiera acordado su adscripción a otro puesto, o recibida la comunicación de que la misma no va a hacerse efectiva, el funcionario deberá solicitar en el plazo máximo de un mes el reingreso al servicio activo en su Administración de origen, la cual deberá asignarle un puesto de trabajo conforme a los sistemas de carrera y provisión de puestos vigentes en dicha Administración, con efectos económicos y administrativos desde la fecha en que se hubiera solicitado el reingreso.

³ Enfoques que encontramos recogido ya en la ley 4/2011 de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha (BOE, 104, de 2 de mayo) y en otros documentos como el borrador de ley de empleo público de Euskadi o, en el *Llibre Blanc de la Funció Pública Catalana*.

De no solicitarse el reingreso al servicio activo en el plazo indicado será declarado de oficio en situación de excedencia voluntaria por interés particular, con efectos desde el día siguiente a que hubiesen cesado en el servicio activo en la Administración de destino."

2. Dado que la modificación efectuada por el artículo 28 de la Ley de Racionalización del Sector Público de 2014 no afecta a las remociones o supresiones de puestos de trabajo obtenido por concurso sino exclusivamente a los supuestos de cese de los que lo han sido por libre designación vamos a centrarnos ahora sólo en este caso. Más antes de ello, y al objeto de contextualizar debidamente esta reforma puntual del artículo 84 del EBEP hemos de dedicar alguna atención aunque sea breve a la movilidad interadministrativa de carácter voluntaria.

Se trata de una posibilidad de traslado del empleado público de naturaleza voluntaria y enmarcada en la gestión eficiente de los recursos disponibles que el redactor de EBEP ha querido extender a todos los empleados públicos dependientes de todas las Administraciones territoriales ⁽⁴⁾. Sin embargo, y a pesar del marco de estímulo de la figura que desde el punto de vista estatutario se postula, vinculado a acuerdos adoptados en las Conferencias Sectoriales y respecto a la necesidad de homologar las distintas posiciones de los empleados públicos afectados, se ha mantenido prácticamente intacta la premisa de que esta potencial movilidad, fundamentalmente si se produce hacia las Administraciones locales, habrá de canalizarse a través de lo previsto en las RPT aplicables ⁽⁵⁾. Es decir, tendrán que ser estos instrumentos los que prevean, en su caso, la posibilidad de que los puestos de trabajo de la organización local concreta queden abiertos a funcionarios provenientes de otras Administraciones territoriales. Algo que se presenta en términos de gran dificultad debido a la sobreprotección que las organizaciones locales ejercen sobre sus empleados y a que al personal exógeno no puede vencer las cortapisas y barreras que aparecen a la hora de redactar, salvo excepciones muy concretas, para que la cobertura de puestos de trabajos quede abierta a personal proveniente de otras Corporaciones locales o de otras Administraciones territoriales ⁽⁶⁾.

⁴ Ello incluye en pie de igualdad a la Administración local que quedan equiparadas a las Administraciones del Estado y autonómicas, algo que el proyecto de ley en principio no recogía pues a las Entidades locales no se le reconocía esta posibilidad, algo que se corrigió durante la tramitación parlamentaria. Sobre su problemática general vid. nuestro trabajo, "Los sistemas de provisión de puestos de trabajo en la función pública local", en T. COBO OLVERA-R.J. VERA TORRECILLAS. *Empleo público local*. Madrid, La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos, 2012, pp. 339- 384, esp. pp. 378-384.

⁵ El redactor del Proyecto de ley que daría lugar al EBEP de 2007 a la hora de tratar esta materia dotaba de un mayor grado de profundidad al apartado segundo del artículo 84 al establecer que "los Convenios de Conferencia Sectorial y demás instrumentos de colaboración que se formalizaran determinarían, entre otras posibles medidas: a) los puestos de trabajo de las Administraciones Públicas afectadas que pueden ser provistos por funcionarios de carrera incluidos en su ámbito de aplicación b) los sistemas para homologar la estructura del empleo público a que se refiere el presente Estatuto y demás requisitos para participar en los procesos de movilidad, c) El procedimiento para el reconocimiento recíproco de los progresos alcanzados en los sistemas de carrera profesional de las Administraciones Públicas afectadas y sus efectos sobre la posición retributiva de los funcionarios públicos, d) La especial consideración a supuestos de movilidad geográfica de las mujeres víctimas de violencia de género". Al haberse optado por un mayor grado de abstracción estas referencias han desaparecido prácticamente del artículo lo que se traduce en un margen de libertad que los sujetos que tengan que convenir en su día emplearán en la dirección que consideren oportuna, sin imposiciones "estatutarias" que coarten el ejercicio de su libertad concretada por vía convencional

⁶ Si bien es cierto que el EBEP no hace referencia explícita a la necesidad de que sean la RPT de cada organización el instrumento que viabilice esta modalidad de movilidad, tanto la derogación diferida de la LMRFP que sí recogía esta previsión (al igual que la legislación básica de régimen local) como la falta del desarrollo por parte de la legislación dedicada a cada unas de las Administraciones hace que continuemos partiendo de una premisa de actuación que ha

En relación con la movilidad interadministrativa de funcionarios en la esfera local contamos con una reciente sentencia del Tribunal Supremo, la STS de 25 de enero de 2012, que sale al paso del establecimiento de posibles condicionantes que puedan ponerse en marcha para obstaculizar este tipo de movilidad –incluso desde el empleo de redacciones ambiguas que la puedan poner en cuestión-, reforzando el papel asignado a las RPT cuando se decantan por medidas favorecedoras de tal movilidad (⁷).

En el contexto general que plantea el grupo normativo general nos gustaría destacar dos rasgos del régimen aplicable a esta figura jurídica y que a su vez pueden actuar también como dos buenos hilos conductores para analizar esta modalidad de movilidad voluntaria interadministrativa: la existencia de una posible reserva de Administración en esta materia (punto 3) y el reconocimiento de un derecho funcional a su establecimiento y puesta en marcha (punto 4).

3. Respecto a la existencia de una reserva de Administración en esta materia cabe recordar que el EBEP de 2007 se decantaba por potenciar enormemente el papel de las Administraciones en todo lo que respecta a la ordenación y gestión de recursos humanos que le son propios. Son numerosas y continuas las referencias normativas que se efectúan a las organizaciones administrativas empleadoras para que sean ellas, y sólo ellas cabría recalcar, las que decidan en los más variados campos y cuestiones. Ámbitos variados sobre los que se extiende, y esto tiene completo sentido, su potestad administrativa de auto-organización. Ello habrá de traducirse en la generación de un espacio de decisión y de configuración normativa que le está reservado en exclusiva a la Administración pública local, en relación con la cual confluiría, casi de modo natural dicha reserva con el reconocimiento constitucional de la autonomía para estas organizaciones. Dicho espacio, y aquí estaría su mayor debilidad, habría de ser respetado tanto por el propio legislador básico como más especialmente por los legisladores de desarrollo cuando afronten el tratamiento que han de recibir cada una de las funciones públicas dependientes de cada una de esas Administraciones, lo cual puede conferir gran inestabilidad y debilidad a esta reserva, la cual puede quedar sometida a todo tipo de vaivenes y aminoraciones en su campo de operatividad real.

Sobre este fundamento, y del modo en el que continúa formulada la figura jurídica que nos ocupa ahora tras la reforma normativa de 2014, podemos afirmar que uno de esos ámbitos de operatividad de la reserva de Administración que recoge el EBEP (que podría entenderse, a su vez, como expresión específica de este concepto jurídico) sería el de la movilidad voluntaria interadministrativa y en él los legisladores deberían de ser lo más respetuosos posibles con esta premisa dogmática. Caso, claro está, que sea asumida en cuanto que tal, en los términos que defendemos y no en el de las intervenciones directas de los legisladores de desarrollo vinculando a las Administraciones con sus decisiones. En este sentido conviene recordar que la STC 156/1998, de 13 de julio, respalda precisamente la movilidad interadministrativa entre las Administraciones

quedado desplazada ahora hacia el papel que tienen las inéditas Conferencias Sectoriales. En cualquier caso hay que tener en cuenta que los legisladores de desarrollo pueden considerar ese punto de partida plenamente acertado, como hace por ejemplo el legislador de Castilla-La Mancha en la ley de empleo público de esa comunidad en sus artículos 78.8 y 82.2 estableciendo la cobertura en este instrumento de ordenación, preceptos a cuya lectura nos remitimos. Cabe destacar que ello tiene mucha lógica y sentido común a su favor ya que los instrumentos de ordenación de los puestos se constituyen en la plataforma mejor adaptada a la realidad de la organización y por ello son los que mejor pueden canalizar los flujos de salida y de llegada de funcionarios locales.

⁷ Vid. R.A. 3001; pte. sr. V. Conde Martín Hijas. Se consolida así una corriente jurisprudencial que ya contaba con otros pronunciamientos en su haber como las SSTS de 12 de octubre de 1994 (R.A. 4240) y 14 de octubre de 1997 (R.A. 7534).

estatal y autonómicas en su respectiva competencia en materia de organización por ser la misma “un bien constitucionalmente protegible”, sin que ello suponga, por lo tanto, una vulneración de los principios de igualdad, mérito y capacidad prevalentes en esta materia.

4. Por su parte, y en lo que respecta a la posible existencia de un derecho funcional a la movilidad interadministrativa, podemos destacar que, efectivamente, dicho derecho existe. Y existe no porque sea una formulación doctrinal generada a partir de la interrelación de un grupo de normas que dan como consecuencia su cristalización sino porque de modo explícito e indubitado el propio legislador básico en el EBEP determina con palmaria claridad su existencia y ámbito de operatividad.

En efecto, al tratar de la movilidad del personal de carrera el EBEP determina en su artículo 81, apartado primero que “cada Administración Pública, en el marco de la planificación general de sus recursos humanos, y sin perjuicio del derecho de los funcionarios a la movilidad, podrá establecer reglas para la ordenación de la movilidad voluntaria de los funcionarios cuando considere que existen sectores prioritarios de la actividad pública con necesidades específicas de efectivos”, precepto que entendemos que se proyecta y se interconecta perfectamente con la movilidad interadministrativa prevista en el artículo 84 ⁽⁸⁾.

Sobre esta base el artículo 84 regularía la movilidad voluntaria entre Administraciones, esto es, las medidas de movilidad propiamente dicha, los procedimientos y el régimen de provisión de los puestos de trabajo que pudieran cubrirse por esta vía.

Significa ello que el derecho a la movilidad voluntaria interadministrativa no sólo existe sino que tiene un recorrido material por obra del propio legislador básico, y es ese legislador el que habrá de trazar si quiera en sus líneas maestras respetando la reserva de Administración a la que hemos hecho referencia, que cabe recalcar, vuelve a reconocerse en el artículo 81.1 y, posibilitando en su caso, la intervención normativa de los legisladores de desarrollo, caso de que sea posible dicha intervención, pues a diferencia de otros supuestos el legislador básico no remite a dichos legisladores el tratamiento de esta cuestión sino a las Administraciones empleadoras mismas; distanciándose del modo como lo hace, por ejemplo, para los supuestos de movilidad recogidos en el artículo 78.3 del EBEP.

A los efectos que estamos hablando ahora cabe señalar que alguna jurisprudencia anterior al EBEP de 2007 vino a declarar tanto la inexistencia de un derecho subjetivo a dicha movilidad interadministrativa en la esfera local, sobre la base de que el artículo 101 de la LRBRL de 1985 debía de considerarse sólo una mera posibilidad y condicionada a lo que establecieran las RPT en cada caso, por lo que no cabrían concursos de traslados previos y sin ese condicionante (STSJ de Madrid de 30 de marzo de 2000; pte. De la Peña Elías), como, en una interpretación mucho más literal y directa, y destacando el “salto decididamente favorable a la movilidad” en dicho precepto de la LRBRL, el cual se entendía que se apartaba de lo previsto en el artículo 17.2 de la LMRFP que remitía esta cuestión al modo en el que estuviera considerada esta opción en las RPT, venía a reconocerse “un verdadero derecho subjetivo a participar en los concursos de cualesquiera

⁸ El propio promotor de la iniciativa, al publicar la reforma del apartado tercero del artículo 84 del EBEP, ha buscado como encaje de la misma su entronque en el apartado primero del artículo 81, al señalarse que “el Gobierno... se fijó (en su Informe de 21 de junio de 2013 de Reforma de las Administraciones Públicas) como uno de los objetivos la articulación de mayores mecanismos de movilidad interna y movilidad interadministrativa para un uso lo más eficiente posible de los recursos de que dispone cada Administración, canalizando hacia los sectores deficitarios parte de los efectivos ubicados en sectores que se consideren excedentarios, afectando también a las distintas Administraciones territoriales”. Vid. *La Administración al día* del INAP del 5 de mayo de 2014.

Corporaciones locales” (STSJ del País Vasco de 23 de enero de 2004; pte. Orúe Bascones; que cita, a su vez, la STS de 30 de noviembre de 1995; RA 9461) ⁹).

5. Como es sabido en relación con el régimen de la movilidad interadministrativa se han producido recientemente dos novedades, aparte de la que nos ocupa, que inciden de un modo indirecto sobre ella. Nos referimos tanto a la nueva redacción que la llamada LRSAL de 2013 ha dado al artículo 92 de la LRBRL de 1985, como a un reciente pronunciamiento del Tribunal Supremo que reformula la naturaleza jurídica de las RPT rompiendo con una jurisprudencia consolidada que no había sido cuestionada hasta ahora en sus resultados prácticos. Veamos cada una de estas novedades por separado.

Como es sobradamente conocido las relaciones de puestos de trabajo poseen una funcionalidad diversa que abarca un relevante conjunto de aspectos -la mayor parte de ellos esenciales- para la vida del empleo público de cada organización administrativa local. Dentro de ellos, y esto constituye una novedad reciente, motivado por la entrada en vigor de la reforma local acometida por LRSAL de 2013 se encuentra la determinación, en régimen de preferencia, de los puestos que se encuentran reservados a los funcionarios públicos que, habrán de ser a partir de ahora, y contrariamente a lo que venía sucediendo desde la promulgación de la LRBRL de 1985, el régimen general, sin opciones posibles de excepciones, en el empleo público local, y especialmente en lo que se refiere a la utilización del régimen jurídico laboral.

En concreto, y según se establece en la indicada ley 27/2013 de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración local, mediante la que se confiere un nuevo contenido al artículo 92 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, los apartados que relacionamos quedan ahora del siguiente modo:

“1. Los funcionarios al servicio de la Administración local se rigen, en lo no dispuesto en esta Ley, por la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, por la restante legislación del Estado en materia de función pública, así como por la legislación de las Comunidades Autónomas, en los términos del artículo 149.1.18.ª de la Constitución.

2. Con carácter general los puestos de trabajo en la Administración local y sus organismos autónomos serán desempeñados por personal funcionario.

3. Corresponde exclusivamente a los funcionarios de carrera al servicio de la Administración local el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades o en la salvaguardia de los intereses generales. Igualmente son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado a funcionarios de carrera, las que impliquen ejercicio de autoridad, y en general, aquellas que en desarrollo de la presente ley, se reservan a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función”.

Lógicamente, y siguiendo la que ha venido siendo la constante en esta materia desde que, hace ya casi treinta años, contamos con la LRBRL, habrá de ser la relación o el catálogo de puestos la sede jurídica donde habrá de determinarse qué puestos concretos corresponden al personal funcionario, así como los que se les reserva al personal laboral y, en su caso, al eventual, en consonancia con la dotación económica consignada en las plantillas presupuestarias de la entidad local correspondiente (que también habrá de reflejar, por influencia de aquel instrumento, esa concreción). Ahora esta decisión, tomada desde hace años desde una supuesta libertad de

⁹ Vid. TOL 250.844 y TOL 361.929, respectivamente de la de la Base de Datos de Tirantonline.

determinación fundamentada en la potestad de auto-organización de las entidades locales (puestos excluidos al margen), se encuentra condicionada material y formalmente por el nuevo artículo 92.2 en la redacción dada por la LRSAL a la LRBRL, con la consiguiente sobrevaloración puntual de este instrumento global de ordenación del empleo público local pues todos los procesos de funcionarización que se tengan que poner en marcha a partir de ahora en la esfera local habrán de contar con este punto de apoyo sin el cual difícilmente se puede viabilizar el proceso de transformación jurídica de la relación laboral especial en relación estatutaria funcionarial.

Este plus valor, que como vemos es puramente coyuntural, tiene un efecto directo sobre las entidades locales, las cuales para acometer tales procesos de funcionarización habrán de redactar a la mayor brevedad, si no cuentan ya con ellos, instrumentos globales de ordenación de la estructura de puestos de sus organizaciones, sean catálogos básicos de puestos o instrumentos de naturaleza más compleja como las relaciones de puestos de trabajo. Este impacto será menor en aquellas organizaciones donde el proceso de funcionarización circunstancialmente no tenga por qué activarse (al encontrarse, por ejemplo, todos los puestos –los que deben de estarlos-cubiertos por funcionarios públicos), aunque no debe perderse de vista que las nuevas contrataciones laborales deberían de quedar sujetas a este cambio normativo y, en consecuencia, la regla de la preferencia o prevalencia del régimen funcionarial sobre el laboral debería de tomarse en consideración, por ser de obligado cumplimiento, lo que habrá de repercutir en las ofertas públicas de empleo y en las correspondientes convocatorias de plazas a cubrir.

De aplicarse en sus estrictos términos esta disposición en las Entidades locales ello tendría como consecuencia un mayor número de plazas presupuestarias y puestos de trabajo para funcionarios públicos, y una consiguiente ampliación del ámbito potencial de operatividad para la movilidad interadministrativa en la esfera local.

6. Respecto a la segunda de esas novedades, la revisión de la naturaleza jurídica de las RPT, contamos con una sentencia reciente del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2014, relativa a este instrumento, que no cabe olvidar que se trata de un factor esencial sobre el que ha venido gravitando esta modalidad de movilidad en la esfera local, y en tanto que elemento integrado en la misma lo encontramos reforzado incluso en la propia jurisprudencia constitucional como elemento básico del sistema (muy interesante a estos efectos la STC 8/2010, de 27 de abril). La STS de 5 de febrero de 2014 intenta zanjar definitivamente la cuestión referida, si bien que circunscribiéndola a la problemática de las RPT aprobadas por la Administración General del Estado y sus organismos dependientes (¹⁰). Se sostiene en esta importante sentencia, de la que ha sido ponente el sr. magistrado V. Conde Martín de Hijas, que:

¹⁰ Vid. Base de datos CENDOJ 28079130072014100061. Tratamos esta cuestión en nuestro trabajo *La carrera administrativa de los funcionarios públicos*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1994. Podemos encontrar un detallado examen del régimen de ordenación de los puestos en la esfera local en MAURI MAJOS, J. "Las relaciones de puestos de trabajo y la gestión de la función pública local". *Cuadernos de Derecho Local*, 2, 2003, pp. 42-66, esp. p. 58 y ss. Tanto el profesor Mauri Majos como nosotros mismos defendimos desde un principio la naturaleza normativo-organizativa de las RPT.

- a) La doctrina de la doble naturaleza jurídica (procesal y sustantiva) de un ente jurídico como es la RPT no resulta la más adecuada, debiendo de ser caracterizada de un modo unitario y unívoco (¹¹).
- b) En consecuencia “no se debe de seguir proclamando su doble naturaleza, a efectos procesales (como disposiciones de carácter general) y a efectos sustantivos o materiales (como actos administrativos plúrimos)”.
- c) Lo procedente es resolver la disyuntiva acto/norma o disposición general caracterizando a las RPT como acto, al carecer de la nota de generalidad y demás caracteres propios de las disposiciones reglamentarias, confiriéndole efectos no sólo sustantivos (como hasta ahora en razón de la jurisprudencia en la que se apoya; SSTS 19 de junio de 2006, 4 de julio 2012 y 10 de julio de 2013, etc.) sino también procesales. En consecuencia, y rectificando la jurisprudencia anterior, no procede para lo sucesivo distinguir entre plano sustantivo y procesal.
- d) La RPT no es un acto ordenador, sino un acto ordenado, mediante el que la Administración se auto organiza, ordenando un elemento de su estructura como es el del personal integrado en ella (¹²).
- e) A semejanza de cómo sucede con el nombramiento funcional, la función jurídica de la RPT no es la de ser norma de ordenación general y abstracta de situaciones futuras, sino la de ser un acto condición, mediante el que, al establecer de modo presente y definitivo el perfil de cada puesto, este opera como condición y como supuesto de hecho de la aplicación al funcionario que en cada momento lo sirve de la norma rectora de los diversos aspectos del estatuto funcional (¹³).

Como incógnita queda qué sucederá con la naturaleza jurídica de los catálogos y las relaciones de puestos de trabajo que se redacten o estén operativos en la esfera local a las que, en principio, no resulta de aplicación la STS de 5 de febrero de 2014. Está por ver que esta sentencia no tenga fuerza expansiva en un futuro inmediato y ello por cuanto que todos los instrumentos a los que hace referencia el artículo 74 del EBEP integran una misma familia, la de los instrumentos globales

¹¹ Se ha planteado voto particular a este pronunciamiento por parte de los magistrados sres. N. Maurandi Guillen y P. Murillo de la Cueva, voto que, con un enorme equilibrio, va rebatiendo uno a uno los argumentos expuestos en el mismo. Remitimos a su lectura.

¹² En palabras de quienes suscriben el voto particular “parece haber, pues, según la sentencia, una ordenación no normativa”.

¹³ Este es el aspecto quizás más imaginativo de la sentencia pero incurre en algunos aspectos objetables: la primera que el acto condición desde su formulación dogmática, en el caso de que se esté de acuerdo con este planteamiento, está pensada para los nombramientos funcionariales por lo que resulta inapropiada su aplicación a los contratados laborales, que no cabe olvidar, también están incluidos en las relaciones de puestos de trabajo; la segunda, que caso de que el engarce del funcionario efectivamente pueda hacerse a través del nombramiento como acto formal selectivo, habría de tenerse presente entonces de que habría dos acto-condición, uno la RPT propiamente dicha y otro el de la asignación, adscripción o nombramiento para el puesto del funcionario en concreto. De hecho cabrían entonces actos condición en múltiples planos (RPT, nombramientos funcionariales para plazas, adscripciones y asignaciones de puestos concretos), con la consiguiente desvirtuación de la figura acto-condición diseñado para un plano aplicativo específico. En último lugar, y asumiendo, punto este que nunca ha sido controvertido, que las plantillas orgánicas tienen naturaleza normativa, cabe preguntarse ¿no es un dislate que un acto-condición, como la RPT según esta sentencia, pueda regir la vida de unas normas reglamentarias como son las plantillas orgánicas? Simplemente se han olvidado las interrelaciones entre unas figuras que se encuentran interconectadas entre sí al abordar una de ellas de manera aislada y no sistemática.

de ordenación del empleo público. Y la paradoja, cabe temer, es que aunque no se ha tenido en cuenta en ningún momento esta realidad de conjunto, esta sentencia puede incidir sobre ella por pura inercia. Y ello a menos que los hasta ahora prácticamente ausentes legisladores de desarrollo del Estatuto Básico del Empleado Público de 2007 en sus amplios márgenes de conformación normativa establezcan sin lugar a dudas que estamos en presencia de normas jurídicas, aunque sean singulares y diseñadas para ámbitos organizativos específicos.

7. Respecto al retoque puntual que sufre el régimen jurídico de la libre designación por obra de la reciente Ley de Racionalización del Sector Público de 2014 cabe subrayar que asistimos aquí a una modificación, que aunque puntual, podemos considerar de calado y que, a diferencia de la sentencia anteriormente citada, si se proyecta directamente sobre la esfera local, en pié de igualdad en este caso con las restantes Administraciones territoriales.

En concreto, y de acuerdo con una enmienda planteada desde la mayoría política que apoya al Gobierno durante la tramitación del proyecto de ley a su paso por el Senado –lo que significa que no ha sido objeto de análisis previo en el correspondiente Dictamen del Consejo de Estado ni dialogada ni negociada esta previsión con las asociaciones y sindicatos funcionariales- y con ese matiz ciertamente sorpresivo, se establece una modificación en el EBEP de acuerdo con la cual los funcionarios que hayan obtenido o vayan a obtener algún puesto de trabajo en otra Administración pública gracias al régimen de movilidad interadministrativa prevista en el artículo 84, aprovechándose del procedimiento de libre designación, ya no permanecerán en la Administración de destino, como hasta ahora sino que muy probablemente tengan que retornar a la Administración de origen de donde partieron.

El análisis de este cambio normativo podríamos abordarlo de la siguiente manera:

- a) Indagando en el trasfondo de su adopción, por si alguna influencia pudiera tener de cara a la comprensión de esa modificación toda (punto 8).
- b) Constatando si se ha producido o no una desfiguración del sistema de libre designación como procedimiento de cobertura de puestos como consecuencia del mismo (punto 9).
- c) Analizando sus efectos tanto inmediatos como los que pudiera tener para un futuro, en especial su impacto para éste particular supuesto de movilidad (punto 10).
- d) Y, ya de modo conclusivo, si esta modificación podría superar el test de constitucionalidad (punto 11).

8. Respecto al trasfondo de esta iniciativa legislativa podemos apelar a dos posibles circunstancias concurrentes que la han hecho posible y que, en cierta forma, convergen en el tiempo: una derivada de la praxis de los últimos años en algunas Comunidades autónomas en las que se han vivido procesos de movilidad que se han podido ver truncados –con la consiguiente problemática asociada- por los cambios de gobierno que han sucedido tras elecciones autonómicas recientes (el caso de la Generalitat de Catalunya constituiría su “prueba real”); el segundo, puede proceder de la urgencia que el Gobierno y el partido que lo sustenta ha podido tener de cara a la aprobación de medidas relativas a materias organizativas y de empleo público, y entre las que se encontraba la adopción de algunas que estuviera focalizada en la movilidad interadministrativa de los funcionarios públicos. Si nos aferramos al primer influjo resultará probablemente insatisfactoria la justificación que, en clave más de legislación general, puede encontrarse en esta segunda influencia; y si, por el contrario, consideramos sólo esta segunda posibilidad estaríamos descartando que la tramitación de esta iniciativa (mejor enmienda, si queremos ponernos más formalistas) en las Cortes ha podido contar con otros apoyos directos o indirectos, incluso que ha

podido ser negociado con otros grupos políticos con gran peso en algunas Comunidades concretas ⁽¹⁴⁾.

En efecto, las *praxis* que se han podido generar a partir de ceses en masa de libredesignados como consecuencia de cambios de signo político en Gobiernos autonómicos puede actuar de espoleta que justifique una modificación concretada en un aspecto tan específico del régimen de la movilidad interadministrativa voluntaria, sobre todo cuando se tiene en cuenta que se cambia una regla de juego que estaba en el precepto aplicable formulado originariamente en el EBEP y que responsabilizaba a la Administración (en ese caso autonómica) de destino de la asunción de los funcionarios cesados por operar libres designaciones (tal y como sucedía con los que habían obtenido sus puestos de trabajo por concurso). Precisamente algo que se cuestionó abiertamente a raíz de dichos ceses en masa intentando viabilizar el retorno de los funcionarios a su Administración local de origen, como quedó abiertamente explicitado en la situación vivida en la Generalitat de Catalunya.

Del lado del Gobierno, el mismo “vende” la iniciativa en términos de impulso mediante el que se hace frente a una necesidad administrativa que, probablemente existiera en clave política, pero que desde luego no es de las más urgentes que tienen planteado hoy el empleo público del Estado tras los más de siete años transcurridos desde la entrada en vigor del EBEP ⁽¹⁵⁾.

En cualquier caso, esta instrumentalización por parte del marketing político de una medida técnica puede comprenderse también por cuanto que si bien parece poco creíble que una modificación como la citada pueda entenderse que va a suponer un verdadero impulso para esta figura cuando en realidad se trata de una medida llamada a resolver un problema de un corte muy diferente: el que se genera cuando se produce el cese del personal funcionario por pérdida sobrevenida de confianza política y de una tacada son muchos los funcionarios afectados que han de verse abocados a volver a sus Administraciones locales de origen.

Es decir, se trata de una medida tendente a resolver, en suma, lo que es un problema típico de *spoils system*, de una modalidad muy suavizada si se quiere de ese sistema, de cese por motivos políticos, aunque no en los términos dramáticos en los que quedaba planteado el mismo en otros momentos históricos y que pervive hasta el presente gracias al modo en el que ha quedado en nuestra legislación el llamado procedimiento de provisión de libre designación y los rasgos que lo han caracterizado, especialmente en las últimas décadas y fiel heredero de un residuo histórico nunca liquidado completamente en una función pública como la nuestra.

9. Respecto a la respuesta a la pregunta de si este cambio normativo ha producido una desfiguración o reconfiguración tanto del sistema de libre designación como de las situaciones administrativas que pueden servir para instrumentalizar esta modalidad de movilidad principalmente la situación de servicios en otras Administraciones y la de excedencia por interés particular, cabe señalar que no. Estas tres figuras permanecen tal y como estaban configuradas normativamente hasta ahora. A este respecto solo cabe señalar que esta última situación administrativa juega ahora un papel que, aunque residual y penalizador, no tenía hasta este momento en relación con la movilidad voluntaria entre Administraciones públicas. Más se trata de

¹⁴ Nos referimos, obviamente, a Catalunya y a los representantes de Convergència i Unió en el Congreso de los Diputados.

¹⁵ Sin ir más lejos cabría preguntarse por el desarrollo legislativo pendiente en relación con la Administración General del Estado y cuando se producirá el mismo. Ni tan siquiera se ha sido capaz hasta ahora de dictar una sola disposición de renovación normativa en concordancia con los nuevos horizontes abiertos por el EBEP.

una utilización instrumental, tal y como venía siendo empleada anteriormente, posición en la que continúa, la situación de servicios en otras Administraciones.

En cuanto al sistema de libre designación que, como señalamos, tampoco sufre desfiguración o reconfiguración alguna en cuanto que mecanismo de provisión de puestos, hemos de tener presente que, del mismo modo que hasta ese momento, pero como algo implícito sucedía con el procedimiento de concurso, en relación con el cuál resultaba comprobable su resultado final (el de que el concursante permanecería en el puesto obtenido en la Administración de destino donde recalaría, en principio, ya de modo indefinido), queda evidenciado ahora para los libredesignados la mecánica administrativa a seguir tras los ceses, así como su posible resultado final, sea el de permanencia en la Administración de destino, en la de origen de no ser asumido por aquella, o en la situación administrativa de excedencia por interés particular.

Por ser sobradamente conocido no vamos a extendernos aquí en la problemática jurídica que tienen estos ceses de los libredesignados, pero sí creo que se justifica una brevísima referencia a la línea jurisprudencial existente sobre este aspecto de nuestra exposición.

Prácticamente todos los pronunciamientos jurisprudenciales participan de la idea de que las autoridades competentes ejercitan aquí una potestad discrecional casi pura, esto es, que salvo que pueda ser controlada por los elementos reglados del ejercicio de la competencia administrativa, del procedimiento y de los requisitos para su cobertura por esta vía, nos encontraríamos ante una decisión enteramente discrecional. Bastaría, en consecuencia, con que se produjera la pérdida de la confianza en el libredesignado para que el cese fuera totalmente viable (por ejemplo, STS de 3 de abril de 1992), por lo que no habría que tramitar expediente contradictorio alguno (STS de 13 de junio de 1997), ni audiencias previas (STSJ de Galicia de 17 de marzo de 1999). Y en tanto en cuanto se produjera el cese el funcionario nombrado se encontraría tendría sólo un mero interés de permanencia en el puesto (SAN de 9 de mayo de 2001) ⁽¹⁶⁾. Esta situación contrasta con la previsión de este sistema en las RPT para la que la jurisprudencia del Tribunal Supremo impone una motivación específica debido a su excepcionalidad, motivación que, como vemos, no se traslada al momento del cese que puede basarse en la discrecionalidad referida ⁽¹⁷⁾.

10. La que pudiéramos denominar mecánica administrativa o procedimental de esta modalidad de movilidad voluntaria se sustancia de una forma que aunque muy discutible –no se concede, y ello

¹⁶ Tomo en préstamo estos pronunciamientos de J. FUENTATAJA PASTOR. “Carrera administrativa y provisión de puestos de trabajo”, en M. SÁNCHEZ MORÓN (coord.). *Régimen Jurídico de la Función Pública*. Valladolid. Lex Nova-Thomson Reuters, 2013, p. 470 y ss. En general, y de modo muy completo se aborda este sistema de provisión desde una perspectiva jurisprudencial, en p. 433 y ss.

¹⁷ Los sistemas de cobertura de los puestos deben de figurar recogidos también en los catálogos o RPT lo que plantea la cuestión, bastante controvertida, del modo en que se produce la elección del sistema, especialmente cuando la Administración se decanta por un procedimiento que, como el de libre designación, porta ya en su propia configuración la idea de confianza en el empleado que habrá de ocupar el puesto en concreto. A estos efectos conviene recordar que el proceso de flexibilización de estos instrumentos de ordenación en clave EBEP ha llevado a la desaparición de elementos sobre los que se apoyaba el control jurisdiccional para determinar el mal uso que se pudiera hacer de la libre designación; con todo, el establecimiento de la regla de que ha de motivarse siempre por la Administración la opción por los sistemas no concursales y que esa motivación ha de ser suficiente posibilita que los excesos, que no podemos decir que sean infrecuentes en las grandes Administraciones locales, pueda ser objeto de un control efectivo. Esta es el enfoque conclusivo que, tras una fase de transición, maneja la última jurisprudencia del Tribunal Supremo. Vid., por ejemplo, las SSTS de 31 de julio de 2012 (ref. Iustel 352060) ó 19 de octubre de 2011 (ref. Iustel 343525).

puede criticarse, ni tan siquiera un trámite de audiencia para que los afectados puedan pronunciarse sobre la defensa de sus intereses una vez que se ha producido el cese, ni se oye a las Juntas de Personal ni a ningún órgano administrativo especializado, como existen en algunas entidades para examinar y discutir este tipo de cuestiones- tiene una lógica que la hace defendible. Y ello por varias razones.

En primer término porque el puesto obtenido por libre designación lo es en régimen de provisionalidad, no es definitivo como sucede en el concurso, y aunque dicha provisionalidad lo sea por mucho tiempo en ningún momento se le puede atribuir carácter indefinido. Lo que hace que la situación de los libredesignados sea muy diferente de los concursantes que obtuvieron sus puestos de trabajo por ese otro procedimiento de provisión.

En segundo término porque mientras que respecto de los concursantes podemos predicar, en razón de la proyección inequívoca de los principios de igualdad, mérito y capacidad y publicidad, que puede asumirse la ficción de que, aunque sea un puesto de trabajo lo que obtienen, en realidad se produce su inserción en otra Administración pública, lo que de suyo no sería posible si no lo fuera vía plaza presupuestaria y procedimiento selectivo (como el que tuvo lugar en su momento en la Administración de origen) y que solo se justifica en función de la protección del derecho a la movilidad interadministrativa, nada de esto sucede en el caso de la libre designación. En este supuesto, a la provisionalidad de la designación, se suma el que el puesto no ha sido obtenido “verdaderamente” por el cauce más riguroso y vinculados a los principios constitucionales o cuasi constitucionales referidos y que son seña de identidad tanto del acceso a la función pública como de la carrera administrativa que es continuidad de aquel.

Esta doble razón justificaría en cierta forma que sea la Administración de destino la que, por esta especie de legitimidad a la inversa, lleve la “voz cantante” en esta mecánica y que si ella no absorbe al funcionario que libredesignó para conferirle movilidad al mismo entre en liza, ya sin solución de continuidad, la Administración local de origen para asumir su retorno.

En este juego puede discutirse, eso sí, el escaso margen que le queda a esta otra Administración para reasumir al funcionario que marchó, lo que se plantea en términos, para nada voluntarios, sino más bien estrictamente forzosos. Para comenzar si no fue previsora -y no tenía por qué serlo en un régimen en el que no había reserva de puesto de trabajo del funcionario que se movilizó a otra Administración y en el que se imponía el aprovechamiento de los recursos existentes, plazas, puestos y empleados- se encuentra ahora con que, al no contemplarse ningún régimen de transitoriedad, habrán de asumir a los funcionarios desplazados de modo sobrevenido y sin margen de maniobra alguna, ya que en tanto en cuanto estos funcionarios no ocupen un puesto de trabajo concreto en la Administración de origen percibirán sus retribuciones y niveles consolidados (que es como entendemos la frase del legislador “con efectos económicos y administrativos desde la fecha en que solicite el reingreso”). De este modo se fuerza a que este procedimiento de inserción se efectúe por la vía rápida, lo cual no tiene por qué ser efectivo de inmediato, pues hay que crear la plaza en la plantilla presupuestaria, si esta ya no existe o está ocupada ya de modo definitivo por otro funcionario, generar el puesto de trabajo de reinserción en la RPT, etc. Desde esta perspectiva el legislador puede estar causando perjuicios evidentes a las Administraciones de destino con procesos de movilidad en curso, Administraciones que, no cabe olvidar, también estuvieron apostando por facilitar la movilidad voluntaria interadministrativa y que ahora se convierten en paganas de la frustración que haya podido sufrir dicha movilidad. Máxime si tenemos presente que se ha producido aquí un cambio muy marcado y que bajo el régimen en el que se posibilitaron aquellas libre designaciones era la Administración de destino la

que se veía obligada a asumir a los funcionarios que fueron nombrados siguiendo este procedimiento cuando tuvieran lugar sus ceses ⁽¹⁸⁾.

Más como decimos todo ello puede tener cierta lógica que ahora, debido a la sorpresa e impacto que puede producir una medida como la referida sobre los procedimientos de movilidad en curso de realización, nos cuesta asimilar. Si no hubiera supuestos *in fieri* y comenzáramos desde cero cabría plantearse que esta operación de completud del régimen de la movilidad interadministrativa voluntaria podría producir más que movilidad, inmovilismo. Sobre todo porque al cambiar la posición jurídica de la Administración de origen esta se puede ver obligada a mantener el puesto de trabajo concreto del funcionario desplazado hasta que obtenga un puesto de trabajo por concurso en la Administración de destino y tendrá que sopesar si le merece la pena y sobre todo si tiene margen para oponerse –parece que no- para evitar la marcha de “su” funcionario hacia la Administración de destino. En el fondo de todo se penaliza a la Administración de origen frente a la de destino y cabe plantearse si, tras años, pues pueden ser años en la otra Administración, le sigue compensando su vuelta (al igual que puede sucederle al funcionario afectado mismo, que ya no desee retornar y se vea forzado a ello por la pura mecánica del nuevo dispositivo legal estatutario).

Desde la perspectiva del funcionario, que no cabe olvidar que queda completamente inerme frente al juego de acciones e inercias que se puedan poner en marcha por el juego de la mecánica administrativa prevista en el nuevo artículo 84.3 del EBEP, su margen de maniobra es casi anecdótico. Máxime si estamos en presencia de ceses en masa que llevarían directamente a que la obtención de un acomodo en la Administración de destino se torne imposible. Queda si, como manifestación del derecho que tiene a la movilidad, aunque sea bajo la forma de retorno forzado, la obtención del mismo puesto que tenía antes de marchar o de un nuevo destino en la Administración de origen si se produjeron mientras tanto cambios en su posición de carrera, y las retribuciones a percibir mientras que se le asigna ese nuevo puesto o destino (consecuente con los “efectos administrativos” que tenga reconocido). Al igual que constituiría manifestación de dicho derecho el cumplimiento escrupuloso de la mecánica administrativa prevista. Desde esta perspectiva estamos ante una modificación normativa que le ofrece unas garantías mínimas de las que antes no disponía pero ello no significa que constituyan un final satisfactorio para la situación laberíntica a la que se ve obligado a enfrentarse. Y ello, además, en cuanto que su deseo último pudiera ser permanecer en la Administración de destino definitivamente, lo que implica, en última instancia, ser coherente con la dinámica de movilidad voluntaria en la que el funcionario se insertó desde un principio.

Por ello, y aunque desde el tratamiento que desde una perspectiva jurídica abstracta pudiera tener una mecánica ideal pudiera justificarse el que se “cargara” todo el peso de la movilidad frustrada sobre la Administración de origen sorprende la comodidad en la que se coloca a la Administración de destino, que puede o no absorber a los funcionarios libredesignados con un enorme margen de libertad. A estos efectos cabe preguntarse si no se debería haber apurado un poco más el tratamiento legal para hacer efectiva la movilidad voluntaria deseada por el funcionario en dicha Administración, imponiendo unas condiciones de una mayor penetración jurídica en la posición de la de destino, al igual que sucede con la de origen. Es aquí donde se proyecta una inequívoca decisión de corte político y también de las *praxis* que se han seguido en los casos de ceses en masa de funcionarios como consecuencia de los cambios de gobierno

¹⁸ No cabe duda de que la nueva norma es muy poco respetuosa con una mínima transitoriedad que exigía su adopción y que constituye un evidente fallo muy criticable.

producidos en algunas Comunidades autónomas señeras, que para nada puede considerarse como irrelevantes (¹⁹).

Por ello no resulta descabellado subrayar que estamos ante una relación administrativa descompensada y que rompe la relativa igualdad que tendría que presidir la movilidad voluntaria interadministrativa tal y como fue formulada inicialmente por el legislador básico en el EBEP de 2007. Y es que si en algo se caracterizó el apartado del artículo 84 del EBEP fue en un escrupuloso respeto a la posición que mantenían en estos procesos de movilidad voluntaria cada una de las dos Administraciones, reforzando precisamente, y por coherencia, el que el diseño y dirección del movimiento de traslado concluyera en la Administración de destino y nunca, aunque pudiera ocurrir episódicamente, en la de origen. De este planteamiento, y variables de alteración como las citadas al margen, se desprendía un cierto paralelismo con la misma solución dada a las movilizaciones producidas por concurso. Asimismo, se reservaba a cada Administración una posición que también era consecuente con el proceso de inserción en la Administración de destino, pues este como proceso dado podía iniciarse por libre designación y concluirse en concurso, más no con la vuelta del funcionario a su Administración de origen. Algo a lo que ahora fuerza el nuevo tratamiento del apartado tercero del artículo 84 del EBEP., convirtiendo en factible algo que podía ser impensable al legislador básico de 2007.

11. Finalmente hemos de pronunciarnos sobre la cuestión de si esta modificación podría superar sin problemas el llamado test de constitucionalidad desde las distintas perspectivas que pueden confluir en esta problemática concreta que resuelve el nuevo apartado tercero del artículo 84 del EBEP. Así:

a) Desde el contenido estatutario que tiene la movilidad voluntaria interadministrativa si hay algo que se echaba en falta en este precepto era una mayor implicación del legislador estatutario de cara a la materialización de esta modalidad de movilidad funcional y del empleado público. Esto es, a fuerza de hablar de las Administraciones, de las medidas y procedimientos que se pudieran adoptar para hacerla realidad, y de no ultimar, como merecía a nuestro juicio el régimen definitivo de adscripción de los funcionarios afectados por la misma, lo que sucedía precisamente por haberse optado por el modelo voluntarista que se había seguido para configurar esta figura, quedando en pura disposición el tratamiento de su acabado jurídico final.

Ahora, y por lo que se refiere a la función pública de carrera, no ofrece ya dudas el resultado final del proceso de movilidad en este caso, aunque surge la duda de si correspondía al legislador básico y no a los legisladores de desarrollo e incluso, podría plantearse también a las propias Administraciones interesadas de común acuerdo, la adopción de una decisión como la referida. En la opinión de los que hemos defendido que la figura necesitaba de una mayor compromiso del legislador básico para hacerla factible, así como una mayor sustantividad estatutaria –similar a la que existe en otros campos estatutarios, como los permisos y licencias o las situaciones administrativas- no podemos menos que mostrar nuestra conformidad porque finalmente se camine en esa dirección. Aunque claro está que ni la vía, ni el modo ni el contenido de esta modificación normativa nos parezca adecuado.

b) Desde la perspectiva de los legisladores de desarrollo, y dependiendo de la concepción que se tenga y se defiende de lo estatutario, podría objetarse que el nuevo apartado tercero del artículo 84 limita en mayor o menor medida su campo de actuación, campo que antes de esta reforma

¹⁹ Podría generarse así una dinámica del tipo que las provisiones por concurso generaría inserción en la Administración de destino y la libre designación terminaría con el retorno a la Administración de origen.

normativa era mucho más amplio, y que ahora ha quedado condicionada enormemente. En cualquier caso, y del escaso desarrollo legislativo que el artículo 84 del EBEP ha tenido hasta ahora no se desprende ningún choque de preceptos y, en consecuencia, no se debe producir como consecuencia de la reforma del mismo ningún desplazamiento normativo. Otra cosa es, como decimos, la situación pro futuro, sobre todo para aquellos legisladores de desarrollo que podrían haber querido plantear este punto concreto de otro modo, algo que ya no será posible tras la reforma del EBEP (²⁰).

c) Desde la perspectiva de las Administraciones públicas concurrentes cabe preguntarse si no se hace realmente inviable la propia existencia de una reserva de Administración de las que nos hacen partícipe los apartados primero y segundo del artículo 84. Sobre todo si tenemos en cuenta que en relación con las Administraciones locales dicha reserva debe de verse reforzada por influencia de la autonomía local constitucionalmente reconocida (²¹). Ello puede verse más claramente en la situación concreta en que queda la Administración local de origen y como todo el proceso de movilidad que se encontraba encausado puede revertir finalmente sobre ella. La capacidad de decidir de esta Administración en concurrencia con la de destino se ve completamente mediatizada por una opción del legislador básico, el mismo que le reconoce que esta materia le está reservada. En consecuencia, cabe preguntarse por qué se le asigna un papel todo el condicionado normativamente.

d) Desde la perspectiva del funcionario movilizado caben pocas dudas de que la respuesta dada por el legislador básico en este caso, y a diferencia de otros muchos reseñables extraíbles del propio EBEP en el que la opción favorecida lo es conforme a los intereses de las Administraciones, es pro- empleado. Y ello por cuanto se concreta un final seguro (aunque no necesariamente feliz) y con ventajas indiscutibles para el mismo. Si bien cabe recordar que de la confluencia de los intereses de las Administraciones concurrentes, tanto de origen como de destino, no se desprende necesariamente que la predilección del funcionario afectado esté en la Administración de origen, sino que más bien, y por ser consecuente con su elección, lo estaría en la de destino.

e) Finalmente, cabría plantear, aunque sin excesiva fuerza argumental en la que apoyarse, si en clave constitucional puede admitirse que se pueda conseguir el mismo objetivo que se persigue mediante un proceso selectivo que descansa sobre las plazas orgánicas mediante un simple procedimiento de cobertura de puestos. A estos efectos no cabe olvidar la protección que constitucionalmente hablando tiene la promoción en el trabajo y la propia idea de carrera profesional, bienes constitucionalmente protegidos que pueden posibilitar excepciones como las citadas y que no impere en estos casos las reglas de la selección sino las de la provisión de puestos. Y que ocupando un puesto de trabajo, cabe concluir, se pueda recalar en otra Administración pública sin problema alguno (²²).

²⁰ Puede confrontarse el precepto referido con el artículo 82 de la ley 4/2011 de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha (BOE, 104, de 2 de mayo) y el 113 de la ley 10/2010, de 9 de julio, de Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana (BOE 190, de 6 de agosto).

²¹ Recuérdese que la jurisprudencia constitucional existente en relación con esta modalidad de movilidad, como ya tuvimos ocasión de consignar, reconoce la competencia administrativa en materia de organización como bien constitucionalmente protegido (STC 156/1998, de 13 de julio).

²² La jurisprudencia constitucional existente, al igual que la ordinaria, en ningún momento se plantea esta cuestión ni siquiera en clave de excepción y dan por hecho que se trata de una expresión más de la carrera administrativa de los funcionarios públicos.

12. Como reflexión final podemos subrayar el salto cualitativo que esta reforma de 2014 puede suponer para el régimen y los procesos de movilidad voluntaria interadministrativa de los funcionarios públicos de carrera, al trastocar el tratamiento de la que pueda tener lugar vía procedimiento de libre designación.

Sin embargo, y ello resulta lamentable, dicha iniciativa de profundización no tiene por qué traducirse en un impulso palpable –más bien cabe temer que podría producirse un retroceso evidente- para esta modalidad de movilidad en concreto y para el conjunto todo de la movilidad interadministrativa en la esfera local. Y ello por cuanto que, a partir de ahora, las Administraciones locales de origen, por las distorsiones que ello acarrea, deberán de sopesar bastante si entran, en la medida en que ellas son también partícipes de dichas movilidades y actores de las mismas, en admitir que funcionarios suyos marchen a otras Administraciones, pues en la práctica ello supondría de facto tener que reservar o casi reservar los puestos de trabajo de los afectados hasta en tanto los mismos no se incorporen materialmente a las Administraciones de destino, incógnita que puede incluso tardar años en resolverse.

Lo que hasta ahora eran procesos no formalizados que podían tener como conclusión –en la mayor parte de los casos ello podía ser así-, el acceso definitivo del funcionario interesado a otra Administración pública, ahora se torna mucho más dificultoso y complicado. Algo que deriva directamente de la apuesta por parte del legislador básico por un marco mucho más garantista –que no compensado, ni consecuente- tanto para el funcionario afectado por los nombramientos productos de libre designaciones como para las Administraciones que los reciben provisionalmente por esta vía, sea cuál el tamaño de la Administración de la que se trate, las cuales serán las que decidirán en última instancia y en exclusiva, si acogen al funcionario en su organización o si los hacen retornar a sus Administraciones de origen.

La idea de provisionalidad de las coberturas de puestos por libre designación sale muy reforzada y reafirmada tras esta reforma normativa y, por mucho que las mismas duren incluso años, no por ello se traduce en un mejor tratamiento que acerque este procedimiento de provisión, incluso en aquellos casos en los que hubo una cierta fase de concurrencia y de valoración de méritos previos, a los concursos.

En suma, libre designación y concurso constituyen ahora más que nunca dos vías completamente separadas, y con muy pocos puntos de conexión, para proveer los puestos de trabajo y también para servir de mecanismos para posibilitar la movilidad voluntaria interadministrativa, movilidad respecto de la cual ha de hacerse ya la advertencia que tiene dos tratamientos muy definidos, con consecuencias jurídicas muy diferentes y, como hubiera debido ser lo deseable en cuanto a su implementación práctica, cada vez menos interconectados entre sí.