



FEDERACIÓ DE MUNICIPIS
DE CATALUNYA

2017
Barcelona



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



Reconeixement-NoComercial-SenseObraDerivada 2.5 Espanya

Sou lliure de:



copiar, distribuir i comunicar públicament l'obra

Amb les condicions següents:



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



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



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

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

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



FEDERACIÓ DE MUNICIPIS
DE CATALUNYA



Edita

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

Disseny i maquetació

www.lacuinagràfica.com

Sumari

1^a sessió
18/10/17

2^a sessió
15/11/17

3^a sessió
20/12/17

Introducció

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

Enguany, el Seminari manté la seva estructura habitual de tres sessions en les quals es tractaran temes molts diversos amb ponents de contrastada experiència acadèmica i professional. Les ponències es centraran sobre la política d'ocupació pública per a l'any 2017, els problemes de personal relacionats amb la internalització dels serveis contractats i el futur del treball públic durant el proper decenni. En tot cas, s'insistirà sempre en que cadascun d'aquests àmbits temàtics vagi acompanyat d'alguna comunicació relacionada estretament amb els drets col·lectius dels empleats públics.

Inaugurarem el Seminari al mes d'octubre amb una sessió dedicada a la política d'ocupació pública que es portarà a terme durant l'any 2017, amb una ponència sobre L'Acord per a la millora de l'ocupació pública i la política d'ocupació pública prevista per les lleis pressupostàries, a càrrec de Alberto Palomar Olmeda, magistrat i professor de dret administratiu de la Universitat Carlos III de Madrid, una intervenció que vindrà acompanyada de la de Josefa Cantero Martínez, professora de dret administratiu de la Universitat de Castella-La Manxa, sobre Les irregularitats en l'ocupació pública i la responsabilitat dels òrgans competents en matèria de personal. Clourem aquesta primera sessió amb la ponència de la professora de dret del treball i de la seguretat social de la Universitat de Castella-La Manxa, Amparo Merino Segòvia, que tractarà sobre L'acció sindical a les Administracions públiques i els crèdits horaris per a realitzar funcions de representació després de la legislació de crisi.

En la sessió del més de novembre el tema a abordar serà la política de personal en els processos de remunicipalització. Obrirem amb la intervenció del catedràtic de dret administratiu de la Universitat de Granada, Federico Castillo-Blanco, que abordarà la problemàtica relacionada amb la Incorporació de personal laboral en els supòsits d'internalització de serveis. Els projectes en curs: llei pressupostària i llei de contractes del sector públic. A continuació, la professora de dret del treball i de la seguretat social de la Universitat de Barcelona, Raquel Serrano Olivares, exposarà una ponència sobre Internalització de serveis i adaptació de les condicions de treball del personal subrogat en el sector públic. Unes intervencions que seran completades amb la participació de Margarita Tarabini-Castellani Aznar, professora de dret del treball i de la seguretat social de

la Universitat de les Illes Balears, que ens parlarà sobre Els drets d'informació i consulta del personal en les transmissions induïdes per la recuperació de serveis i activitats contractades.

La tercera sessió dels més de desembre tindrà una perspectiva més prospectiva. La primera ponència anirà a càrrec de la catedràtica de dret del treball i de la seguretat social de la Universitat de Lleó, Susana Rodriguez Escanciano, que tractarà del tema Poder de control, sistemes tecnològics i drets dels empleats públics. La seva participació anirà seguida de la del professor de dret administratiu a ESADE, Manuel Férez Fernández, que abordarà la problemàtica de L'ocupació pública després de la crisi. Tancarà el Seminari el responsable de recursos humans de la direcció general de la funció pública del Govern Basc, Mikel Gorriti Bontingui, que ens acostarà a la problemàtica de les relacions entre Envelliment i serveis públics: les polítiques d'edat a l'ocupació pública en el pròxim decenni.

Confiam doncs que el programa que us presentem sigui del vostre interès i us animem a participar en aquesta 19^a edició del Seminari de Relacions Col·lectives; un espai de debat i de reflexió conjunta per a gestors de personal i representants del personal, que pretén també ajudar modestament a assolir una millora continua dels serveis públics i un real manteniment dels drets dels empleats de les nostres entitats locals.

Joan Mauri i Majó

Director del Seminari

Professor de Dret Administratiu de la Universitat de Barcelona

Ponéncies

1^a sessió 18/10/17

L'acord per a la millora de l'ocupació pública i la política d'ocupació prevista a les lleis pressupostàries.

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

Les irregularitats en l'ocupació pública de caràcter temporal i la responsabilitat dels òrgans competents en matèria de personal.

Josefa Cantero Martínez, professora titular de Dret Administratiu de la Universitat de Castella-La Manxa.

L'acció sindical a les Administracions públiques i els crèdits horaris per a realitzar funcions de representació després de la legislació de crisi.

Amparo Merino Segòvia, professora de Dret del Treball i de la Seguretat Social de la Universitat de Castella-La Manxa.

El Acuerdo Administración-sindicatos de 2017 y su reflejo en la normativa presupuestaria estatal de 2017.

Alberto Palomar Olmeda

Profesor Titular de Derecho administrativo (Acred)

Sumario.- 1.- Introducción. 2.- El Acuerdo de 2017: presupuestos y bases del Acuerdo. 3.- Diversos escenarios que se han compaginado. 4.- Algunos aspectos de carácter general. 4.1.- El progresivo acercamiento del estatus de los empleados públicos. 4.2.- El planteamiento de la STJUE de 14 de septiembre de 2016. 4.2.1. El Derecho Comunitario. 4.2.2.- Elementos centrales en la interpretación de la Sentencia. 4.3.- La aplicación de la anterior doctrina en el ámbito de la regulación del personal sanitario en España. 4.4.- Las dudas derivadas del Derecho Comunitario en el ámbito de la sanidad española. 4.4.1.- La cuestión interpretativa de carácter central. 4.4.2.- El tema accesorio de la liquidación de haberes. 4.4.3.- La tesis central. 4.5.- La situación, a partir de ahora. 4.5.1.- Los problemas internos. 4.5.2.- Las cuestiones más externas: la posición del empleado público. 4.5.3.- El límite central para la búsqueda de soluciones: el principio de mérito y capacidad. 4.6.- Aprender de la experiencia. 5.- El contenido del Acuerdo de 29 de marzo de 2017 desde una perspectiva material. 6.- El desarrollo en el ámbito de la regulación de la LGP de 2017. 6.1. Consideraciones generales. 6.2.- Ámbito de aplicación de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2017. 6.3.- Oferta de Empleo público. 6.3.1.- Las reglas generales. 6.3.2.- Los cupos adicionales: el objetivo de la estabilización del empleo. 6.3.3.- Otros instrumentos de estabilización. 6.3.4.- En especial la Disposición adicional 26 de la Ley de Presupuestos para 2017

1.- Introducción

El presente trabajo trata de analizar el alcance y la ejecución del Acuerdo Administración-sindicatos de 2017 denominado "para la mejora del empleo público" y la consiguiente plasmación en la normativa estatal de carácter básico que se contiene en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para este año.

El análisis trata de enmarcarse en una visión más global que parte de enunciar, a su vez, los problemas del empleo público en los últimos años y, específicamente, los derivados de la falta de planificación del empleo público y de la utilización de los recortes desde una perspectiva general de gasto público sin un orden sistémico que cubriera el proceso de retirada.

2.- El Acuerdo de 2017: presupuestos y bases del Acuerdo

El día 29 de marzo de 2017 se firma entre el Ministro de Hacienda y Función Pública y los representantes de las Centrales Sindicales de CCOO, UGT y CSIF un denominado Acuerdo para la mejora del empleo público.

Con carácter previo a cualquier otra consideración y en el plano de la justificación las partes manifestaron las siguientes:

* *Primera.*- Reconocimiento del papel de los empleados públicos en la recuperación de carácter económico

El Acuerdo señala que << las partes representadas en este Acuerdo son plenamente conscientes de que el personal al servicio de las Administraciones Públicas ha contribuido de forma notable y directa a la recuperación económica y al cumplimiento de los compromisos adquiridos por España en materia de consolidación del gasto público y ha tenido que soportar una parte importante del esfuerzo de austeridad llevado a cabo en el último periodo >>.

* *Segunda.*- El reconocimiento del sacrificio colectivo

En otro punto del Acuerdo señala, igualmente, que << el esfuerzo de este colectivo ha sido un factor determinante en el cumplimiento de los objetivos. Se le ha exigido un sacrificio sin el cual no hubiera sido posible dar solución a los problemas que atravesaba la economía española en el año 2012 >>.

- *Tercera.*- Necesidad de garantizar la eficiencia y la calidad de los servicios públicos.

En este ámbito se añade que << también forma parte del análisis compartido en este Acuerdo que el objetivo necesario es garantizar la eficiencia y la calidad en la prestación de los servicios públicos, objetivo íntimamente ligado a la situación y condiciones laborales en las que debe prestar sus servicios el personal al servicio de las Administraciones Públicas >>.

Sobre esta base sin perjuicio de lo que más tarde se indica podemos indicar que tres objetivos podemos aludir a las siguientes materias como parte del contenido del Acuerdo:

1º.- Oferta de Empleo Público

El Gobierno y las Centrales Sindicales coinciden en la necesidad de adoptar decisiones en materia de reposición para fortalecer los efectivos en el conjunto de las Administraciones Públicas. Con este fundamento se señala que el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales para 2017 debía contener las siguientes cuestiones:

- Una tasa del 100% en el caso de los sectores prioritarios

Se señala que el PGE debe incluir además de los sectores prioritarios a que se refería la Ley de 2016 (Sanidad, Educación, Administración del Justicia, Servicios Sociales, control y lucha contra el fraude fiscal, laboral, de subvenciones públicas, seguridad social, control de la asignación eficiente de los recursos públicos, prevención y extinción de incendios y políticas activas de empleo) los sectores de atención a la ciudadanía en los servicios públicos, prestación directa del transporte público y seguridad y emergencias.

- Una tasa general de reposición del 50% en el resto de sectores.

En concreto se señala que <<esta oferta de empleo público se fomentará la utilización de la promoción interna por parte de las Administraciones Públicas en los términos en que se negocie en cada ámbito. Las plazas que se oferten a la promoción interna no computarán a los efectos de la tasa de reposición >>

2º.- Reducción de empleo temporal

Los firmantes del Acuerdo están de acuerdo en analizar el porcentaje de interinidad en los servicios públicos esenciales y buscar fórmulas que refuercen la estabilidad de las plantillas de personal en dichos ámbitos, en colaboración con el resto de las Administraciones Públicas y dentro de los límites y reglas de gasto establecidos.

Como consecuencia de esta medida se señala que el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2017 contendrá una autorización para que en las Administraciones Públicas se pueda reducir a lo largo de los tres próximos años y en un máximo de un 90 % las plazas ocupadas de forma temporal y la cifra de personal con una vinculación temporal existente a la fecha de la firma del Acuerdo.

Más adelante y, desde la perspectiva imperativa, se añade que << la articulación de estos procesos selectivos, que en todo caso garantizará el cumplimiento de los principios de libre concurrencia, igualdad, mérito, capacidad y publicidad, podrá ser objeto de negociación en cada uno de los ámbitos territoriales >>.

Finalmente se añade que no computará a efectos de la tasa de reposición la convocatoria de plazas que, en los términos previstos en la Disposición transitoria cuarta del Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público estén dotadas presupuestariamente y a la fecha de la firma del Acuerdo y desde el 1 de enero de 2005 hayan estado ocupadas ininterrumpidamente de forma interina o temporal.

3.- Constitución de grupos de trabajo en materia de empleo público.

Se prevé el deseo de constituir grupos de trabajo en relación con diversas cuestiones relativas al empleo público como la movilidad interadministrativa, la formación de los empleados públicos, la evolución y situación de empleo a las distintas Administraciones Públicas, los factores de género, situación de las mutualidades y seguimiento e implantación de la Administración digital.

3.- Diversos escenarios que se han compaginado.

El Acuerdo transcrito responde al deseo de la Administración y de los Agentes sociales de conseguir reflotar un esquema de gestión del empleo público que, ciertamente, ha hecho aguas en los últimos años como consecuencia de la utilización de medidas indiscriminadas poco pensadas y nada planificadas y pensadas, únicamente, en clave de gasto público.

De alguna forma podría decirse que la técnica de los recortes sin planificación y solo evaluada en términos de los resultados cuantitativos ha tenido como efecto la propia inviabilidad de los servicios. La consecuencia real de esta inviabilidad ha sido la necesidad de admitir que la continuidad de los servicios exigía fórmulas <<imaginativas>> que han acabado en las diferentes fórmulas de empleo precario que se conocen. Interinos, eventuales, trabajadores de obra, becarios, etc. han sido las fórmulas utilizadas en todas las Administraciones y en los diversos sectores de la Administración.

El problema no es la solución coyuntural sino que, de alguna forma, venía de lejos y la situación final ha sido que la precarización no es el efecto de una época sino de varias y eso ha coincidido en el tiempo y en el ámbito europeo con una doctrina de igualación de los derechos de los temporales o los no fijos con éstos en aquellos supuestos en los que se produce una cierta consolidación o estructuralidad en el empleo.

Esta es, precisamente, la estructura del presente trabajo. Analizar las medidas para acabar con la precarización y la reordenación del empleo público y, de otra, las medidas que provienen del deseo de dar cumplimiento a las determinaciones que están siendo derivadas de la interpretación del Derecho Comunitario.

4.- Algunos aspectos de carácter general

4.1.- El progresivo acercamiento del estatus de los empleados públicos

En los últimos años de la vida española se aprecia un fenómeno que no se había dado en otras épocas históricas. Este fenómeno no es otro que el de la progresiva equiparación del régimen jurídico de las diferentes categorías jurídicas de empleados públicos. Las causas de esta aproximación no son únicas y, probablemente, responden, también, a elementos diferentes que van desde la perspectiva comunitaria del empleo público a los déficits de gestión y de actuación sobre el empleo público que ha ido paulatinamente difuminando las líneas que tradicionalmente han conformado las diferentes categorías de empleados

públicos y que, ahora, han sorprendido a la opinión pública española con la convocatoria de masivas ofertas de empleo público desempeñado, en estos años, por personal de diferente naturaleza jurídica pero caracterizado, en todo caso, por la precariedad de su relación.¹

De alguna forma podríamos indicar que la regla de configuración más extendida había sido la de indicar que el umbral máximo de derechos dentro del régimen jurídico del empleo público y que identificamos con la inamovilidad corresponden a los funcionarios de carrera.

A partir de este aserto inicial las normas reguladoras del estatuto del funcionario público, primero, y del empleado público, posteriormente, han ido determinando las condiciones y los derechos que corresponden a las demás categorías de empleados públicos que no son la de funcionarios de carrera y que se han ido configurando legalmente sus respectivos estatus con semejanzas y con diferencias entre sí y con los funcionarios de carrera.

En este sentido, y en el ámbito de la legislación general de empleo público, podemos indicar que las cosas han sido más sencillas porque realmente, y más allá de la dicotomía funcionario-laboral, las categorías de empleados públicos han oscilado entre la de funcionario interino y la de personal eventual. Este último (en la legislación general) se ha situado en el plano de la confianza política y, por tanto, se ha desmarcado del régimen común de empleados públicos especialmente con la determinación reforzada de que no pueden ejercer funciones públicas.

La figura del interino ha dado más situaciones complejas. Nacida para la cobertura temporal de un puesto de trabajo mientras se podía proveer por alguno de los sistemas legalmente previstos (de reclutamiento interno o externo) fue extendida, posteriormente, a la realización de trabajos específicos, de temporada y que se aparten de los que son habituales en el ámbito de la función pública. Esta figura es la que ha resultado ampliamente desfigurada en los últimos años porque las prevenciones que se contenían en las normas de función pública, fundamentalmente, la cobertura del puesto mediante la inclusión en la siguiente oferta de empleo, ha resultado prácticamente eludida a los largo de los años y eso ha propiciado la paradoja de interinos con 20 o 30 años de antigüedad.

Este fenómeno, que no es exclusivo de España pero si muy característico, ha ido creando grandes masas de personal en situación de precariedad que se mantiene en su puesto de trabajo sin que se dé el presupuesto habilitante desde una perspectiva legal pero

¹ El ejemplo más claro de esta situación se refleja en:

- Real Decreto-ley 13/2017, de 7 de julio, por el que se aprueba una oferta de empleo público extraordinaria y adicional para el refuerzo de la lucha contra el fraude fiscal, en la Seguridad Social, en el ámbito laboral y del control del gasto, para la mejora en la prestación de determinados servicios a los ciudadanos, y por el que se crean especialidades en Cuerpos y Escalas de la Administración del Estado y sus organismos públicos.
- Real Decreto 702/2017, de 7 de julio, por el que se aprueba la oferta de empleo público para el año 2017.

Ambas normas aparecen publicadas en el BOE de 8 de julio de 2017.

justificado por la necesidad (la perentoriedad, incluso) del mantenimiento y la prestación de servicios.

La precarización del empleo público fue abordada por el Derecho Comunitario en dos momentos. En un primer momento, podemos indicar que la posición del Derecho Comunitario fue la de conseguir la igualación de algunos derechos que, ciertamente, estaban pensados en clave únicamente del funcionario de carrera pero que no pueden ser negados a quienes desarrollan una situación que tiene tendencia a la estructuralidad. Es la época, por ejemplo, del reconocimiento del derecho al percibo de trienios y sexenios en el ámbito de las funciones públicas sanitaria y docente, respectivamente ². En este punto y por enmarcar de una forma más amplia esta cuestión a la que nos estamos refiriendo podemos asumir el resumen que realiza Ordóñez Solís cuando indica que el acercamiento o la aproximación se puede visualizar en cuestiones como la ordenación del tiempo de trabajo, la seguridad y salud de los empleados públicos; el reconocimiento de la antigüedad de los empleados públicos temporales o, incluso, el derecho al disfrute de vacaciones retribuidas por los empleados públicos. ³

Es cierto, sin embargo, que la igualación de derechos siendo importante no aborda problemas centrales desde la perspectiva de la propia de la estructura de la Administración y, sobre todo, desde la perspectiva del funcionario público al que la igualación sin continuidad asegurada no le parece una solución satisfactoria. Este segundo momento o este segundo interés del Derecho Comunitario es el que se analiza en este trabajo y se enraíza con las consecuencias del mantenimiento en situación de precariedad de una persona que no cumple los requisitos de la prestación precaria.

4. 2.- El planteamiento de la STJUE de 14 de septiembre de 2016

En el contexto al que nos acabamos de referir se produce la publicación de la STJUE de 14 de septiembre de 2016 que pasamos a examinar en sus aspectos más relevantes y que, adelantemos, tiene como referencia esencial la de abordar el problema estructural del empleo precario en el ámbito público.

4. 2.1. El Derecho Comunitario

Comencemos por señalar que la Directiva 1999/70/Del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES; la UNICE y la CEEP, sobre trabajo de duración determinada constituye el entronque de la cuestión aquí planteada. En concreto, dentro de la misma, el Apartado 13 del Preámbulo señala que « Los interlocutores sociales

²STJUE 22-12-2010 (JUR 2010, 410051);SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 20 enero 2011 (RJCA 2011, 4); SSTSJ Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) núm. 1922/2010 de 22 diciembre (JUR 2011, 163639) y núm. 1921/2010 de 22 diciembre (JUR 2011, 163629); SJCA Santa Cruz de Tenerife (Islas Canarias), núm. 4 de 7 febrero (RJCA 2011, 96).

³ ORDÓÑEZ SOLÍS. D. Empleados públicos, Administraciones Españolas y Jurisprudencia Europea. Actualidad Administrativa, N.º 3, Quincena del 1 al 15 Feb. 2012, Pág. 272, Tomo 1, Editorial LA LEY.

quisieron conceder una atención especial al trabajo de duración determinada, al tiempo que indicaban que tenían la intención de considerar la necesidad de un acuerdo similar para las empresas de trabajo temporal >>. Partimos, por tanto, de un instrumento concebido en el ámbito del diálogo social europeo y que ve la luz como una Directiva.

Esta determinación genérica se completa en el apartado 14 cuando se añade que <<ō . Las partes contratantes expresaron el deseo de celebrar un Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada que establezca los principios generales y las condiciones mínimas para los contratos de trabajo de duración determinada y las relaciones laborales de este tipo; han manifestado su deseo de mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando la aplicación del principio de no discriminación, y su voluntad de establecer un marco para impedir los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada o de relaciones laborales de este tipo >>.

En este contexto podemos señalar que, conforme indica el artículo 1º de la Directiva , ésta tiene por objeto «**aplicar el Acuerdo marco** [...] que figura en el anexo, celebrado [...] entre las organizaciones interprofesionales de carácter general (UNICE, CEEP y CES)».

Los puntos 6 a 8 de las Consideraciones generales del Acuerdo marco tienen el siguiente tenor:

«6. Considerando que **los contratos de trabajo de duración indefinida** son la forma más común de relación laboral, y que contribuyen a la calidad de vida de los trabajadores afectados y a mejorar su rendimiento;

7. Considerando que la **utilización de contratos de trabajo de duración determinada basados en razones objetivas** es una forma de evitar abusos;

8. Considerando que los contratos de duración determinada **son característicos del empleo** en algunos sectores, ocupaciones y actividades y que pueden convenir tanto a los empresarios como a los trabajadores».

5 Con arreglo a la cláusula 1 del Acuerdo marco, éste tiene por objeto, por un lado, mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto al **principio de no discriminación** y, por otro, establecer un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada.

6 La cláusula 2 del Acuerdo marco, con la rúbrica «Ámbito de aplicación», prevé en su apartado 1 lo siguiente:

«El presente Acuerdo se aplica a los trabajadores con un trabajo de duración determinada cuyo contrato o relación laboral esté definido por la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro.»

7 La cláusula 3 del Acuerdo marco, con la rúbrica «Definiciones», establece: «A efectos del presente Acuerdo, se entenderá por:

1. ~~trabajador~~ **trabajador con contrato de duración determinada**: el trabajador con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado;

2. ~~trabajador~~ **trabajador con contrato de duración indefinida comparable**: un trabajador con un contrato o relación laboral de duración indefinido, en el mismo centro de trabajo,

que realice un trabajo u ocupación idéntico o similar, teniendo en cuenta su cualificación y las tareas que desempeña [...]»

8 La cláusula 4 del Acuerdo marco, titulada «Principio de no discriminación», establece en su apartado 1:

«Por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas.»

Finalmente, podemos indicar que el apartado 1 de la cláusula 5 del Acuerdo marco, titulada «Medidas destinadas a evitar la utilización abusiva», dispone lo siguiente:

«A efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, **introducirán de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, una o varias de las** siguientes medidas:

- a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales;
- b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada;
- c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales.»

Es claro, por tanto, que la Directiva y el Acuerdo que le sirve de base y fundamento tienen, a los efectos de lo que aquí analizamos una consideración evidente de evitar los abusos que pueden establecerse o derivarse de la actuación de las autoridades nacionales en relación con el empleo o la utilización abusiva de la contratación determinada.

Lo que nos interesa resaltar en este punto es, por un lado, que se alude a relaciones laborales o a relaciones jurídicas de cualquier orden y denominación que tengan o produzcan el mismo efecto de limitación de derechos en orden a la protección frente a la contratación o empleo no definitivo. Por otro, que, como acaba de indicarse, la Directiva no impone ni tiene una única consecuencia cuando se produce el abuso de esta conducta sino que, únicamente, establece la obligación de las Autoridades estatales de adoptar alguna medida en este ámbito. Este aspecto es esencial ya que uno de los elementos que se plantea de forma inmediata es la posibilidad de la aplicación directa del derecho comunitario y, en consecuencia, la posibilidad de invocación directa de las determinaciones comunitarias en el ámbito jurisdiccional de la solución de conflictos en España.

4.2.2.- Elementos centrales en la interpretación de la Sentencia

En concreto, se alude a tres elementos que justificarían, inicialmente, la opción o la admisión del empleo de duración determinada. Son las siguientes:

- a) Razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales;
- b) La duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada;
- c) El número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales.

Esto nos permite indicar que el Derecho Comunitario admite la existencia de contratos de duración determinada pero considera que se trata de una figura que debe analizarse en el marco de su propia utilidad y que, desde luego, se debe analizar, sobre todo, evitando que el encadenamiento de circunstancias pueda conducir a la degradación verdadera de los derechos de los trabajadores que el propio derecho comunitario identifica, expresamente, con el derecho a obtener una relación indefinida de trabajo.

El Derecho Comunitario aborda, por tanto, los mecanismos que los Estados deben cumplir para evitar que las situaciones de trabajo con títulos de duración determinada se acaben convirtiendo en la verdadera relación jurídica del empleado. Es cierto que ni la Directiva ni el Derecho comunitario tasan las medidas aunque en los apartados transcritos se dan pistas claras como el señalamiento de razones objetivas para la contratación definida en el tiempo, o la limitación del tiempo máximo en que se puede estar en esta situación o el número de renovaciones que pueden darse.

Se trata de medidas que deben ser adoptadas por los Estados miembros en el ámbito de su propia legislación. Por este motivo nos corresponde analizar ahora la regulación en el ámbito que propone la sentencia y que identificamos como un ámbito sectorial específico que tiene una reglamentación y regulación propia que se aparta en gran medida de la regulación general que se establece para el conjunto de los empleados públicos.

4. 3.- La aplicación de la anterior doctrina en el ámbito de la regulación del personal sanitario en España.

La regulación del personal sanitario en España no ha sido nada sencilla desde una perspectiva histórica en la que, primero, se buscó la configuración del personal sobre la base de estatutos profesionales para los distintos colectivos que formaban parte del entero sistema de la sanidad. Posteriormente, se comienzan a dictar algunas normas de alcance general (selección, retribuciones, incompatibilidades, etc.õ) que presentaban como característica común el haber agrupado las diferentes categorías profesionales y dotar al sistema de una cohesión general.

Finalmente se dicta la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario que contiene un régimen común para los profesionales que prestan servicios en el Sistema Nacional de Salud.

El artículo 9 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud (BOE n.º 301, de 17 de diciembre de 2003, p. 44742; en lo sucesivo, «Estatuto Marco»), establece:

- «1. Por razones de necesidad, de urgencia o para el desarrollo de programas de carácter temporal, coyuntural o extraordinario, los servicios de salud podrán nombrar personal estatutario temporal.

Los nombramientos de personal estatutario temporal podrán ser de interinidad, de carácter eventual o de sustitución.

2. El nombramiento de **carácter interino** se expedirá para el desempeño de una plaza vacante de los centros o servicios de salud, cuando sea necesario atender las correspondientes funciones.

Se acordará el cese del personal estatutario interino cuando se incorpore personal fijo, por el procedimiento legal o reglamentariamente establecido, a la plaza que desempeñe, así como cuando dicha plaza resulte, amortizada.

3. El nombramiento **de carácter eventual** se expedirá en los siguientes supuestos:

a) Cuando se trate de la prestación de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria.

b) Cuando sea necesario para garantizar el funcionamiento permanente y continuado de los centros sanitarios.

c) Para la prestación de servicios complementarios de una reducción de jornada ordinaria.

Se acordará el cese del personal estatutario eventual cuando se produzca la causa o venza el plazo que expresamente se determine en su nombramiento, así como cuando se supriman las funciones que en su día lo motivaron.

Si se realizaran más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un periodo acumulado de 12 o más meses en un período de dos años, procederá el estudio de las causas que lo motivaron, para valorar, en su caso, si procede la creación de una plaza estructural en la plantilla del centro. ñ >>.

Esta categorización tiene como elemento común el de presentar una variada configuración de las relaciones de empleo que, ciertamente, se habían tratado de modular y controlar en lo que pudiéramos denominar como **uso abusivo**. Es cierto, y este es el problema central, que lo que no prevé la ley, en este caso, son las consecuencias del incumplimiento de las prescripciones que se contienen en relación la evitación del fraude o del abuso de la figura. Pero no se trata de una insuficiencia del instrumento normativo sino de un problema real consistente en señalar que estas soluciones son, esencialmente, soluciones que deben aportarse en el ámbito de la normativa interna de cada uno de los Estados o de las Comunidades Autónomas, según proceda, en razón, precisamente, de sus propios modelos de empleo público y de la relación jurídica de quienes prestan servicios en sus respectivas Administraciones.

En este sentido ha sido frecuente, especialmente en los últimos años de la vida pública española, que se produjera un encadenamiento de situaciones de trabajo no definitivo (duración determinada). En unas veces se produce el encadenamiento de nombramientos de la misma naturaleza (interinos o eventuales) y, en otras, lo que se produce es la mezcla o combinación de figuras diversas que tienen en común el que la relación es inestable pero que, formalmente es diferente. Incluso en el extremo se ha introducido en el ámbito docente la técnica de nombramientos de interinos que van de septiembre a junio, terminación y liquidación y vuelta a nombrar para el mismo puesto en el curso siguiente, otra vez, de septiembre a junio. De alguna forma podríamos decir que el empleador público se ha acercado notablemente al privado hasta el punto de legitimarse la interrupción de la relación durante el verano.

En el caso resuelto por la Sentencia de 14 de septiembre de 2016 podemos resumir los hechos, de conformidad con la misma, en los siguientes:

14 La Sra. Pérez López fue nombrada personal estatutario temporal eventual como enfermera en el Hospital Universitario de Madrid durante el período comprendido entre el 5 de febrero y el 31 de julio de 2009. Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 9, apartado 3, del Estatuto Marco, el nombramiento indicaba como causa justificativa la «realización de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria», y como contenido y descripción de la prestación el «desarrollo de su actividad en este Hospital para garantizar la atención asistencial».

15 Tras el primer nombramiento, fueron emitidos nuevos nombramientos de la Sra. Pérez López en siete ocasiones, con una duración de tres, seis o nueve meses, todos con idéntico contenido, de modo que la Sra. Pérez López **prestó servicios sin solución de continuidad durante el período comprendido entre el 5 de febrero de 2009 y el 31 de marzo de 2013.**

16 Durante la vigencia del último de los nombramientos mencionados, correspondiente al período comprendido entre el 1 de enero de 2013 y el 31 de marzo de 2013, la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid dictó la Orden de 28 de enero de 2013, por la que, para cumplir el objetivo de contención del gasto público, se establecía que, una vez llegada la fecha de fin del nombramiento, debía procederse al cese del personal estatutario temporal eventual y a la liquidación de haberes correspondiente al período de servicios prestados, incluso en los casos en los que, a continuación, fuera a realizarse un nuevo nombramiento a favor del mismo titular.

17 Con arreglo a dicha Orden, el 8 de marzo de 2013 se comunicó a la Sra. Pérez López la finalización de su relación de servicio con el Servicio Madrileño de Salud, con efectos a 31 de marzo de 2013. No obstante, el 21 de marzo de 2013 se le comunicó su nuevo nombramiento, idéntico a los que le precedieron y sin solución de continuidad respecto del anterior, por el período comprendido entre el 1 de abril y el 30 de junio de 2013. .>>.

Nos situamos, por tanto ante el encadenamiento de nombramientos sin solución de continuidad de forma que el interesado presta servicios en el mismo puesto con diferentes nombramientos que, razonablemente, son de la misma naturaleza jurídica. Desde una primera y simple interpretación podríamos decir que la situación es claramente fraudulenta pero el Ordenamiento no prevé (ni el derecho comunitario tampoco) una consecuencia directa para los supuestos de incumplimiento que se integre en la relación jurídica individual. Pero sin avanzar más esta determinación pasemos a analizar, primero, las consideraciones propias en relación con el efecto del derecho comunitario.

4.4.- Las dudas derivadas del Derecho Comunitario en el ámbito de la sanidad española

Centrándonos en el caso concreto podemos señalar que a la vista de estos hechos a los que se refiere la STJUCE y que se acaban de señalar que se acaban de señalar el Juzgado núm. 4 de lo Contencioso-administrativo de Madrid acordó plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión europea que es la que resuelve la STJUE de 14 de septiembre de 2016.

Los términos de la consulta planteada por el Juzgado de lo contencioso-administrativo serían los siguientes:

¿Es contrario al [Acuerdo marco] y, por lo tanto, inaplicable, el artículo 9.3 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, por favorecer los abusos derivados de la utilización de sucesivos nombramientos de carácter eventual?, en la medida que:

- a) No fija una duración máxima total para los sucesivos nombramientos de carácter eventual, ni un número máximo de renovaciones de los mismos.
- b) Deja a la libre voluntad de la Administración la decisión de proceder a la creación de plazas estructurales, cuando se realicen más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un período acumulado de 12 o más meses en un período de dos años.
- c) Permite realizar nombramientos de carácter eventual sin exigir la constancia en los mismos de la concreta causa objetiva de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria que los justifique.

2) ¿Es contrario al [Acuerdo marco] y, por lo tanto, inaplicable, el artículo 11.7 de la Orden de la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid, de fecha 28 de enero de 2013, al establecer que «una vez llegada la fecha fin del nombramiento, en todo caso, deberá **procederse al cese y liquidación de haberes correspondiente al período de servicios prestados**, incluso en los casos en los que, a continuación, vaya a realizarse un nuevo nombramiento a favor del mismo titular», con independencia, por lo tanto, de que haya finalizado la concreta causa objetiva que justificó el nombramiento, tal y como se establece en la cláusula 3.1 del Acuerdo marco?

3) ¿Es acorde con el objeto pretendido con el [Acuerdo marco] la interpretación del párrafo tercero del artículo 9.3 del [Estatuto marco], en el sentido de considerar que cuando se realicen más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un período acumulado de 12 o más meses en un período de dos años, se deba proceder a la creación de una plaza estructural en la plantilla del centro, pasando entonces el trabajador con nombramiento de carácter eventual a ser nombrado con carácter interino?

4) ¿Es acorde con el principio de no discriminación reconocido en el [Acuerdo marco] la aplicación al personal estatutario temporal de carácter eventual de la misma indemnización prevista para los trabajadores con contrato de trabajo eventual, dada la identidad sustancial entre ambas situaciones, pues carecería de sentido que trabajadores con idéntica cualificación, para prestar servicios en la misma empresa (Servicio Madrileño de Salud), realizando la misma función y para cubrir idéntica necesidad coyuntural, tuvieran un tratamiento distinto en el momento de la extinción de su relación, sin que exista razón aparente que impida comparar entre sí contratos de duración determinada para evitar situaciones discriminatorias?»

Siendo estas las dudas que se plantean nos corresponde, en este momento, analizar la respuesta que a las mismas da la STJUE.

4. 4.1.- La cuestión interpretativa de carácter central

Para la resolución de lo que podríamos denominar la cuestión . estabilidad en el empleo como parte de los derechos esenciales de los trabajadores- , la STJUE establece las siguientes determinaciones:

A) **Ámbito de aplicación del Acuerdo que aprueba la Directiva**

Sobre el ámbito de aplicación del Acuerdo marco

«24 Con carácter previo, cabe recordar que según el tenor literal de la cláusula 2, apartado 1, del Acuerdo marco el ámbito de aplicación de éste se ha definido con amplitud, pues en él se incluyen con carácter general «los trabajadores con un trabajo de duración determinada cuyo contrato o relación laboral esté definido por la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro». Además, la definición a efectos del Acuerdo marco del concepto de «trabajador con contrato de duración determinada», formulada en la cláusula 3, apartado 1, de dicho Acuerdo, engloba a todos los trabajadores, sin establecer diferencias en función del carácter público o privado del empleador para el que trabajan y ello independientemente de la calificación de su contrato en Derecho interno (sentencias de 4 de julio de 2006, Adeneler y otros, C-212/04, EU:C:2006:443, apartado 56; de 13 de marzo de 2014, Márquez Samohano, C-190/13, EU:C:2014:146, apartado 38; de 3 de julio de 2014, Fiamingo y otros, C-362/13, C-363/13 y C-407/13, EU:C:2014:2044, apartados 28 y 29, y de 26 noviembre de 2014, Mascolo y otros, C-22/13, C-61/13, C-63/13 y C-418/13, EU:C:2014:2401, apartado 67).

25 En la medida en que el Acuerdo marco no excluye ningún sector particular, un trabajador como la demandante en el litigio principal, que presta servicios como enfermera y forma parte del personal estatutario temporal eventual de un servicio público de salud, está incluido en el ámbito de aplicación del Acuerdo marco >>.

De esta forma podríamos decir que la primera línea de interpretación pasa, precisamente, por indicar que nos encontramos con la configuración de la permanencia y la estabilidad como un derecho de los trabajadores del que, a priori, no queda eximido ningún sector laboral. Cuestión diferente es como la legislación y la normativa específica regulan esta materia.

B) **Las obligaciones de los Estados en la prevención de la contratación temporal abusiva.**

Admitiendo que los Estados y las Administraciones Públicas en general puede precisar de la contratación temporal se indica que una de las obligaciones esenciales de los Estados es la de establecer un marco que permita prevenir la contratación temporal abusiva.

Sobre este punto la STJUE señala que:

«...Por consiguiente, la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco impone a los Estados miembros, a efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, la adopción efectiva y vinculante de una o varias de las medidas que enumera cuando su Derecho interno no contemple medidas legales equivalentes. Las tres medidas

enumeradas en el apartado 1, letras a) a c), de dicha cláusula se refieren, respectivamente, a las razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales, a la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada y al número de sus renovaciones (véanse, en particular, las sentencias de 23 de abril de 2009, Angelidaki y otros, C-378/07 a C-380/07, EU:C:2009:250, apartado 74; de 26 de enero de 2012, Küçük, C-586/10, EU:C:2012:39, apartado 26; de 13 de marzo de 2014, Márquez Samohano, C-190/13, EU:C:2014:146, apartado 42, de 3 de julio de 2014, Fiamingo y otros, C-362/13, C-363/13 y C-407/13, EU:C:2014:2044, apartado 56, y de 26 de noviembre de 2014, Mascolo y otros, C-22/13, C-61/13, C-63/13 y C-418/13, EU:C:2014:2401, apartado 74).

29 **Los Estados miembros disponen a este respecto de un margen de apreciación**, ya que tienen la opción de recurrir, a tal fin, a una o varias de las medidas enunciadas en el apartado 1, letras a) a c), de dicha cláusula, o incluso a medidas legales existentes equivalentes, y ello teniendo en cuenta las necesidades de distintos sectores o categorías de trabajadores (sentencias de 3 de julio de 2014, Fiamingo y otros, C-362/13, C-363/13 y C-407/13, EU:C:2014:2044, apartado 59 y jurisprudencia citada, y de 26 de noviembre de 2014, Mascolo y otros, C-22/13, C-61/13, C-63/13 y C-418/13, EU:C:2014:2401, apartado 75)õ >>.

30 De ese modo, la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco asigna a los Estados **miembros un objetivo general, consistente en la prevención de tales abusos, dejándoles sin embargo la elección de los medios para alcanzarlo, siempre que no pongan en peligro el objetivo o el efecto útil del Acuerdo marco** (sentencias de 3 de julio de 2014, Fiamingo y otros, C-362/13, C-363/13 y C-407/13, EU:C:2014:2044, apartado 60, y de 26 de noviembre de 2014, Mascolo y otros, C-22/13, C-61/13, C-63/13 y C-418/13, EU:C:2014:2401, apartado 76)>>.

Es cierto, sin embargo, que las consecuencias no pueden estar determinadas por el legislador comunitario que, claramente, afirma el margen de maniobra de los Estados miembros en la adopción de las medidas que correspondan. En uno de los fundamentos señala, en relación con las medidas, que:

<<õ Además, cuando, como sucede en el litigio principal, el Derecho de la Unión no establece sanciones específicas para el caso de que se compruebe no obstante la existencia de abusos, corresponde a las autoridades nacionales adoptar **las medidas apropiadas para hacer frente a dicha situación, medidas que no sólo deben ser proporcionadas, sino también lo bastante efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas** en aplicación del Acuerdo marco (sentencias de 3 de julio de 2014, Fiamingo y otros, C-362/13, C-363/13 y C-407/13, EU:C:2014:2044, apartado 62 y jurisprudencia citada, y de 26 de noviembre de 2014, Mascolo y otros, C-22/13, C-61/13, C-63/13 y C-418/13, EU:C:2014:2401, apartado 77)õ >>.

Sobre esta base, la STJUE analiza la respuesta que da el artículo 9 del EM y señala que:

<<õ En lo que atañe al litigio principal, debe señalarse que la normativa nacional pertinente determina de manera precisa los requisitos con arreglo a los cuales se pueden celebrar sucesivos contratos o relaciones de trabajo de duración determinada. En efecto, el recurso a tales nombramientos está permitido, en virtud

del artículo 9, apartado 3, del Estatuto Marco, según los casos, cuando se trate de la prestación de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria, cuando sea necesario para garantizar el funcionamiento permanente y continuado de los centros sanitarios o para la prestación de servicios complementarios de una reducción de jornada ordinaria.

42 Esta disposición aclara además que, si se realizan más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un período acumulado de doce o más meses en un período de dos años, **la Administración competente estudiará las causas de estos nombramientos y valorará si procede la creación de una plaza estructural.**

43 De ello se desprende que la norma nacional controvertida en el litigio principal no establece una autorización general y abstracta para utilizar sucesivos contratos de trabajo de duración determinada, sino que limita la celebración de tales contratos, en esencia, a los efectos de satisfacer necesidades provisionales .>>.

Y, la consecuencia final, se resume en la siguiente forma:

<<õ Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones prejudiciales primera y tercera que la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, sea aplicada por las autoridades del Estado miembro de que se trate de manera que:

- . la renovación de sucesivos nombramientos de duración determinada en el sector de la sanidad pública se considera justificada por «razones objetivas», en el sentido de dicha cláusula, debido a que los nombramientos se basan en disposiciones que permiten la renovación para garantizar la prestación de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria, siendo así que, en realidad, estas necesidades son permanentes y estables;

- . no existe ninguna obligación de crear puestos estructurales que pongan fin al nombramiento del personal estatutario temporal eventual que incumba a la Administración competente y le permite proveer los puestos estructurales creados mediante el nombramiento de personal estatutario temporal interino, de modo que la situación de precariedad de los trabajadores perdura, mientras que el Estado miembro de que se trata tiene un déficit estructural de puestos fijos en dicho sectorõ .>>.

Realmente los elementos que acaban de citarse nos dan la pauta para resolver algunas de las cuestiones centrales que se analizan en el presente supuesto. La primera, nos permite señalar que aunque el legislador europeo establece una prescripción clara de luchar contra la contratación determinada de carácter abusivo no señala, sin embargo, una consecuencia específica en el plano de la relación individual cuando se produce una infracción de la proscripción. En realidad lo que se puede decir con nitidez es que se remite al legislador nacional el establecimiento de los mecanismos concretos para evitar la utilización de la medida.

Lo que es claro es que el legislador nacional puede optar por varios tipos de medidas. Unas afectan directamente a la Administración y son las que tratarían de objetivar o, incluso, de prohibir la realización de la actividad tanto en su acceso como en su desarrollo máximo. Estas medidas son, por tanto, de carácter organizativo pero pensadas en clave

del empleado público y, sobre todo, de la relación jurídica que el mismo tiene la Administración.

La idea es que la habilitación para el ejercicio de funciones públicas de carácter determinado en el tiempo sea objetivada, sea consecuente con una necesidad no estructural y tenga elementos de control que pueden cifrarse, a modo de ejemplo, en la limitación general del número de años en las que se puede estar, permanecer o ser renovados en tal condición.

Sin embargo y, sin perjuicio de que profundicemos más adelante en este tema, podemos señalar que el Derecho comunitario no analiza y, por tanto, reenvía a los ordenamientos nacionales la determinación de las consecuencias del incumplimiento de las garantías frente a la utilización abusiva de la figura de la contratación indeterminada.

4.4.2.- El tema accesorio de la liquidación de haberes

Un aspecto, probablemente, instrumental de la cuestión que venimos analizando es la relativa a los efectos que debe producir en el ámbito del encadenamiento de contratos que alguno o todos ellos se liquiden e, incluso, que se entregue el finiquito al empleado público al que, posteriormente, se le vuelve a nombrar para una relación no estable o de duración determinada.

Señala la STJUE de 14 de septiembre de 2016 que «Mediante su segunda cuestión prejudicial, el juzgado remitente desea saber, en esencia, si la cláusula 5 del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional como la controvertida en el litigio principal, que impone que la relación de servicio finalice en la fecha prevista en el nombramiento de duración determinada y que se abone la liquidación de haberes, sin perjuicio de un posible nombramiento posterior.

Y al respecto se plantea «. Mediante su cuarta cuestión prejudicial, el juzgado remitente desea saber, en esencia, si la cláusula 4 del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, que deniega toda indemnización por cese al personal estatutario temporal eventual, mientras que, no obstante, esta indemnización se concede a la finalización del contrato de los trabajadores comparables con contrato de trabajo eventual».

Esta disquisición se aparta un poco de la cuestión principal aquí planteada y se sitúa en el plano más general de la igualdad de derechos entre los diferentes tipos de relaciones jurídicas precarias para determinar que lo importante a los efectos de la aplicación del Derecho Comunitario no es la calificación de la relación jurídica que se haga en sede nacional o de la norma nacional sino su inclusión o no en macro-concepto de relación jurídica de duración determinada. A diversas cuestiones de esta misma índole nos hemos referido al principio al señalar que el Derecho comunitario había igualado el régimen jurídico de las diferentes categorías de empleados públicos en cuestiones como la antigüedad o la progresión profesional específica que en la educación asociamos al concepto de sexenios.

Lo que debe quedar claro es que la previsión a la que nos referimos se sitúa, potencialmente, al margen de la problemática del encadenamiento o no de las situaciones

sino que va más allá y se sitúa en el plano de la eventual discriminación sobre la regulación de las consecuencias del cese o terminación de las diferentes categorías de empleados públicos de carácter determinado en su duración.

4.4.3.- La tesis central

En este contexto, <<ō .una posible diferencia de trato entre determinadas categorías de personal con contratos de duración determinada, como la que señala el juzgado remitente, que no se basa en la duración determinada o indefinida de la relación de servicio, sino en su carácter funcional o laboral, no está incluida en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación consagrado por dicho Acuerdo marco (véanse, en este sentido, los autos de 11 de noviembre de 2010, Vino, C-20/10, no publicado, EU:C:2010:677, apartado 57, y de 7 de marzo de 2013, Rivas Montes, C-178/12, no publicado, EU:C:2013:150, apartados 44 y 45).

67 Esta diferencia de trato sólo podría estar incluida en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación establecido en la cláusula 4 del Acuerdo marco en el supuesto en que el juzgado remitente debiera declarar que trabajadores con una relación de servicio por tiempo indefinido y que realizan un trabajo comparable perciben una indemnización por extinción de la relación, mientras que esta indemnización se deniega al personal estatutario temporal eventual (véase, en este sentido, la sentencia de hoy, De Diego Porras, apartados 37 y 38).

68 Pues bien, en la medida en que ningún elemento de los autos en poder del Tribunal de Justicia deja ver que en el litigio principal exista una diferencia de trato entre el personal estatutario temporal eventual y el personal estatutario fijo, la diferencia de trato objeto de la cuarta cuestión prejudicial planteada por el juzgado remitente no está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión (autos de 11 de noviembre de 2010, Vino, C-20/10, no publicado, EU:C:2010:677, apartado 64; de 22 de junio de 2011, Vino, C-161/11, no publicado, EU:C:2011:420, apartado 30, y de 7 de marzo de 2013, Rivas Montes, C-178/12, no publicado, EU:C:2013:150, apartado 52). Por tanto, esta diferencia de trato está incluida únicamente en el ámbito de aplicación del Derecho nacional, cuya interpretación corresponde exclusivamente al juzgado remitente (autos de 22 de junio de 2011, Vino, C-161/11, no publicado, EU:C:2011:420, apartado 35, y de 7 de marzo de 2013, Rivas Montes, C-178/12, no publicado, EU:C:2013:150, apartado 53)ō >>.

De esta reflexión lo que nos interesa resaltar es que el término de comparación opera únicamente respecto de los regímenes jurídicos de personal con estatus indefinido y los que no tienen tal consideración sin entrar, por tanto, en las consecuencias jurídicas de la existencia y virtualidad de diferentes en relación con la extinción de la relación de empleo.

4.5.- La situación, a partir de ahora

Llegados a este punto cabría plantearse que va a pasar a partir de ahora. Las consecuencias, desde una perspectiva general, se sitúan en dos planos diferentes. De un lado, la de la propia organización de la Administración y, por tanto, las consecuencias que para la misma debe tener la cobertura de un puesto de trabajo de carácter indefinido con fórmulas de carácter determinados en el tiempo.

4.5.1.- Los problemas internos

Analicemos los denominados problemas internos desde la propia normativa sectorial de la sanidad que en la que se soporta este análisis y que, ciertamente, añade cuestiones puntuales a las que pueden plantearse con carácter general.A) El artículo 9 y el TREBEP (Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.)

La verdad es que existen diversas consideraciones de índole, igualmente, heterogénea en relación con la problemática planteada. Una de ellas, casi la primera, es la establecer la relación entre el EM y el EBEP que se configuró como la normativa central de aplicación al conjunto de los empleados públicos.

En este punto la exégesis del TREBEP y el EM resuelve de una forma poco sencilla ya que el artículo 2.3 del TREBEP se limita a señalar que <<õ 3. El personal docente y el personal estatutario de los Servicios de Salud se regirán por la legislación específica dictada por el Estado y por las comunidades autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias y por lo previsto en el presente Estatuto, excepto el capítulo II del título III, salvo el artículo 20, y los artículos 22.3, 24 y 84õ .>>.⁴

Significa esto que se ha querido establecer el régimen jurídico por aluvión y sin jerarquía normativa entre las normas que proceden del Estado, de las Comunidades Autónomas y en el previsto en el propio TREBEP.

Esto complica en gran medida la situación ya el EBEP contiene un criterio más restrictivo de concepto de interino. Es el artículo 10 del TREBEP el que señala que:

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

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

⁴Esta determinación se completa en el apartado cuarto con la indicación de que <<...4. Cada vez que este Estatuto haga mención al personal funcionario de carrera se entenderá comprendido el personal estatutario de los Servicios de Salud...>>.

2. La selección de funcionarios interinos habrá de realizarse mediante procedimientos ágiles que respetarán en todo caso los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.
3. El cese de los funcionarios interinos se producirá, además de por las causas previstas en el artículo 63, cuando finalice la causa que dio lugar a su nombramiento.
4. En el supuesto previsto en la letra a) del apartado 1 de este artículo, las plazas vacantes desempeñadas por funcionarios interinos deberán incluirse en la oferta de empleo correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento y, si no fuera posible, en la siguiente, salvo que se decida su amortización.
5. A los funcionarios interinos les será aplicable, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera.
6. El personal interino cuya designación sea consecuencia de la ejecución de programas de carácter temporal o del exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un período de doce meses, podrá prestar los servicios que se le encomienden en la unidad administrativa en la que se produzca su nombramiento o en otras unidades administrativas en las que desempeñe funciones análogas, siempre que, respectivamente, dichas unidades participen en el ámbito de aplicación del citado programa de carácter temporal, con el límite de duración señalado en este artículo, o estén afectadas por la mencionada acumulación de tareas >>.

Hay dos referencias de este precepto que parecen, ciertamente, interesantes. Una, que el interino ocupa la posición clásica de cobertura de necesidades cuando el titular de las mismas no está o ha cesado en su puesto de trabajo. Pero a esto se añaden los programas temporales o los programas de acumulación de tareas. Dos, que el propio TREBEP contiene una referencia limitativa a que dichos nombramientos no podrán superar los seis meses dentro de un periodo de doce meses.

Es cierto, eso sí, que se establece el efecto limitativo de carácter temporal pero no se precisan los efectos del incumplimiento que, por ejemplo, podrían llevarse a la imposibilidad de nuevo nombramiento o en la conexión con la percepción de haberes transcurrido dicho plazo.

En todo caso, se trata de un concepto menos amplio que el del Estatuto marco que, en su artículo 9 establece tres categorías de personal estatutario temporal: el interino⁵, el eventual⁶ y la sustitución⁷. Surgen aquí muchas incógnitas como la de preguntarse si el

⁵El artículo 9.2. del EM establece que <<1.2. El nombramiento de carácter interino se expedirá para el desempeño de una plaza vacante de los centros o servicios de salud, cuando sea necesario atender las correspondientes funciones.

Se acordará el cese del personal estatutario interino cuando se incorpore personal fijo, por el procedimiento legal o reglamentariamente establecido, a la plaza que desempeñe, así como cuando dicha plaza resulte amortizadaí .>>.

⁶ El apartado 3 del artículo 9 establece que <<1.3. El nombramiento de carácter eventual se expedirá en los siguientes supuestos:

concepto de eventual que se mantiene en el EM puede mantenerse después de la regulación del TREBEP y si, por tanto, la habilitación a la legislación sectorial puede llevar, incluso, a la categorización diferencial de los empleados públicos lo que, claro está, restaría mucha de su virtualidad al propio EBEP y su propósito de convertirse en un esqueleto central y común del conjunto de las relaciones de empleo público.

En todo caso lo que queda claro, al margen de lo anterior, es que el precepto contenido en el artículo 9 del EM no contiene una prescripción directa y taxativa. Admite la posibilidad de convertir el puesto de trabajo en estructural y su cobertura por el procedimiento legalmente establecido pero no obliga a ello y, sobre todo, no contiene una interdicción de la posibilidad de realizarlo y la solución no afecta al estatus y la relación del personal nombrado por esta vía.

B) La vinculación de ofertas por las políticas de gasto

En el plano de las cuestiones que, necesariamente, han de considerarse en la búsqueda de una solución está la perspectiva del gasto público. La opción por una solución individual y automática tensa directamente contra los esquemas de planificación económica y del empleo público que han sido admitidas en diversas ocasiones por el propio Tribunal Constitucional. En este sentido, la STC de 23 de febrero de 2009 en la que se establece que <<õ . La exclusión del art. 149.1.13ª CE responde al hecho de que el precepto básico que el órgano judicial promotor de la cuestión estima infringido (el art. 24.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto) no establece propiamente un límite máximo de las retribuciones del personal al servicio de las Administraciones, sino que regula un aspecto del régimen estatutario de los funcionarios públicos (y no del conjunto de empleados públicos), como es la determinación de un concepto retributivo (por todas, STC 148/2006, de 9 de mayo, F. 6).

a) Cuando se trate de la prestación de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria.

b) Cuando sea necesario para garantizar el funcionamiento permanente y continuado de los centros sanitarios.

c) Para la prestación de servicios complementarios de una reducción de jornada ordinaria.

Se acordará el cese del personal estatutario eventual cuando se produzca la causa o venza el plazo que expresamente se determine en su nombramiento, así como cuando se supriman las funciones que en su día lo motivaron.

Si se realizaran más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un período acumulado de 12 o más meses en un período de dos años, procederá el estudio de las causas que lo motivaron, para valorar, en su caso, si procede la creación de una plaza estructural en la plantilla del centroí .>>.

⁷Regulado en el apartado 4 del artículo 9 cuando señala que <<í 4. El nombramiento de sustitución se expedirá cuando resulte necesario atender las funciones de personal fijo o temporal, durante los períodos de vacaciones, permisos y demás ausencias de carácter temporal que comporten la reserva de la plaza.

Se acordará el cese del personal estatutario sustituto cuando se reincorpore la persona a la que sustituya, así como cuando ésta pierda su derecho a la reincorporación a la misma plaza o funcióní >>.

De modo que no se discute ahora el respeto a aquellos límites al crecimiento de las retribuciones de los empleados públicos que haya podido establecer el legislador estatal, sino la regla general que garantiza la igualdad de uno de sus conceptos, el sueldo.

Esa discusión ha de saldarse con la estimación de la presente cuestión de inconstitucionalidad. Según acabamos de recordar, en las SSTC 103/1997, de 22 de mayo (RTC 1997, 103), F. 2, y 148/2006, de 9 de mayo, F. 6, hemos afirmado que la nivelación de las retribuciones básicas que figura en el art. 24.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, se encuadra sin violencia en la competencia exclusiva atribuida al Estado por el art. 149.1.18ª CE para el establecimiento de las bases del régimen jurídico de la función pública, en la medida en que con ella se trata de conseguir «una mínima y fundamental homogeneidad» en un aspecto esencial de dicho régimen jurídico: los derechos económicos de los funcionarios .

Pues bien, debemos concluir que un precepto como el cuestionado representa un obstáculo a esa nivelación desde el momento en que supedita la aplicabilidad general de las normas que la concretan y actualizan (particularmente, las disposiciones sobre retribuciones de las Leyes anuales de presupuestos generales del Estado) al cumplimiento de una condición: la superación del requisito de que el sueldo de los funcionarios del grupo E deba ser, en todo caso, superior al salario mínimo interprofesional. Toda vez que el inciso final del art. 82.2 a) de la Ley de la función pública de Canarias desconoce lo dispuesto en el art. 24.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, e impide la plena efectividad de las determinaciones estatales en materia de retribuciones de los funcionarios públicos, concretamente de los integrados en el grupo E, procede declarar su inconstitucionalidad y consiguiente nulidad .>>.

Y, especialmente, en la STC de 9 de mayo de 2006 que contiene la doctrina general sobre la vinculación entre las políticas de personal y las de gasto y en la que se señala que:

<< Comenzando por la primera cuestión cabe señalar que este Tribunal dispone de una consolidada doctrina, como se ha declarado en la reciente STC 139/2005, de 26 de mayo (RTC 2005, 139) , F. 7, en torno a los límites retributivos del personal al servicio de las Comunidades Autónomas derivados de los arts. 149.1.13ª y 156.1 CE. Este hecho permite remitirnos a la misma sin necesidad de reproducirla de forma pormenorizada. Basta recordar, a modo de síntesis, que en virtud de esta doctrina hemos reconocido la legitimidad constitucional ex art. 149.1.13ª y 156.1 CE de que los presupuestos generales del Estado establezcan «topes máximos globales al incremento de la masa retributiva de los empleados públicos» que, por lo tanto, excluyen que el Estado «predetermine unilateralmente los incrementos máximos de las cuantías de las retribuciones de cada funcionario dependiente de las Comunidades Autónomas individualmente considerado» (STC 63/1986, de 21 de mayo [RTC 1986, 63] , F. 11). Esta jurisprudencia, que fue empleada por el Abogado del Estado para fundamentar el recurso contencioso-administrativo que está en el origen de la presente cuestión de inconstitucionalidad, no ha sido cuestionada en términos generales por los representantes de la Comunidad Foral de Navarra. Lo que discute, sobre todo, el Letrado del Gobierno Foral es que la misma sea aplicable en los mismos términos a la Comunidad de Navarra, teniendo en cuenta sus peculiaridades competenciales en el ámbito del estatuto de los funcionarios públicos, sus peculiaridades, también, en materia de autonomía financiera y sus peculiaridades, por último, en materia de las relaciones entre la Administración Foral y la Administración

General del Estado, reconocidas en la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra (LORAFNA) y derivadas de la garantía de los derechos históricos contenida en la disposición adicional primera de la Constitución. Esta es, pues, la primera cuestión que debe ser dilucidada para poder dar respuesta al problema de fondo suscitado en el presente proceso >>.

La vinculación general del empleo público desde las normas de la planificación económica y de gasto público hacen descartar una solución estructural a la carta o de carácter automático.C) ¿Cómo se articula la estructuralidad?

Enlazando con lo que acaba de analizarse cabe indicar que la propia referencia a la estructuralidad es compleja en el ámbito público. Si las normas de función o empleo público determinan que un determinado número de años, de contratos o de situaciones produce fijeza (sin entrar ahora en el matiz del tipo de fijeza) nos encontramos con una situación que, ciertamente, %ensa+ con los mecanismos de planificación de recursos humanos y, por ende, de las técnicas de organización administrativa.

Esta disociación es sumamente peligrosa desde la perspectiva organizativa porque realmente produce un doble efecto: o bien, produce la %construcción+de las relaciones de puesto de trabajo no por las verdaderas necesidades sino por las decisiones de estructuralidad o bien, reduce el valor estratégico de estas instituciones para la propia organización produciendo una disociación entre planificación de necesidades y cobertura de las mismas que nos sitúa, claramente, en el marco de una gestión poco profesional, escasamente previsible y que, finalmente, se ve abocada o a prescindir de la planificación o no creer en la misma ni en su repercusión sobre el gasto.

De alguna forma lo que se pretendería es que no existiera empleo temporal. Esto es en sí mismo un error ya que una organización tan amplia y compleja como es la Administración Pública está sometida a cambios y transformaciones y necesidades que, en muchos casos, son diarias y exigen soluciones sencillas que permitan solventar la necesidad sin necesidad de incrementar la plantilla correspondiente. Las necesidades no definitivas necesitan de soluciones no definitivas y esto está prácticamente admitido por todos. El problema se sitúa en otro plano: el del abuso de la temporalidad para la cobertura permanente de necesidades que son, precisamente, de esta índole, esto es, permanentes.

El problema está, por tanto, en la forma de utilización de estas figuras y no en las figuras mismas que, ciertamente, si responden a su auténtica naturaleza deben ser admitidas e, incluso, fomentadas para conseguir la optimización de los servicios en cuestión y, especialmente, de aquellos que no admiten demora en su propia configuración estructural.

D)¿El margen del enjuiciamiento contencioso-administrativo?

Probablemente como colofón y en el plano práctico podemos preguntarnos cuál es el margen del juez contencioso-administrativo en esta materia. La idea es relativamente sencilla y puede identificarse con algunas de las siguientes preguntas: ¿puede crear puestos de trabajo al margen de la modificación de las estructuras de organización? ¿pueden existir puestos estructurales al margen de las relaciones de puestos de trabajo? ¿cómo se concilian ambas realidades? ¿en qué momento se apuesta por la estructuralidad?.

A estas preguntas que son, en gran medida, las que nos planteábamos en el plano teórico en el apartado anterior se añaden otras que pasan por recordar que los actos de nombramiento en la condición de temporal . en sus diversas modalidades- son actos firmes que no se impugnaron en su momento sino que, por el contrario, se consintieron e, incluso, que agotaron, muchos de ellos, sus efectos en el tiempo y en el espacio. La estructuralidad o la declaración de fijeza opera sobre la base de una %e calificación+ex post de actos que tenían su propia naturaleza y que son %e convertidos+en su concepción para fundar una relación estable.

Esta consideración de actos consentidos y agotados en sus efectos son elementos que deben valorarse en orden a determinar las facultades del juez contencioso-administrativo cuya tentación natural será la de considerar que esos actos administrativos consentidos deberían ser, previamente, declarados nulos por el procedimiento previsto en la normativa procedimental. De lo contrario es ciertamente complejo entrar en estas relaciones tanto por el problema del plazo, del consentimiento de los actos, como, desde la perspectiva de los efectos recíprocos de esta relación que el funcionario en cuestión ha asumido.

A menudo se pone como ejemplo lo que el Tribunal Supremo hizo en su momento con la declaración de indefinidos no fijos de algunos contratos laborales caracterizados por el encadenamiento de relaciones jurídicas. La característica es, sin embargo, diferente ya que en el ámbito laboral la relación se mantiene y lo único que se hace es transmutar su naturaleza, específicamente, la del último contrato que se considera en fraude de ley y produce los efectos de una relación fija. Sin embargo, como se ha dicho, en el ámbito administrativo estamos refiriéndonos a actos administrativos firmes en lo que se refiere a la naturaleza del nombramiento como agotados en punto a sus efectos. Su utilización para fundar una aplicación retroactiva que enerve su naturaleza para convertirlos en una situación diferente es ciertamente la consecuencia de operar sobre una realidad que resulta intangible sino es el marco de la revisión de oficio.

E) La responsabilidad por la gestión de recursos humanos

Adicionalmente, uno de los elementos que requieren, cada vez más, una actuación de los poderes públicos es la transformación de la situación de irregularidad en un problema de mala gestión y, por tanto, de responsabilidad de los altos cargos que asumen dicha función como propia.

No es la primera vez que indicamos la necesidad de que lo que constituyen grandes elementos de la gestión pública y, si se quiere, grandes disfuncionalidades de la gestión pública no tengan o no se conciben en un plano puramente objetivo sino que de alguna forma es preciso conseguir que quienes gestionan conforme a estas reglas sufran en su estatus subjetivo las consecuencias de las desviaciones en su actuaciones.

El estatuto obligacional del alto directivo no está bien concebido y algunas conductas claras como es la del fraude en la contratación administrativa o el fraude en la utilización de figuras de habilitación para el ejercicio como empleado público tengan un reflejo en la valoración y en la concepción del directivo público. Realmente por utilizar términos muy simples podríamos decir que no puede ser un gran directivo público quien crea una situación del orden de la que venimos examinando.

El estatuto profesional y, sobre todo, la responsabilidad profesional deben ser elementos tengan una relación directa con la buena gestión de lo público. Saltarse las reglas y crear problemas que se resuelven, a menudo, en el futuro no puede ser un elemento que justifique una valoración positiva ni quienes inciden en estas conductas pueden ser calificados como aptos para la función que realizan ni para la continuidad en el ámbito directivo en el que se sitúan.

4.5.2.- Las cuestiones más externas: la posición del empleado público

Más allá de las consideraciones generales que acaban de indicarse nos corresponde seguir avanzando en la conformación y solución de la cuestión aquí planteada. En este sentido un tema recurrente es la diferencia entre el régimen jurídico entre las diferentes categorías de empleados públicos. Estas diferencias, unas veces, operan respecto del régimen jurídico diferenciado entre funcionarios y laborales y, otras veces, entre las diferentes categorías de empleados públicos nominalmente sometidos a Derecho público.

En este sentido valga el resumen que hace Ordóñez cuando señala que « Pero también la adopción de normas europeas de armonización legislativa en materia de política social aplicables a los trabajadores, por ejemplo en materia de duración del trabajo, de trabajo temporal, de vacaciones, de edad de jubilación, etc., ha permitido que el Tribunal de Justicia, sin vacilación alguna, haya considerado aplicables estas normas tuitivas tradicionales en el Derecho social a los empleados públicos incluido el núcleo más al margen del Derecho de la Unión de los funcionarios nacionales . En este sentido y como ha señalado reiteradamente el Tribunal de Justicia: «la obligación, derivada de una Directiva, de que los Estados miembros alcancen el resultado previsto por ésta y su deber, conforme al artículo 4 TUE, apartado 3, de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros. Tales obligaciones pesan sobre estas autoridades, incluidas, en su caso, las autoridades en su condición de empleador público» . En fin, la adopción en 2000 y su equiparación con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa a los Tratados constitutivos de una Carta de Derechos Fundamentales de la Unión con una importante dimensión social han alentado la invocación por los todos los empleados públicos de derechos reconocidos constitucionalmente como el derecho a no ser discriminado enunciado en el artículo 21 de la Carta, el derecho a vacaciones anuales retribuidas pagadas del artículo 31 de la Carta sobre condiciones de trabajo justas y equitativas, etc.

En España la evolución legislativa y jurisprudencial del Derecho de la Unión se está notando especialmente en los reenvíos prejudiciales «españoles» al Tribunal de Justicia que han permitido crear una importante doctrina jurisprudencial que en ocasiones, como demuestran las recientes sentencias de 22 de diciembre de 2010, *Gavieiro Gavieiro*, o de 8 de septiembre de 2011, *Rosado Santana* , o el auto, de 18 de marzo de 2011, *Montoya Medina* , suponen una revulsiva corrección de la regulación legal y de la interpretación judicial mantenida por los tribunales españoles, incluido el Tribunal Constitucional .>>.⁸

⁸ ORDÓÑEZ SOLÍS. D. Empleados públicos, Administraciones Españolas y Jurisprudencia Europea. Actualidad Administrativa, N.º 3, Quincena del 1 al 15 Feb. 2012, Pág. 272, Tomo 1, Editorial LA LEY. Ed. Electrónica.

Al tema de la utilización de dichas diferencias como elemento central de una eventual discriminación se ha referido el Tribunal Constitucional. En concreto, la STC de 22 de enero de 2015 analiza esta cuestión en los siguientes términos: «Por su parte, el sector público empresarial del Estado, está integrado, entre otros entes, por las entidades públicas empresariales [art. 3.2.a) LGP] y por las sociedades mercantiles estatales [art. 3.2.b) LGP]. Las primeras, son entidades dependientes de la Administración General del Estado, o de cualquiera otros organismos públicos vinculados o dependientes de ella [art. 2.1.c) LGP], que se configuran como entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propias vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, quedando sujetas al Derecho administrativo cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación [art. 2.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP)]. Se trata, en consecuencia, de organismos públicos a los que se encomienda la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación [art. 53.1 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración del Estado (LOFAGE)], que se rigen, principalmente, por el Derecho privado (art. 53.2 LOFAGE), y en las que el personal a su servicio (no funcionario) se rige por el Derecho laboral (art. 55.1 LOFAGE). Son entidades tales como el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF), los Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA), la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda (FNMT-RCM), o el Instituto de Crédito Oficial (ICO).

Las segundas, esto es, las sociedades mercantiles estatales [art. 2.1.e) LGP], aunque forman parte del sector público empresarial estatal [art. 3.2.b) LGP], no son Administraciones públicas (art. 2.2 LRJAP), de manera que se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero y de contratación [Disposición adicional 12ª de la LOFAGE y art. 166 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre (RCL 2003, 2594), del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP)]. Se trata de entidades cuya actividad principal consiste en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual, que se financian mayoritariamente con ingresos comerciales obtenidos como contraprestación de las entregas de bienes y prestaciones de servicios que efectúan, y que dependen mayoritariamente de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI). Son los casos, por ejemplo, de la Corporación de Radio y Televisión Española (RTVE), el Grupo Correos, el Grupo Mulleras del Norte (HUNOSA), la Empresa Nacional de Mercados Centrales de Abastecimiento (MERCASA), la Empresa Nacional de Residuos Radiactivos (ENRESA) o la Empresa de Transformación Agraria (TRAGSA).

Las precedentes aclaraciones realizadas sobre la organización del sector público estatal, tanto administrativo como empresarial, son trasladables al sector público autonómico o local, con las debidas matizaciones derivadas de la concreta normativa reguladora de su organización institucional en cada uno de sus respectivos ámbitos.

Hecha la precisión que antecede con relación al sector público, tampoco puede admitirse como válida la comparación entre el personal laboral que presta sus servicios en el sector público administrativo con el personal laboral que presta servicios en el sector público

empresarial+, pues como apunta el Abogado del Estado, el factor diferencial entre una y otra categoría de trabajadores se encuentra en la diferente estructura en la que se incardinan, que los convierte en grupos o categorías personales diferentes que admiten la atribución por el legislador de consecuencias jurídicas distintas y, entre ellas, la aplicación o no de las previsiones del art. 47 LET.

En consecuencia, debe rechazarse que la Disposición adicional tercera de la Ley 3/2012, de 6 de julio, vulnere el art. 14 CEõ .->>.

4.5.3.- El límite central para la búsqueda de soluciones: el principio de mérito y capacidad.

La STC de 19 de noviembre de 2015 señala que <<õ Y la exigencia de igualdad material en la ley supone que «las normas reguladoras del proceso selectivo han de asegurar a los ciudadanos una situación jurídica de igualdad en el acceso a las funciones públicas, con la inmediata interdicción de requisitos de acceso que tengan carácter discriminatorio (SSTC 193/1987, de 9 de diciembre (RTC 1987, 193) 47/1990, de 20 de marzo (RTC 1990, 47) o 353/1993, de 29 de noviembre (RTC 1993, 353) , o de referencias individualizadas (STC 67/1989, de 18 de abril (RTC 1989, 67) » [STC 30/2008 (RTC 2008, 30) FJ 6 b)]. El art. 23.2 CE (RCL 1978, 2836) no proscribire toda desigualdad de trato, sino aquella en la que la diferencia introducida por la norma carece de una justificación objetiva y razonable y resulta desproporcionada (STC 46/1999 (RTC 1999, 46) FJ 2)õ .->>

Pero, sin duda, el núcleo central del debate es que se analiza en la STC en un momento posterior cuando se señala que <<õ . En cuarto lugar, la densidad de nuestro canon de enjuiciamiento depende del tipo de decisiones sobre las que se proyecta. En el momento del acceso a la función pública no hay más canon que los principios constitucionales de mérito y capacidad, pero con posterioridad otros criterios pueden acompañar a dichos principios. En efecto, según nuestra jurisprudencia «es diferente el rigor e intensidad con que operan los principios de mérito y capacidad según se trate del inicial ingreso en la función pública o del ulterior desarrollo o promoción de la propia carrera administrativa, pues en el supuesto de provisión de puestos de trabajo entre personas que ya han accedido a la función pública y, por ende, acreditado los requisitos de mérito y capacidad , cabe tener en cuenta otros criterios distintos enderezados a lograr una mayor eficacia en la organización y prestación de los servicios públicos o a satisfacer otros bienes constitucionalmente protegidos (SSTC 192/1991 (RTC 1991, 192) y 200/1991 (RTC 1991, 200)» (STC 365/1993 (RTC 1993, 365) FJ 7). Y en la STC 156/1998, de 13 de junio (RTC 1998, 156) señalamos que «al ser constitucionalmente legítimo que en materia de provisión de puestos de trabajo puedan valorarse criterios independientes de los que, en sentido estricto, derivarían del principio de igualdad que consagra el art. 23.2, y encontrarnos, por otra parte, ante un derecho que es de configuración legal (SSTC 24/1990 (RTC 1990, 24) 25/1990 (RTC 1990, 25) 26/1990 (RTC 1990, 26) 149/1990 (RTC 1990, 149), es al legislador al que corresponde determinar en qué casos pueden tomarse en consideración esos otros criterios; criterios que, como se han indicado, siempre que se encuentren justificados en la mejor prestación de los servicios o en la protección de otros

bienes constitucionales y no introduzcan discriminaciones personales constitucionalmente proscritas, serán compatibles con el derecho fundamental que garantiza el art. 23.2 CE.» (FJ 3).

En aplicación de dicha doctrina hemos considerado que son conformes con el art. 23.2 CE la previsión de un derecho de adjudicación preferente a favor de aquel que, por razón de su puesto de trabajo, reside en una localidad distinta a la de su cónyuge (SSTC 192/1991, de 14 de octubre (RTC 1991, 192) FJ 4; y 200/1981, de 28 de octubre (RTC 1981, 200) FJ 3), la decisión de una Administración autonómica de reservar la provisión de determinadas plazas para sus propios funcionarios (STC 156/1998, de 13 de junio (RTC 1998, 156) FJ 4) o el amplio margen de valoración característico de los procedimientos de libre designación en relación con las aptitudes de los candidatos para desempeñar un determinado puesto de trabajo (STC 221/2004 (RTC 2004, 221) FJ 4).

Asimismo nuestra jurisprudencia ha señalado que «el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas consagrado en el art. 23.2 CE no sólo integra el derecho de acceso en tales condiciones y sin otro canon que los principios de mérito y capacidad , sino también el derecho al mantenimiento de la condición de funcionario y, en consecuencia, exige que las leyes que regulan el cese en la misma, sean generales, abstractas y, en principio, de similar alcance para todos los funcionarios, sin que puedan existir más diferencias al respecto que aquéllas que tengan una justificación objetiva y razonable» (STC 73/1994 (RTC 1994, 73) FJ 2)õ .>>.

Este planteamiento tenía ya numerosos precedentes en el ámbito de la jurisprudencia constitucional. Un ejemplo podemos encontrarlo en la STC de 15 de febrero de 2007 en la que se señala que <<õ Así, y sin pretensión de ser exhaustivos, resulta claro que, en primer lugar, los órganos judiciales habrán de controlar si la decisión administrativa se ha adoptado con sujeción a las previsiones legales a las que se acaba de hacer referencia, es decir, en lo esencial, si la designación se ha realizado entre las personas que el Diocesano ordinario ha propuesto para ejercer esta enseñanza y, dentro de las personas propuestas, en condiciones de igualdad y con respeto a los principios de mérito y capacidad . O, en sentido negativo, y por ajustarse más a las circunstancias del caso analizado en el proceso a quo, habrán de analizar las razones de la falta de designación de una determinada persona y, en concreto, si ésta responde al hecho de no encontrarse la persona en cuestión incluida en la relación de las propuestas a tal fin por la autoridad eclesiástica, o a otros motivos igualmente controlables. Más allá de este control de la actuación de la autoridad educativa, los órganos judiciales competentes habrán de analizar también si la falta de propuesta por parte del Ordinario del lugar responde a criterios de índole religiosa o moral determinantes de la inidoneidad de la persona en cuestión para impartir la enseñanza religiosa, criterios cuya definición corresponde a las autoridades religiosas en virtud del derecho de libertad religiosa y del principio de neutralidad religiosa del Estado, o si, por el contrario, se basa en otros motivos ajenos al derecho fundamental de libertad religiosa y no amparados por el mismo. En fin, una vez garantizada la motivación estrictamente «religiosa» de la decisión, el órgano judicial habrá de ponderar los eventuales derechos fundamentales en conflicto a fin de determinar cuál sea la modulación que el derecho de libertad religiosa que se ejerce a través de la enseñanza de la religión en los centros escolares pueda ocasionar en los propios derechos fundamentales de los trabajadores en su relación de trabajoõ >>

La STC 2 de febrero de 2017 en la que se señala que <<.. Respecto al apartado 1 indica que, al establecer la extensión de la condición de personal estatutario con carácter fijo al personal laboral propio de las empresas públicas sanitarias a las que el mismo se refiere, reconociéndoles la posibilidad de optar por convertirse en personal estatutario sin superar un procedimiento que garantice los principios de igualdad, mérito y capacidad, vulnera los principios de acceso al régimen estatutario del personal sanitario recogidos en la [Ley 55/2003](#) y, en particular, considera que no encuentra amparo en el procedimiento de integración regulado en la disposición adicional quinta de la citada Ley, pues esta disposición adicional se circunscribe al personal dependiente directamente de los servicios de salud y no se extiende al personal externo de las empresas públicas, además de requerir la regulación de un procedimiento al efecto. Las Letradas de la Asamblea de Madrid han señalado tanto la existencia de un procedimiento de integración expresamente regulado como que la impugnación se basa en un entendimiento de la [disposición adicional quinta](#) de la Ley 55/2003 que no es la única posible, pues dicha norma solamente exige que se trate de centros, instituciones o servicios de salud del Sistema Nacional de Salud, condición que se cumpliría en las tres instituciones cuestionadas.

La integración en la condición de personal estatutario del Sistema nacional de salud debe realizarse al amparo de lo previsto en la legislación básica, exigiéndose al respecto por el estatuto marco la realización de procesos selectivos (arts. 20 y 31), la superación de pruebas y el nombramiento como personal estatutario fijo (art. 29) o temporal (art. 33), a través de sistemas de selección de personal que garanticen los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad (art. 30). Fuera de tales supuestos solo se prevé la integración de personal en los servicios de salud en la [disposición adicional quinta](#) de la Ley 55/2003, primer párrafo, que es, en realidad, el precepto que la Abogada del Estado entiende vulnerado y en el que centraremos nuestra atención, pues si el precepto autonómico es conforme con dicha disposición no resultará preciso analizar la aplicación al caso de las reglas generales del estatuto marco .>>.

Esta doctrina nos sitúa ante la clave de la bóveda de cualquier solución del problema. Las soluciones tienen que estar en consonancia con el principio de mérito y capacidad y con la publicidad y la concurrencia como elementos instrumentales para el cumplimiento de ambos principios. Esto presupone la imposibilidad de consolidaciones, estructurales, y demás eufemísticas expresiones que hemos ido acuñado para eludir los sistemas de medición y comprobación de los principios de mérito y capacidad.

4.6.- Aprender de la experiencia

Es realmente fácil señalar que la gestión de la crisis económica en el ámbito de la gestión del personal de la función pública ha estado presidida por la demagogia y las soluciones fáciles. Una de estas medidas ha sido, precisamente, la de considerar que el nivel de gasto podría frenarse vía oferta de empleo público. La verdad es que esta tentación puede considerarse recurrente ya que han sido muchos los años en los que se ha apuntado a la austeridad y se ha indicado que una forma de cumplir con dicho principio es, precisamente, la reducción de la oferta.

Ser austero es utilizar únicamente los recursos necesarios pero no prescindir de los que, finalmente, resultan imprescindibles para el ejercicio de una determinada función.

La solución ha sido muy sencilla: lo que se negaba al empleo estable se conseguía en el empleo inestable. Esto ha llenado la función pública de empleo inestable que, seamos sinceros, fue durante mucho tiempo más barato que el de carrera (por las diferencias retributivas especialmente en materia de trienios) pero que, hoy, tras la publicación del EBEP y las STJUE en materia de aproximación de las condiciones de trabajo de los que tienen la condición de no estables ha propiciado una igualación del coste que, adicionalmente, se ha disparado por los costes procesales que ha conllevado, en muchos casos, la igualación de dichas situaciones.

El resultado es muy sencillo: muchos sectores de las Administraciones Públicas están repletos de personal en condiciones de eventualidad en sus más diversas y, a veces, desconocidas fórmulas. Su integración en el sistema no es tal y, como consecuencia, los concursos, la provisión, la carrera, la profesionalización han dejado paso a la cobertura como se ha podido de las necesidades públicas.

El proceso de igualación retributiva ha conducido a que el Gobierno considere innecesario, en este escenario, mantener la virtualidad del empleo eventual y ha ofrecido la conversión, según diferentes fuentes, de entre 200.000 a 400.000 empleados no fijos en fijos tras la convocatoria de los correspondientes procesos selectivos.

Más allá de que un sector de la opinión pública haya considerado como una barbaridad, en términos de gasto, la consolidación del gasto podemos indicar que la operación es, en dichos términos, prácticamente neutra. Ya estaban en el empleo público y ya cobraban prácticamente en la misma forma y cuantía que los funcionarios de carrera que podrían haber ocupado estos puestos de trabajo. El debate sobre el número de empleados es un debate que debe hacerse con mayor rigor que su mero número y, desde luego, cuando se produzcan cómputos deberían incluirse el conjunto de las personas que cobran del presupuesto público y no hacer las comparaciones por categorías laborales que, ciertamente, producen engaño respecto del objetivo último perseguido.

Mientras tanto se plantean ahora problemas no menores que van desde qué se va a hacer con aquellos ~~pre~~ precarios+ que no consigan superar las pruebas selectivas (experiencia de esto ya tenemos), cómo recuperar las expectativas profesionales en materia de carrera de colectivos cuya estabilidad en la inestabilidad ha sido más que notoria, cómo reordenar la provisión de puestos de forma que los funcionarios preexistentes no resulte preteridos en sus derechos.

En fin, más allá de la estabilidad, el daño de la utilización de personal precario en puestos estructurales es un daño que afecta al conjunto del sistema y que produce un percepción errónea del empleo público y de las necesidades del personal. Lo que ahora se ha puesto de manifiesto al declarar que la operación de consolidación es, prácticamente neutra en términos presupuestarios, es que el efecto ahorro era poco más que una ilusión óptica o, por ser más sutiles, una forma de presentar el problema sin contar la verdad en su totalidad.

Estas consideraciones dejan al margen, por supuesto, al propio empleado público precario que realmente ha sido sometido a la contradicción de prestar sus servicios en la inestabilidad de una organización pensada en clave de estabilidad. Su profesionalidad y su ~~aguante~~ aguante+ ha sido proporcional a la intensidad de la crisis y tan insostenible como mantenerlo una vez apuntada la recuperación económica.

La segunda lección la proporciona el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales. La tasa de reposición llega al 100% en la Administración educativa, servicios de salud, Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado, Fuerzas Armadas, Administraciones Públicas respecto del control y lucha contra el fraude fiscal, laboral, subvenciones públicas, seguridad social y control de la asignación eficiente de los recursos públicos, investigador doctor en los Cuerpos y Escalas de los OPIS, plazas de catedráticos, titulares de universidad y contratados doctores, supervisión e inspección de los mercados de valores y de los que en ellos intervienen; Administración penitenciaria; Consejo de Seguridad Nuclear en relación con las plazas de funcionario de la Escala Superior del Cuerpo de Seguridad Nuclear y Protección Radiológica que realizan funciones de dirección, estudio y evaluación, inspección y control de las instalaciones radiactivas y nucleares., acción exterior, asistencia directa a los servicios sociales, gestión de prestaciones y políticas activas de empleo, seguridad y emergencia o en el personal que realiza prestaciones directa de transporte público o los servicios de atención a los ciudadanos.

De esta determinación podemos extraer una conclusión: no todo es prescindible y cuando se produce una baja no es porque el funcionario sobre sino porque se jubila pero no está probado que se jubile+ su función ni que el puesto de trabajo haya devenido innecesario. Las necesidades persisten y cuando no se proveen producen efectos de diversa índole: a) nos llevan a la precarización del empleo: b) deterioran las condiciones de prestación del servicio público; c) ponen en riesgo la actividad pública.

Hoy, con una visión analítica razonable podríamos decir que el daño de la no reposición para muchos servicios públicos y para muchos puestos de funcionarios es evidente y que su efecto sobre el servicio público es, igualmente, evidente y claramente perceptible en términos de accesibilidad, calidad y prestación de muchas actividades públicas.

La experiencia nos indica, por tanto, que no todo es prescindible y que, por tanto, es la reflexión estratégica la que debe determinar la aplicación de una medida como la propuesta. La Ley de Presupuestos Generales establece una reposición igual al de número de bajas en algunos sectores del empleo público. Esto es parte de la estrategia de una organización, que es lo que se reclama.

El empleo público ha sido uno de los grandes olvidados de los últimos años. La ciencia económica lo identificó con gasto y de ahí a considerar que el gasto es superfluo ha habido solo un paso. Lejos de esto cabe indicar que las Administraciones Públicas prestan aún un conjunto de servicios (sanidad, servicios sociales, educación, defensa, seguridad, justicia, etc.) que percibimos como parte o como manifestación de un Estado prestacional del que no necesariamente hemos decidido prescindir.

El eterno debate del número de los funcionarios es un debate que no puede hacerse sin plantearse simultáneamente el de los servicios y sin que, realmente, exista una política de gestión de personal y de lo público. Es paradigmático que el EBEP se publica en 2007 y que, hoy, diez años después no se ha completado ni derogado o sustituido su regulación. Parece como si la gestión del empleo público no precisará de normas ni de instrumentos ni de planificación. El error es tan evidente como ahora se percibe y se hace tremendo cuando la solución . precarización del empleo- se analiza con perspectiva y se llega a la conclusión, en este caso por los Tribunales comunitarios, de que es un fraude y que encubre una situación de estructuralidad que no puede desfigurarse así. El castillo de

naipes se cae con el soplo del viento y, ahora, hay que explicar que la conversión no cuesta dinero porque ya se les pagaba, que sus derechos son iguales porque lo dicen los tribunales, que los reproches desde todos los ámbitos sociales son evidente y, por tanto, que hay que empezar de nuevo. La pregunta es ¿habremos aprendido algo?

5.- El contenido del Acuerdo de 29 de marzo de 2017 desde una perspectiva material

En el contexto enunciado se produce la formalización del Acuerdo cuyo contenido podemos resumir en la siguiente forma:

A) Oferta de empleo público

Las partes están de acuerdo en la necesidad de adoptar decisiones en materia de tasa de reposición y como consecuencia se determina que algunas acciones en relación con el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado.

Estas determinaciones son:

- Una tasa del 100% en el caso de los sectores prioritarios

Sanidad, Educación, Administración del Justicia, Servicios Sociales y control y lucha contra el fraude fiscal, laboral y subvenciones públicas y en materia de seguridad social

- Una tasa general de reposición del 50% para el resto de sectores.

B) Medidas en materia de reducción del empleo temporal

Las partes firmantes del Acuerdo están de acuerdo en que uno de los objetivos a conseguir en los próximos años debe ser la reducción de la interinidad. Realmente esta es la denominación que se utiliza expresamente en el Acuerdo pero sin que, claro está, esta sea una posibilidad a realizar en un único año. De ahí las referencias al plazo temporal de tres años para la consecución del objetivo de reducción del empleo temporal. El objetivo final es que el empleo precario se sitúe en el máximo del 8 %.

A este efecto, el Acuerdo establece la posibilidad de que la Ley de Presupuestos contenga una autorización, al margen de la tasa de reposición, para que determinados ámbito sectoriales de las Administraciones Públicas puedan . a lo largo de los tres próximos años y con el máximo del 90 %- reducir, las plazas ocupadas de forma temporal y la cifra de personal con una vinculación temporal existente a la fecha de la firma del acuerdo

En este mismo esquema se admite la convocatoria de plazas de carácter eventual de personal laboral que a la fecha de la suscripción del acuerdo estén cubiertas por un efectivo declarado como indefinido no fijo por sentencia judicial, cuya convocatoria tampoco computa en la tasa de reposición.

Finalmente se exceptúa, también, de tasa de reposición la convocatoria de plazas, en los términos previstos en la Disposición Transitoria Cuarta del TREBEP que estén dotadas presupuestariamente a la fecha de la firma del Acuerdo y desde una fecha anterior a 1 de

enero de 2005 y que hubieran venido estando ocupadas ininterrumpidamente de forma interina o temporal.

C) Constitución de grupos de trabajo en materia de empleo público

Finalmente el Acuerdo se completa con la constitución una serie de grupos de trabajo que afectan a las cuestiones más problemáticas en la actualidad del empleo público. Entre ellas, la movilidad interadministrativa, la formación de los empleados públicos, la evolución del empleo, los criterios de aplicación de los programas de igualdad y de género, seguimiento de la implantación de la Administración digital y la situación de las mutualidades.

Con carácter general puede decirse que los temas enunciados son, realmente, temas de la máxima importancia por lo que la circunstancia de que sobre ellos se reanude el diálogo y la reflexión son, en si mismos, una idea importante.

6.- El desarrollo en el ámbito de la regulación de la LGP de 2017

6.1. Consideraciones generales

La Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 2017 es el instrumento de política económica que estaba específicamente llamado a dar cumplimiento a las previsiones contenidas en el Acuerdo de 29 de marzo de 2017.

Con vocación de síntesis podemos extraer los principios generales que se contienen en la Ley de Presupuestos para 2017 en materia de gastos de personal en los siguientes tal y como se contienen en la Exposición de Motivos de la LCSP.

En concreto, señala la Exposición de Motivos que:

<< El título III de la Ley de Presupuestos Generales del Estado se rubrica como «De los gastos de personal», y se estructura en tres capítulos.

Como así ha sido en anteriores ejercicios, la repercusión que el mandato constitucional de estabilidad presupuestaria y la actual situación de nuestra economía tienen sobre el personal al servicio del sector público se refleja en el Capítulo I, relativo a los «Gastos del personal al servicio del sector público», que tras definir lo que constituye «sector público» a estos efectos, establece, fruto de la situación de mejora económica actual que, con carácter general, en el año 2017, las retribuciones de este personal no podrán experimentar un incremento global superior al 1 por ciento respecto a las vigentes a 31 de diciembre de 2016. Se mantiene que no podrán realizarse aportaciones a planes de empleo ni contratos de seguro colectivos que incluyan la cobertura de la contingencia de jubilación, con las excepciones que se prevén.

Asimismo se incluye en este capítulo la **regulación de la Oferta de Empleo Público**. La presente Ley de Presupuestos Generales del Estado, al igual que la anterior, mantiene su

regulación en un único artículo, estableciendo los límites y requisitos para la incorporación de nuevo personal en el sector público a excepción de las sociedades mercantiles públicas y entidades públicas empresariales, fundaciones del sector público y consorcios participados mayoritariamente por las Administraciones y Organismos que integran el Sector Público, que se registrarán por lo dispuesto en las disposiciones adicionales décima quinta, décima sexta y décima séptima respectivamente, de esta Ley y de los Órganos Constitucionales del Estado; se establece una tasa de reposición del 50 por ciento, con carácter general y se introduce como novedad respecto a la Ley de Presupuestos de 2016 un incremento de los sectores y administraciones que se consideran prioritarios a efectos de que, excepcionalmente en este ejercicio se pueda aumentar hasta el 100 por ciento la tasa de reposición de aquellos. Al mismo tiempo se acomete el proceso de estabilización de empleo temporal en el sector público.

En el capítulo II, **bajo la rúbrica «De los regímenes retributivos»**, regula la actualización para el año 2017 de las retribuciones de los altos cargos del Gobierno de la Nación y sus Órganos Consultivos; de la Administración General del Estado, las correspondientes a los altos cargos del Consejo de Estado, del Consejo Económico y Social, así como a los miembros del Tribunal de Cuentas, del Tribunal Constitucional y del Consejo General del Poder Judicial, y al personal de las Fuerzas Armadas, de la Policía y de la Guardia Civil, así como mención específica merecen las relativas a la regulación de las retribuciones de los miembros de la Carrera Judicial y Fiscal, de los del Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia y de los Cuerpos de personal al servicio de la Administración de Justicia. La necesidad de inclusión de estas previsiones en la Ley de Presupuestos Generales del Estado deriva de que la aprobación de los Presupuestos de estos Órganos y, por ende, de las referidas retribuciones, ha de hacerse por las Cortes Generales. Los principios de unidad y universalidad del presupuesto exigen que esa aprobación se realice en un documento único, comprensivo de todos los gastos del Estado, como es la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

Este capítulo se completa con las normas relativas a las retribuciones del personal laboral del sector público estatal así como del personal estatutario y del personal de la Seguridad Social no estatutario.

El capítulo III de este Título contiene una norma de cierre, aplicable al personal cuyo sistema retributivo no tenga adecuado encaje en las normas contenidas en el Capítulo II. Junto a ella, recoge, como en Leyes de Presupuestos anteriores, otras disposiciones en materia de régimen de personal activo, así como las relativas a la prohibición de ingresos atípicos y la actualización de las cuantías a percibir por los conceptos de recompensas, cruces, medallas y pensiones de mutilación. Asimismo, se establecen los requisitos para la determinación o modificación de retribuciones del personal laboral y no funcionario que exigirán del informe favorable del Ministerio de Hacienda y Función Pública. De igual forma contiene los requisitos para poder proceder a la contratación de personal laboral con cargo a los créditos de inversiones.

Estas referencias, en los términos que seguidamente se analizan, nos permiten indicar, con carácter previo que se abordar dos grandes cuestiones: la relativa a la oferta de empleo y las de régimen jurídico de las retribuciones del personal al servicio de la Administración tanto el de régimen común como los regímenes especiales.

El contenido del Acuerdo de 2017 está, inicialmente, más próximo a la regulación de la oferta de empleo pero es cierto, como inmediatamente se verá, que se contienen un conjunto de referencias . no directamente referidas a esta cuestión- cuya característica esencial es, precisamente, coadyuvar en el cumplimiento de los objetivos expuestos en la propia Oferta y evitar que exista una desnaturalización de su contenido como consecuencia

6.2.- Ámbito de aplicación de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2017

Lo característico de esta normativa presupuestaria . como la de otras anteriores- es la de incluir una política común dentro de las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica en materia de gastos de personal al servicio del sector público.

Esta opción del legislador que, ciertamente, encuentra su apoyo en la propia jurisprudencia constitucional que se fijó como consecuencia de los incrementos retributivos adicionales al general que se contenían en algunas leyes de presupuestos de las Comunidades Autónomas trae como consecuencia inmediata la de la fijación de un ámbito específico de aplicación que, según el artículo 18, afecta a:

- <<õ a) La Administración General del Estado, sus Organismos autónomos y Agencias estatales y las Universidades de su competencia.
- b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas, los Organismos de ellas dependientes y las Universidades de su competencia.
- c) Las Corporaciones locales y Organismos de ellas dependientes.
- d) Las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social.
- e) Los órganos constitucionales del Estado, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 72.1 de la Constitución.
- f) Las sociedades mercantiles públicas, entendiéndose por tales aquellas en las que la participación, directa o indirecta, en su capital social de las Administraciones y entidades enumeradas en este artículo sea superior al 50 por ciento. En el sector público estatal se considerarán como tales las reguladas en el artículo 111.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.
- g) Las entidades públicas empresariales y el resto de los organismos públicos y entes del sector público estatal, autonómico y local.
- h) Las fundaciones del sector público y los consorcios participados mayoritariamente por las Administraciones y Organismos que integran el sector público.
- i) El Banco de España en los términos establecidos en la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España.
- j) El Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB)õ >>.

Se trata, por tanto, de un ámbito de aplicación que incluye, en el ámbito territorial a las tres instancias territoriales existentes y en el ámbito funcional al conjunto de personificaciones con las que se realiza la actividad administrativa con independencia de su forma jurídica y con inclusión, de los órganos constitucionales.

Para el conjunto del personal incluido en este ámbito se prevén, con carácter general, dos referencias:

- Que sus retribuciones no podrán experimentar un incremento global superior al 1 por ciento respecto de las vigentes a 31 de diciembre de 2016
- Que no puede haber aportaciones a fondos y contratos de seguro que tengan como prestación de jubilación.

Al tratarse de referencias esencialmente retributivas y a los efectos de lo que aquí se analiza es suficientes con su mera constancia sin entrar en el desglose específico de las referencias puramente retributivas.

6.3.- Oferta de Empleo público

Como se ha indicado, es la oferta de empleo público el instrumento central para el cumplimiento del Acuerdo de 2017. Los términos de dicha regulación pueden sintetizarse en los que se exponen en los apartados siguientes.

6.3.1.- Las reglas generales

La estructura de regulación ha permitido diferenciar entre el personal de los entes centralizados y de la Administración regular de otras formas diferenciadas de personificación.

- A) Personal incluido en el ámbito de aplicación del artículo 18 de la LGP con exclusión de sociedades mercantiles públicas, fundaciones del sector público y consorcios participados mayoritariamente por las Administraciones y Organismos que integran el Sector Público.

El concepto aquí pasa por diferenciar entre sectores comunes de administración y sectores especiales. Esto nos permite establecer las siguientes reglas:

- Regla común: sectores convencionales.

La expresión **sectores convencionales** no tiene una traducción explícita en el ámbito de la propia LGP sino que hay que extraerla de forma negativa e identificarla con aquellos

sectores de la actividad administrativa que no están incluidos en el ámbito de los sectores estratégicos que son los que se contemplan en el apartado siguiente.

La regla común es que <<õ 3. En los sectores y Administraciones no recogidos en el apartado anterior, la tasa de reposición se fijará hasta un **máximo del 50 por ciento** .>>.

Esto nos permite indicar que la regla general es la reposición del 50% de la tasa de reposición . calculada en la forma que se expone seguidamente- y que, por tanto, limita la oferta en dichos sectores al público.

- Regla específica para sectores estratégicos.

Está contenida en el artículo 19 cuando señala que:

<<õ .2. Respetando, en todo caso, las disponibilidades presupuestarias del Capítulo I de los correspondientes presupuestos de gastos, en los siguientes sectores y administraciones la tasa de reposición **se fijará hasta un máximo del 100 por ciento**:

A) Administraciones Públicas con competencias educativas para el desarrollo de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, en relación con la determinación del número de plazas para el acceso a los cuerpos de funcionarios docentes.

B) Administraciones Públicas con competencias sanitarias respecto de las plazas de personal estatutario de los servicios de salud del Sistema Nacional de Salud.

C) Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Cuerpos de Policía Autónoma de aquellas Comunidades Autónomas que cuenten con Cuerpos propios de dicha Policía en su territorio, y, en el ámbito de la Administración Local, personal de la Policía Local, en relación con la cobertura de las correspondientes plazas de dicha Policía.

D) Fuerzas Armadas en relación con las plazas de militares de carrera y militares de complemento de acuerdo con lo previsto en la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de Carrera Militar.

E) Administraciones Públicas respecto del control y lucha contra el fraude fiscal, laboral, de subvenciones públicas y en materia de Seguridad Social, y del control de la asignación eficiente de los recursos públicos.

F) Administraciones Públicas respecto del asesoramiento jurídico y la gestión de los recursos públicos.

G) Plazas de los Cuerpos de Letrados de la Administración de Justicia y de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia.

H) Administraciones Públicas respecto de la cobertura de las plazas correspondientes al personal de los servicios de prevención y extinción de incendios.

I) Administración del Estado en relación con las plazas de personal investigador doctor de los Cuerpos y Escalas de los organismos públicos de investigación, definidos en la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación.

Asimismo, se autorizan un total de 25 plazas en los Organismos Públicos de Investigación de la Administración del Estado, para la contratación de personal investigador doctor, con certificado I3, en la modalidad de Investigador distinguido, como personal laboral fijo en dichos Organismos, previa acreditación de que la Oferta de Empleo Público de estas plazas no afecta a los límites fijados en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

Igualmente, con el límite máximo del 100 por ciento de la tasa de reposición, se autoriza a los organismos de investigación de otras Administraciones Públicas para la contratación de personal investigador doctor que haya superado una evaluación equivalente al certificado I3, en la modalidad de investigador distinguido, como personal laboral fijo en dichos organismos, previa acreditación de que la oferta de empleo público de estas plazas no afecta a los límites fijados en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

J) Plazas de los Cuerpos de Catedráticos de Universidad y de Profesores Titulares de Universidad, de profesores contratados doctores de Universidad regulados en el artículo 52 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, y a las plazas de personal de administración y servicios de las Universidades, siempre que por parte de las Administraciones Públicas de las que dependan se autoricen las correspondientes convocatorias, previa acreditación de que la oferta de empleo público de las citadas plazas no afecta al cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria establecidos para la correspondiente Universidad, ni de los demás límites fijados en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

Dentro del límite de la tasa de reposición correspondiente a los Cuerpos de Catedráticos de Universidad y de Profesores Titulares de Universidad y a los profesores contratados doctores previsto en el párrafo anterior, cada Universidad estará obligada a destinar, como mínimo, un 15 por ciento del total de plazas que oferte, a la incorporación, en aquella categoría para la que esté acreditado, de personal investigador doctor que haya finalizado el Programa Ramón y Cajal y haya obtenido el certificado I3.

Las plazas de profesor contratado doctor que queden vacantes como consecuencia del acceso a un Cuerpo docente universitario, se podrán incluir en la tasa de reposición del ejercicio siguiente.

K) Administraciones Públicas respecto de la supervisión e inspección de los mercados de valores y de los que en ellos intervienen.

L) Plazas correspondientes a la seguridad aérea, respecto del personal que realiza actuaciones de inspección y supervisión de la seguridad aérea, las operaciones de vuelo y operaciones aeroportuarias y actuaciones relacionadas con las mismas, y a las plazas de personal en relación con la seguridad marítima, que realiza tareas de salvamento marítimo y prevención y lucha contra la contaminación marina, así como a las plazas de personal en relación con la seguridad ferroviaria y las operaciones ferroviarias.

M) Administración Penitenciaria.

N) Consejo de Seguridad Nuclear en relación con las plazas de funcionario de la Escala Superior del Cuerpo de Seguridad Nuclear y Protección Radiológica que realizan funciones

de dirección, estudio y evaluación, inspección y control de las instalaciones radiactivas y nucleares.

Ñ) Acción Exterior del Estado.

O) Plazas de personal que presta asistencia directa a los usuarios de los servicios sociales.

P) Plazas de personal que realiza la gestión de prestaciones y políticas activas en materia de empleo.

Q) Plazas de seguridad y emergencias.

R) Plazas de personal que realiza una prestación directa a los usuarios del servicio de transporte público.

S) Personal de atención a los ciudadanos en los servicios públicos >>.

Queda claro, por tanto, que se ha definido una serie de sectores estratégicos que se caracterizan por su relevancia social y porque, probablemente, son aquellos sectores en los que la ausencia de personal repercute más directamente sobre la calidad del servicio. También se trata, en el mayor parte de los casos, de sectores en los que se han mantenido los servicios sobre la base de más situaciones de precariedad cuya problemática hemos analizado de forma específica y en la que no parece necesario insistir, de nuevo.

* Regla común: el cálculo de la tasa de reposición

Esta regla se contiene en el apartado 4 cuando señala que << Para calcular la tasa de reposición de efectivos, el porcentaje de tasa máximo fijado se aplicará sobre la diferencia resultante entre el número de empleados fijos que, durante el ejercicio presupuestario anterior, dejaron de prestar servicios en cada uno de los respectivos sectores, ámbitos, cuerpos o categorías, y el número de empleados fijos que se hubieran incorporado en los mismos, en el referido ejercicio, por cualquier causa, excepto los procedentes de ofertas de empleo público, o reingresado desde situaciones que no conlleven la reserva de puestos de trabajo. A estos efectos, se computarán los ceses en la prestación de servicios por jubilación, retiro, fallecimiento, renuncia, declaración en situación de excedencia sin reserva de puesto de trabajo, pérdida de la condición de funcionario de carrera o la extinción del contrato de trabajo o en cualquier otra situación administrativa que no suponga la reserva de puesto de trabajo o la percepción de retribuciones con cargo a la Administración en la que se cesa. Igualmente, se tendrán en cuenta las altas y bajas producidas por los concursos de traslados a otras Administraciones Públicas.

No computarán dentro del límite máximo de plazas derivado de la tasa de reposición de efectivos las plazas que se convoquen para su provisión mediante procesos de promoción interna y las correspondientes al personal declarado indefinido no fijo mediante sentencia judicial >>.

* Obligaciones instrumentales para asegurar el cumplimiento de los objetivos.

Se contienen, por su parte, en el apartado 5 del artículo 19 cuando señala que <<õ 5. Con el fin de permitir el seguimiento de la oferta, las Comunidades Autónomas deberán remitir al Ministerio de Hacienda y Función Pública, a través de la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos, en el mes de enero de cada año, además de cualquier otra información que les sea requerida, una certificación del número de bajas y altas tenidas en cuenta en el cálculo de la tasa de reposición, incluidas las altas y bajas por concursos de traslado producidas como consecuencia de los procedimientos de movilidad voluntaria entre distintas Administraciones Públicas en el año inmediato anteriorõ >>.

B) Personal al servicio de sociedades mercantiles públicas, fundaciones del sector público y consorcios participados mayoritariamente por las Administraciones y Organismos que integran el Sector Público.

Aquí la regulación no es única y se ha desplazado para hacer visibles sus especialidades a diferentes disposiciones adicionales.

Esta regulación incluye:

- **Disposición adicional décima segunda. Contratación de inversiones por parte de las entidades públicas empresariales y sociedades mercantiles estatales.**

Según esta Disposición <<õ Las entidades públicas empresariales y las sociedades mercantiles estatales que se recogen en el anexo XV necesitarán informe previo y favorable del Ministerio de Hacienda y Función Pública para la contratación de inversiones cuyo reconocimiento en contabilidad se prevea efectuar en ejercicios posteriores al del ejercicio en curso, cuando su cuantía, medida de forma acumulada, exceda del 180% del importe por el que figure en el anexo territorializado de inversiones que acompaña a esta Ley.

En todo caso, el volumen contratado no podrá exceder de los siguientes porcentajes: 70%, 60% y 50% en el primer, segundo y tercer ejercicios posteriores al ejercicio en curso, respectivamente, cualesquiera que fueran los instrumentos jurídicos de los que deriven, salvo norma con rango de ley.

Al menos con periodicidad trimestral, y dentro del mes siguiente al que se refiera, las citadas entidades informarán al Ministerio de Hacienda y Función Pública del volumen y porcentajes contratados, medidos de forma acumulada y con indicación de los proyectos principalesõ .>>.

- **Disposición adicional décima quinta. Contratación de personal de las sociedades mercantiles públicas y las entidades públicas empresariales.**

En este ámbito de las sociedades mercantiles y las entidades públicas empresariales se añade lo siguiente:

<<õ Uno. 1. Las sociedades mercantiles públicas y las entidades públicas empresariales a que se refiere el artículo 18 apartado Uno de esta Ley **podrán proceder a la contratación de nuevo personal con las limitaciones** y requisitos establecidos en la presente disposiciónõ .>>. No obstante la habilitación . con las excepciones y matizaciones que se analizan seguidamente- tiene una exclusión de carácter general cuando en el apartado 2 señala que <<õ 2. Las indicadas limitaciones no serán de aplicación cuando se trate de contratación de personal, funcionario o laboral, con una relación preexistente de carácter fija e indefinida en el sector público estatal, autonómico o local en el que, respectivamente, esté incluida la correspondiente entidad pública empresarial o sociedad mercantil. Los contratos celebrados al amparo de lo establecido en este apartado generarán derecho a seguir percibiendo, desde la fecha de su celebración, el complemento de antigüedad en la misma cuantía que se viniera percibiendo en el Departamento ministerial, Organismo Público, sociedad, fundación o consorcio de procedenciaõ >>.

Una vez establecida esta regla general, las limitaciones son las siguientes:

- No se podrá proceder a la contratación de personal temporal, excepto en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables, o cuando se lleven a cabo en los términos del artículo 24.6 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto-Ley 3/2011 de 14 de noviembre.
- Las sociedades mercantiles públicas y entidades públicas empresariales que gestionen servicios públicos o realicen actividades de los enumerados en el artículo 19. Uno. 2 de esta Ley tendrán, como máximo, la tasa de reposición establecida para el respectivo sector en el citado precepto, siempre que quede justificada la necesidad de esa tasa para la adecuada prestación del servicio o realización de la actividad.
- Las sociedades mercantiles públicas y las entidades públicas empresariales distintas de las contempladas en el apartado anterior, que hayan tenido beneficios en dos de los tres últimos ejercicios podrán realizar contratos indefinidos con un límite del 100 por ciento de su tasa de reposición, calculada conforme a las reglas del artículo 19.Uno.4 de esta Ley.

Las sociedades mercantiles públicas y las entidades públicas empresariales distintas de las contempladas en el apartado anterior que no hayan tenido beneficios en dos de los tres últimos ejercicios, podrán realizar contratos indefinidos con un límite del 60 por ciento de su tasa de reposición, calculada conforme a las reglas del artículo 19.Uno.4 de esta Ley. Adicionalmente, podrán realizar, exclusivamente para procesos de consolidación de empleo temporal, contratos indefinidos con un límite del 15 por ciento de su tasa de reposición, calculada conforme a las reglas del artículo 19.Uno.4 de esta Ley.

Debe recordarse, que, de conformidad con el apartado 4 de la misma Disposición <<õ Lo dispuesto en el apartado Uno de esta disposición adicional tiene carácter básico y se dicta al amparo de lo dispuesto en los artículos 149.1.13.^a y 156.1 de la Constituciónõ .>>.

- **Disposición adicional décima sexta. Contratación de personal de las fundaciones del sector público.**

El esquema se repite en relación con las sociedades mercantiles a las que nos acabamos de referir y pasa por indicar, en primer término, que <<õ Las fundaciones del sector público podrán proceder a contratar nuevo personal con las limitaciones y requisitos establecidos en la presente disposiciónõ >>. Estas limitaciones <<õ no serán de aplicación cuando se trate de contrataciones de personal, funcionario o laboral, con una relación preexistente de carácter fija e indefinida en el sector público estatal, autonómico o local en el que, respectivamente, esté incluida la correspondiente fundación del sector público. Los contratos celebrados al amparo de lo establecido en este apartado generarán derecho, desde la fecha de su celebración, a seguir percibiendo el complemento de antigüedad en la misma cuantía que se viniera percibiendo en el Departamento Ministerial, Organismo Público, sociedad, fundación o consorcio de procedenciaõ >>.

A partir de este esquema se señalan las siguientes referencias:

- No se podrá proceder a la contratación de personal temporal, excepto en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables.
- Las fundaciones que gestionen servicios públicos o realicen actividades de los enumerados en el artículo 19.Uno.2 de esta Ley tendrán, como máximo, la tasa de reposición establecida para el respectivo sector en el citado precepto, siempre que quede justificada la necesidad de la tasa para la adecuada prestación del servicio o para la realización de la actividad.
- Por su parte, el resto de fundaciones públicas podrá realizar contratos indefinidos con un límite del 50 por ciento de su tasa de reposición, calculada conforme a las reglas del artículo 19.Uno.4 de esta Ley.

Y, en la misma línea que se ha visto para las sociedades, se añade, ahora, que <<õ Lo dispuesto en el apartado Uno de esta disposición adicional tiene carácter básico y se dicta al amparo de lo dispuesto en los artículos 149.1.13.^a y 156.1 de la Constituciónõ .>>.

- * **Disposición adicional décima séptima. Contratación de personal de los consorcios del sector público.**

Los consorcios participados mayoritariamente por las Administraciones y organismos que integran el sector público, definido en el artículo 18, apartado Uno de esta Ley que, con arreglo a la legislación aplicable puedan contratar personal propio, podrán realizar contratos indefinidos con un límite del 50 por ciento de su tasa de reposición, calculada conforme a las reglas del artículo 19.Uno.4 de la LGP.

A partir de estas reglas generales pueden fijarse las siguientes reglas:

- Los consorcios que gestionen servicios públicos o realicen actividades de los enumerados en el artículo 19.Uno.2 de esta Ley tendrán, como máximo, la tasa de reposición establecida para el respectivo sector en el citado precepto, siempre que quede justificada la necesidad de la tasa para la adecuada prestación del servicio o para la realización de la actividad.

- No se podrá proceder a la contratación de personal temporal, excepto en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables.

- La contratación indefinida de personal requerirá, en todo caso, además de lo establecido en el apartado Uno, informe favorable del Ministerio de Hacienda y Función Pública, a través de las Secretarías de Estado de Presupuestos y Gastos y de Función Pública.

Y, en los mismos términos que el resto de Disposiciones Adicionales se señala en el apartado 3 que . << Lo dispuesto en el apartado Uno de esta disposición adicional tiene carácter básico y se dicta al amparo de lo dispuesto en los artículos 149.1.13.^a y 156.1 de la Constitución >>.

6.3.2.- Los cupos adicionales: el objetivo de la estabilización del empleo

A) La estabilización de carácter general

Se refiere a ellos, el apartado 6 del artículo 19 de la LGP 2017 según el cual:

<< 6. Las Administraciones y sectores señalados en las letras A)- Educación-, B) salud, G) prevención de incendios , O) empleo y P) seguridad y emergencia y Policía Local, regulados en el apartado Uno.2 anterior, el personal docente e investigador comprendido en la letra J) del apartado Uno.2 anterior, así como el personal que preste servicios en materia de gestión tributaria y recaudación y de inspección y sanción de servicios y actividades, el personal del Servicio Público de Empleo Estatal y entidades autonómicas equivalentes que preste servicios en materia de gestión y control de prestaciones de desempleo y actividades dirigidas a la formación para el empleo, y el personal de la Escala de Médicos-Inspectores del Cuerpo de Inspección Sanitaria de la Administración de la Seguridad Social del Instituto Nacional de la Seguridad Social, además de la tasa resultante del apartado Uno.2 y 3, **podrán disponer de una tasa adicional** para estabilización de empleo temporal que incluirá hasta el 90 por ciento de las plazas que, **estando dotadas presupuestariamente**, hayan estado ocupadas de forma temporal e ininterrumpidamente al menos en los tres años anteriores a 31 de diciembre de 2016 >>.

Surge así, de nuevo, una fórmula para la consolidación del empleo público que, cada vez recibe una denominación más o menos eufemística y que, ahora, se denomina como **%estabilización+**. Su referencia general es que son regularizables los puestos de trabajo que, estando dotados presupuestariamente, hayan estado cubierto durante los tres años anteriores a 31 de diciembre de 2016.

Desde una perspectiva operativa y, a efectos de visualización y control, el artículo 19 añade que <<õ Las ofertas de empleo que articulen estos procesos de estabilización, deberán aprobarse y publicarse en los respectivos Diarios Oficiales en los ejercicios 2017 a 2019 y serán coordinados por los Departamentos ministeriales competentesõ .>>.

La norma señala, incluso, el objetivo final del proceso de estabilización se señala expresamente en que al final del periodo 2019 se consiga que la tasa de temporalidad no exceda del 8%.

Desde una perspectiva procedimental podemos referirnos a las siguientes reglas:

- La articulación de estos procesos selectivos que, en todo caso, garantizará el cumplimiento de los principios de libre concurrencia, igualdad, mérito, capacidad y publicidad, **podrá ser objeto de negociación** en cada uno de los ámbitos territoriales de la Administración General del Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales, pudiendo articularse medidas que posibiliten una coordinación entre las diferentes Administraciones en el desarrollo de los mismos.
- De la resolución de estos procesos no podrá derivarse, en ningún caso, incremento de gasto ni de efectivos, debiendo ofertarse en estos procesos, necesariamente, plazas de naturaleza estructural que se encuentren desempeñadas por personal con vinculación temporal.
- Las Comunidades Autónomas deberán certificar al Ministerio de Hacienda y Función Pública, a través de la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos, el número de plazas ocupadas de forma temporal existentes en cada uno de los ámbitos afectados.

B) Regla adicional

No obstante lo anterior, cabe indicar que el objetivo de la estabilización formaba parte de la normativa previa de función pública. Por este motivo, la LGP lo que hace es respetar las diferentes vías de estabilización.

En concreto, el artículo 19 establece que <<õ Además de lo previsto en los párrafos anteriores, las administraciones públicas, podrán disponer en los ejercicios 2017 a 2019 de una tasa adicional para la estabilización de empleo temporal de aquellas plazas que, en los términos previstos en la disposición transitoria cuarta del texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público, estén dotadas presupuestariamente y, desde una fecha anterior al 1 de enero de 2005, hayan venido estando ocupadas ininterrumpidamente de forma temporal. A estas convocatorias les será de aplicación lo previsto en el apartado tercero de la citada disposición transitoriaõ .>>.

Cabe recordar que la referencia a la Disposición Transitoria cuarta del TREBEP incluye en su propia organización del proceso de estabilización las siguientes referencias

<<õ . Disposición transitoria cuarta. Consolidación de empleo temporal.

1. Las Administraciones Públicas podrán efectuar convocatorias de consolidación de empleo a puestos o plazas de carácter estructural correspondientes a sus distintos

cuerpos, escalas o categorías, que estén dotados presupuestariamente y se encuentren desempeñados interina o temporalmente con anterioridad a 1 de enero de 2005.

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

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

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

Esta regla sustantivase completa con alguna indicación en relación con los requisitos de forma y con los mecanismos para asegurar el control de los porcentajes de estabilización. Podemos resumirlos en los siguientes:

- La validez de la tasa autorizada , estará condicionada a que las plazas resultantes se incluyan en una Oferta de Empleo Público que, de conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 70 del EBEP, deberá ser aprobada por los respectivos órganos de Gobierno de las Administraciones Públicas y publicarse en el Boletín Oficial de la Provincia, de la Comunidad Autónoma o, en su caso, del Estado, antes de la finalización de cada año.

- La validez de dicha autorización estará igualmente condicionada a que la convocatoria de las plazas se efectúe mediante publicación de la misma en el Diario oficial de la Provincia, Comunidad Autónoma o, en su caso, del Estado, en el plazo improrrogable de tres años, a contar desde la fecha de la publicación de la Oferta de Empleo Público en la que se incluyan las citadas plazas, con los requisitos establecidos en el párrafo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 70 del EBEP.

- La tasa de reposición de efectivos correspondiente a uno o varios de los sectores definidos en el artículo 19.uno.2 podrá acumularse en otro u otros de los sectores contemplados en el citado precepto o en aquellos Cuerpos, Escalas o categorías profesionales de alguno o algunos de los mencionados sectores, cuya cobertura se considere prioritaria o que afecten al funcionamiento de los servicios públicos esenciales.

Y la conclusión final, es la prevista en el artículo 19 ,7 cuando señala que <<õ Los apartados uno, dos, cinco y seis de este artículo tienen carácter básico y se dictan al amparo de los artículos 149.1.13.ª y 156.1 de la Constituciónõ .->>.

6.3.3.- Otros instrumentos de estabilización.

En los apartados anteriores se ha analizado la estabilización desde la perspectiva positiva de la creación de empleo y la conformación de la estructuralidad de los puestos de trabajo y la cobertura por procedimientos selectivos. Pero es lo cierto que la lucha contra la precariedad que intenta solventarse mediante los citados procedimientos tiene como

contrapartida o como medida de signo diferencial la de evitar que las causas que nos han llevado a esta situación se puedan repetir por eso incluimos las referencias

En concreto, el apartado 2 del artículo 19 señala que <<õ No se podrá proceder a la contratación de personal temporal, así como al nombramiento de personal estatutario temporal y de funcionarios interinos excepto en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazablesõ .>>.

Esta regla general se completa con un marco específico de exigencia de responsabilidad en las Administraciones Públicas en lo que se refiere a la utilización de la contratación laboral.

Es la disposición adicional trigésimo cuarta la que establece que: <<õ Uno. Los contratos de trabajo de personal laboral en las Administraciones Públicas y en su sector público, cualquiera que sea la duración de los mismos, deberán formalizarse siguiendo las prescripciones y en los términos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normativa reguladora de la contratación laboral, así como de acuerdo con los previsiones de la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, siéndoles de aplicación los principios de igualdad, publicidad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, y debiendo respetar en todo caso lo dispuesto en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, y cualquier otra normativa en materia de incompatibilidadesõ .>>.

A esta formulación general se añaden ya algunas cuestiones concretas:

- Los órganos competentes en materia de personal en cada una de las Administraciones Públicas y en las entidades que conforman su Sector Público Instrumental serán responsables del cumplimiento de la citada normativa, y en especial velarán para evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal que pueda dar lugar a la conversión de un contrato temporal en indefinido no fijo. Así mismo, los órganos de personal citados no podrán atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal, ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva, salvo cuando ello se derive de una resolución judicial.
- Las actuaciones irregulares en la presente materia darán lugar a la exigencia de responsabilidades a los titulares de los órganos referidos en el apartado segundo, de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas.
- Las Administraciones Públicas promoverán en sus ámbitos respectivos el desarrollo de criterios de actuación que permitan asegurar el cumplimiento de esta disposición así como una actuación coordinada de los distintos órganos con competencia en materia de personal.

Y lo más característico en esta materia es lo que prevé el apartado 5 según el cual <<õ La presente disposición, que tiene vigencia indefinida y surtirá efectos a las actuaciones que se lleven a cabo tras su entrada en vigor, se dicta al amparo del artículo 149.1.18.^a de la Constitución, en lo relativo al régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas.

Finalmente, la Disposición transitoria tercera se refiere a las reorganizaciones del sector público y recursos humanos. En concreto, señala que «1. Lo establecido en la Disposición adicional vigésimo sexta.Uno.B) de esta Ley no será de aplicación al personal laboral fijo de las entidades del sector público que se integre en su administración pública de adscripción, como consecuencia de la aplicación de procesos de integración en su régimen laboral previstos en una norma con rango de Ley con anterioridad a la entrada en vigor de esta norma y siempre que dicho personal haya sido seleccionado con la garantía de los principios constitucionales de igualdad, publicidad, mérito y capacidad y tenga la titulación académica requerida para el acceso a la categoría en la que se produzca la integración» .>>.

Esta disposición se dicta al amparo del artículo 149.1.13 y 18, así como del artículo 156.1 de la Constitución.

6. 3.4.- En especial la Disposición adicional 26 de la Ley de Presupuestos para 2017

Se trata de una Disposición sui generis en el ámbito de un conjunto de procesos que se han venido denominando como de «municipalización» pero que, en realidad no afectan en exclusiva al ámbito local sino a aquellos supuestos en los que las Administraciones Públicas, en los términos de la normativa contractual, toman decisiones de reasumir el control y la gestión directa del respectivo servicio.

Esta «asunción» ha generado no pocos problemas y, entre ellos, los referidos al personal que prestaba servicios en dichos contratos y que, en muchos casos, pasa a realizarlos para la Administración que asume la decisión.

Para la regulación de este fenómeno se introduce en la Ley General de Presupuestos para 2017 una Disposición adicional vigésimo sexta cuyo título es «Limitaciones a la incorporación del personal laboral al sector público».

Podemos sistematizar su regulación en la siguiente manera:

A) No consideración como empleados públicos

El apartado uno establece que «1. Con efectos desde la entrada en vigor de esta Ley y vigencia indefinida, las Administraciones Públicas del artículo 2 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, no podrán considerar como empleados públicos de su artículo 8, ni podrán incorporar en dicha condición en una Administración Pública o en una entidad de derecho público:

a) A los trabajadores de los contratistas de concesiones de obras o de servicios públicos o de cualquier otro contrato adjudicado por las Administraciones Públicas previstas en el artículo 2.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, cuando los contratos se extingan por su cumplimiento, por resolución, incluido el rescate, o

si se adopta el secuestro o intervención del servicio conforme a la legislación de contratos del sector público que resultase aplicable a los mismos.

b) Al personal laboral que preste servicios en sociedades mercantiles públicas, fundaciones del sector público, consorcios, en personas jurídicas societarias o fundacionales que vayan a integrarse en una Administración Pública >>

B) Sucesión de empresas

Al personal referido en los apartados anteriores le serán de aplicación las previsiones sobre sucesión de empresas contenidas en la normativa laboral.

C) Condenas de orden social

En aquellos supuestos en los que, excepcionalmente, en cumplimiento de una sentencia judicial, o previa tramitación de un procedimiento que garantice los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, el personal referido en el apartado 1.a) anterior sea incorporado a sociedades mercantiles públicas, las incorporaciones que se produzcan de acuerdo con lo previsto en este apartado, no se contabilizarán como personal de nuevo ingreso del cómputo de la tasa de reposición de efectivos.

D) Condición de norma básica

Se trata de una previsión que se aplica al conjunto de las Administraciones Públicas conforme establece el apartado 3 de la misma cuando indica que

<< Lo establecido en esta disposición adicional tiene carácter básico y se dicta al amparo de lo dispuesto en los artículos 149.1. 13.^a y 18.^a, así como del artículo 156.1 de la Constitución >>.

Las irregularidades en el empleo público de carácter temporal y la responsabilidad de los órganos competentes en materia de personal

Josefa Cantero Martínez

Profesora Titular de Derecho Administrativo UCLM

Josefa.cantero@uclm.es

SUMARIO: I. Introducción. La Disposición adicional trigésima cuarta de la LPGE para 2017. II. El contexto de la reforma: temporalidad del empleo público y cambios jurisprudenciales. III. Las irregularidades en la contratación laboral temporal. El polémico derecho indemnizatorio por cese del empleado indefinido. IV. ¿Qué ocurre con las irregularidades en los nombramientos administrativos de carácter temporal? V. Los efectos pro futuro de la cláusula y los procesos de normalización de las irregularidades cometidas. VI. Las posibles responsabilidades del titular del órgano competente en materia de personal. Delimitación de supuestos. 1. La responsabilidad penal. 2. La responsabilidad disciplinaria. 3. La responsabilidad patrimonial del art. 36 de la Ley 40/2015 de régimen jurídico del sector público. 3.1. La dudosa aplicación de la acción de regreso. 3.2. La acción directa contra el funcionario o autoridad. A) El daño. ¿Qué tipo de irregularidades en la contratación son susceptibles de causar un perjuicio económico? B) El requisito del dolo, culpa o negligencia graves. C) El procedimiento administrativo y la posición jurídica de la autoridad o personal responsable. VII. ¿Qué puede hacer la Administración para evitar la exigencia de este tipo de responsabilidades? A modo de conclusión.

I. INTRODUCCIÓN. LA DISPOSICIÓN ADICIONAL TRIGÉSIMA CUARTA DE LA LPGE PARA 2017

Nos proponemos analizar las importantes modificaciones que en nuestro ordenamiento jurídico ha introducido la Disposición adicional trigésima cuarta de la *Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017* (LPGE). Esta disposición, tras hacer un recordatorio de la obligatoriedad que tiene la Administración de respetar el principio de legalidad, en este caso, la legalidad referida exclusivamente al ámbito del ordenamiento laboral, prevé de forma expresa la exigencia de responsabilidad a sus autoridades o empleados competentes en materia de personal por las irregularidades que se hayan producido con motivo de la contratación laboral. Curiosamente el ámbito de aplicación de este nuevo régimen jurídico sólo se aplica al ámbito de la contratación laboral y no al funcional. Al menos en principio, pues, quedan fuera de este marco de exigencia

de responsabilidades las irregularidades en el nombramiento de personal estatutario temporal o de funcionarios interinos, que también son muy frecuentes¹.

Esta nueva disposición señala directamente a los titulares de los órganos competentes en materia de personal en cada Administración+ como responsables del cumplimiento de la normativa laboral y, específicamente, de evitar que se produzca cualquier tipo de irregularidad que pueda dar lugar a la conversión de un contrato laboral temporal en un contrato indefinido no fijo. Con esta finalidad, ha establecido un recordatorio de cuáles son sus obligaciones respecto del personal laboral.

En rigor, este contenido debería ser redundante pues, sabido es, que la Administración está regida por el principio de legalidad, que le obliga a respetar todas las normas, incluidas las del Derecho Laboral. Sin embargo, el legislador ha considerado necesario introducir este recordatorio expreso para los responsables de la contratación debido posiblemente al elevadísimo número de irregularidades cometidas. Por ello, recuerda que se deben formalizar todos los contratos que realicen siguiendo las prescripciones y los términos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y el resto de normas laborales, así como las nuevas previsiones establecidas en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. Deben respetar los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el acceso del personal laboral al empleo público, así como la normativa sobre incompatibilidades y, sobre todo, no pueden convertir ellos mismos y por su sola voluntad un contrato temporal en indefinido ni reconocer esta condición al personal que a su vez tenga un contrato administrativo con esa Administración si no media la correspondiente resolución judicial. Es decir, sólo se puede adquirir la condición de personal contratado indefinido a través de la correspondiente sentencia de los jueces y tribunales del Orden Jurisdiccional Social. Lógico, porque esta figura ha sido de creación judicial, no administrativa. Con ello se pone fin a determinadas prácticas ilegales que se venían realizando en algunas Administraciones Públicas al aplicar ellas mismas la jurisprudencia social y efectuar directamente estas conversiones contractuales, algunas veces cumpliendo el requerimiento de la propia Inspección de Trabajo y Seguridad Social².

Cualquier actuación irregular en materia laboral dará lugar a la correspondiente exigencia de responsabilidad, que se ejercerá directamente frente a los titulares de los órganos competentes en materia de personal y de conformidad con la normativa que se haya establecido en cada Administración. En principio, ello nos remitiría automáticamente y como legislación básica estatal a los procedimientos para la exigencia de responsabilidad patrimonial y responsabilidad penal de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas que prevén los artículos 36 y 37 de la *ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público*, a la llamada acción de repetición o acción de regreso. Esta acción permite a la Administración repercutir al responsable las consecuencias negativas que para ella ha tenido la contratación irregular, básicamente el pago de una indemnización.

¹ El art. 19 del Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado regulaba inicialmente esta nueva institución de una forma mucho más amplia, toda vez que se refería tanto a la contratación de personal temporal como al nombramiento de personal estatutario temporal y de funcionarios interinos.

² Véase al respecto el caso analizado en el Dictamen del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha número 41/2012, de 14 de marzo. Expediente relativo a la revisión de oficio de la resolución del Presidente de la Diputación Provincial de Toledo, por la que se ordena la conversión en contratos indefinidos de diversos contratos temporales suscritos con trabajadores de la Diputación.

El primero de estos preceptos, efectivamente, habilita a la Administración para el ejercicio de la llamada acción de regreso y la acción directa contra las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas responsables del daño. Ello por cuanto las indemnizaciones efectivamente abonadas por la Administración al empleado indefinido se cargan o imputan a un presupuesto público. Este tipo de responsabilidad cumple básicamente una finalidad preventiva y disuasoria de posibles comportamientos irregulares en la contratación laboral y, llegado el caso, reparadora o resarcitoria de las indemnizaciones pagadas. Su aplicación al ámbito de la contratación laboral, no obstante, plantea importantes problemas jurídicos. Además, su tramitación puede llegar a tener un importante impacto económico en el patrimonio del funcionario o autoridad responsable. Sobre este tipo de responsabilidad vamos a centrar fundamentalmente nuestro trabajo.

Por lo demás, la remisión genérica que contiene esta Disposición a la exigencia de responsabilidades puede dar lugar a otras posibles vías de actuación previstas en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que habría que plantearse si las irregularidades en la contratación laboral tienen encaje en la llamada responsabilidad contable, en la responsabilidad disciplinaria del empleado responsable o incluso si cabe la exigencia de responsabilidad penal o por la comisión de infracciones en el orden social. Su análisis, en todo caso, remite a cada una de las normativas que rigen en cada ámbito, autonómico o local, para completar este nuevo marco jurídico.

II. EL CONTEXTO DE LA REFORMA. TEMPORALIDAD DEL EMPLEO PÚBLICO Y CAMBIOS JURISPRUDENCIALES

Esta disposición se relaciona directamente con el problema de la temporalidad en el ámbito de la Administración. Con su aplicación se pretende asegurar el cumplimiento de la normativa laboral y, sobre todo, evitar que se cometan irregularidades en la contratación laboral temporal que puedan dar lugar a la conversión del contrato temporal en indefinido, con los costes indemnizatorios que ello supondría para la Administración empleadora.

El volumen de empleados temporales existente a día de hoy en la Administración excede con creces del que sería razonable para atender a las necesidades temporales de prestación de los servicios públicos y para la realización de las distintas actividades de nuestras Administraciones públicas, toda vez que, en no pocas ocasiones, estas contrataciones temporales responden a necesidades permanentes y de carácter estructural de la organización. Aunque este problema ha existido desde siempre, se ha manifestado de un modo mucho más intenso en los últimos años como consecuencia directa de la crisis y de las austeras limitaciones en la tasa de reposición de efectivos, que han impedido el reclutamiento de nuevos empleados públicos. Si a ello sumamos las bolsas de personal temporal que existen en algunos sectores transferidos, especialmente en la educación y sanidad, la falta de agilidad de los procesos selectivos, las dificultades para la movilidad del personal y, sobre todo, la falta de cultura planificadora en la Administración, se entiende sin necesidad de realizar ningún otro esfuerzo interpretativo, el gran problema que supone la temporalidad en la esfera pública.

A este problema se refería ya el *Informe de la Comisión Para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público* que presidió el profesor Miguel Sánchez Morón y que se publicó el 25 de abril de 2005. En este informe ya se mencionaba expresamente la necesidad de atajar este problema. Entre otras medidas, la Comisión propuso hacer hincapié en la responsabilidad de las autoridades y de funcionarios a quienes se atribuyera

la prolongación irregular de la relación de servicio o laboral del empleado interino o temporal. Se apuntaba a la necesidad de establecer legalmente la exigencia de un informe previo por parte del titular del órgano que tuviera a su cargo el asesoramiento legal de la Administración, organismo o departamento en que prestara sus servicios el trabajador sobre la irregularidad de la prórroga expresa o implícita del contrato. Dicho informe se debería emitir de oficio, bajo su responsabilidad, con la antelación necesaria para adoptar la decisión que correspondiera según la legislación aplicable. Una vez emitido dicho informe, el titular del órgano de contratación asumiría responsabilidad personal de naturaleza disciplinaria, patrimonial o, en su caso, penal, que le correspondiera según la legislación vigente por la prolongación irregular de la relación de servicio o laboral (pág. 63). Sin embargo, el EBEP no recogió ninguna previsión similar. Para evitar el problema de la temporalidad en el empleo público se limitó meramente a establecer la obligación de que las plazas vacantes cubiertas por interinos se recogieran en las ofertas de empleo público y a introducir una nueva cultura planificadora de los recursos humanos en la Administración. Además, como un intento para evitar la figura del empleado indefinido huyó del ámbito laboral, introduciendo con carácter básico dos nuevos supuestos que habilitaban a la Administración para el nombramiento de funcionarios interinos y que ya existían en algunas normativas autonómicas: la ejecución de programas de carácter temporal y el exceso o acumulación de tareas.

Durante estos años el problema de la temporalidad y precarización del empleo público, no sólo no se ha solucionado, sino que se ha intensificado de forma notable debido fundamentalmente a las importantes limitaciones en el reclutamiento de personal que han introducido las tasas de reposición de efectivos en estos últimos años. Aunque las cifras no son coincidentes ni exactas por las dificultades que existen para computar a este colectivo, se calcula que existen entre 250 y 300 mil empleados públicos temporales en las Administraciones Públicas, incluyendo funcionarios interinos y personal estatutario temporal. Aproximadamente suponen un 20% del total de empleados públicos.

Pero para explicar esta nueva Disposición adicional tendríamos que tener en cuenta otro factor más. La decisiva irrupción en este ámbito de la jurisprudencia comunitaria interpretando la Directiva 1999/70/CE, *relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada* y sus importantes efectos, no sólo en la jurisprudencia social, sino también en la Administrativa. Sus sentencias han supuesto un punto de inflexión en esta materia por las importantes consecuencias económicas que pueden tener para el erario público. Fundamentales han sido las tres Sentencias dictadas el 14 de septiembre de 2016, dos de ellas aplicables al personal estatutario y funcional³ y la otra, la que ahora nos interesa, al personal laboral⁴. Estas sentencias han vuelto a poner el foco de atención en el empleo temporal.

³Para un estudio más detallado de estas otras dos sentencias que afectan al personal estatutario y al funcionario interino me remito directamente a CANTERO MARTÍNEZ, Josefa òEl funcionario interino en la jurisprudencia. Sobre la necesidad de repensar la figura, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, Núm. 12, 2017. Págs. 8-29.

⁴En esta sentencia de 14 de septiembre de 2016, C-596/14, se analizaba el caso de una empleada del Ministerio de Defensa, la señora De Diego Porras, que había concatenado durante más de 7 años varios contratos de trabajo de duración determinada, bajo la modalidad del contrato de interinidad para la sustitución de un liberado sindical que, con motivo de la crisis, se había reincorporado a su puesto de trabajo. En aplicación de la doctrina que contiene, la jurisprudencia está reconociendo 20 días de indemnización por año trabajado cuando se produce la extinción de la relación laboral indefinida. Así, la STSJ de Madrid, de 5 de octubre de 2016, Sección nº 03 de lo Social, sentencia número 613/2016-CB, ha declarado que no se puede discriminar a la señora De Diego Porras, por lo que tiene derecho a igual indemnización que tendría un trabajador fijo comparable por la extinción de su contrato por causas objetivas, esto es, veinte días por año de trabajo, según lo dispuesto en el artículo 53.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, porque la

La doctrina ha criticado el carácter expansivo de esta jurisprudencia, que, a pesar de ser muy reciente, ha logrado extender el derecho indemnizatorio del trabajador cuando se produce el cese en cualquiera de las modalidades contractuales temporales. Ello resulta especialmente grave ante el panorama de inseguridad jurídica que existe en la actualidad en materia de indemnizaciones por la contratación temporal, que se están extendiendo incluso a los nombramientos funcionariales. Como dirá Molina Navarrete, la aplicación del principio de primacía del Derecho comunitario y el nuevo art. 4bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁵ han investido a los jueces, de un nuevo poder en el proceso de producción normativa al permitirles ampliar algunos derechos indemnizatorios que no han sido expresamente previstos por el legislador, desautorizando *profundamente el principio formal de legalidad* y haciendo que la «boca del juez», deje en «letra muerta» toda la regulación legislativa vigente⁶.

Ello supone que prácticamente todos los ceses del personal laboral temporal van a suponer un importante gasto para la Administración. Ahora bien, cuando estos ceses afecten al personal indefinido por ser fruto de una previa irregularidad en la Administración, la Administración podrá repercutirlo sobre el funcionario causante y exigirle las responsabilidades que correspondan.

Estas nuevas circunstancias obligan a la Administración a ser todavía mucho más cautelosa y exigente respecto de la adecuada utilización de estas modalidades contractuales de carácter temporal. De ahí el contenido recordatorio que contiene esta Disposición adicional trigésima cuarta. Por todos los medios han de cumplirse adecuadamente las normas laborales relativas a cada tipo de contrato y, sobre todo, deben evitarse estas irregularidades so pena de exigir responsabilidades a su causante. Y es que todos estos cambios jurisprudenciales también han terminado afectando al cese del empleado indefinido. Se ha producido un importante giro jurisprudencial con la STS de 28 de marzo de 2017, Sala de lo Social, sentencia núm. 257/2017, RJ 2017\1808. La extinción del contrato del indefinido por cobertura reglamentaria de la plaza otorga también al empleado el derecho a percibir la indemnización de veinte días por año servicio prevista para los supuestos de extinciones contractuales por causas objetivas. Se aplica así la misma solución que ya se había apuntado unos años antes para el cese por amortización de plaza.

En definitiva, pues, las irregularidades que se comentan en el ámbito laboral y que supongan la conversión del contrato temporal en indefinido van a tener siempre importantes repercusiones económicas para el Erario público cuando el indefinido sea desplazado de su puesto, por amortización de plazas o por su cobertura reglamentaria. Esta situación puede ser especialmente costosa si tenemos también en cuenta los procesos de estabilización y consolidación de empleo que se llevarán a cabo en los próximos tres años en virtud de lo dispuesto en la LPGE.

extinción de su contrato es procedente. En consecuencia, condena al Ministerio a pagar 6.141,85 € en concepto de indemnización.

⁵ La Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, ha introducido el nuevo artículo 4 bis en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial para permitir directamente a los Jueces y Tribunales aplicar el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

⁶ MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, «La doctrina «Diego Porras» desatada: su reciente aplicación judicial nacional ¿«Noble sueño» o «nueva pesadilla»?», *Diario La Ley*, Nº 9053, Sección Tribuna, 3 de octubre de 2017, pág. 2.

Está claro que la Administración quiere hacer borrón y cuenta nueva+. si se me permite esta expresión- y regularizar esta anómala situación de temporalidad en la Administración. Para ello se ha iniciado un proceso de reflexión en esta materia y se han empezado ya a adoptar las primeras medidas para atajar este problema. En este sentido, puede mencionarse el *Acuerdo para la mejora del empleo público*, firmado por el Gobierno y los sindicatos el día 29 de marzo de 2017 y que prevé reducir en los próximos tres años el 90% de los empleos temporales para que las tasas de temporalidad en la Administración no excedan nunca del 8% de las plantillas. Su contenido ha sido recogido en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2017, cuya Disposición adicional trigésima cuarta ha querido establecer una advertencia expresa para los responsables de la contratación irregular, a quienes se les puede exigir responsabilidad por su actuación o por su inactividad. Ello trasluce un importante cambio de cultura en el empleo público. La Administración debe hacer un gran esfuerzo por cambiar su cultura jurídica y evitar a toda costa la utilización abusiva de la contratación laboral irregular, evitando la conversión en contratos indefinidos de los contratos temporales irregulares. Si no, se depurarán las responsabilidades que correspondan.

III. LAS IRREGULARIDADES EN LA CONTRATACIÓN LABORAL TEMPORAL. EL PROBLEMÁTICO DERECHO INDEMNIZATORIO POR CESE DEL EMPLEADO INDEFINIDO

La disposición adicional trigésima cuarta delimita el supuesto generador de la responsabilidad: las actuaciones irregulares en materia laboral y, en especial, **cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal que pueda dar lugar a la conversión de un contrato temporal en indefinido no fijo**. Su interpretación nos remite exclusivamente a la normativa laboral, por lo que, al menos en principio, quedarían excluidas de su aplicación las irregularidades que se puedan producir en el nombramiento del personal estatutario temporal o de funcionarios interinos, que también son muy numerosas.

La contratación temporal del art. 15 del *Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores* (en adelante, ET) es excepcional y estrictamente causal, dado que, los contratos deben reconducirse a alguno de los supuestos tasados en este precepto⁷. Tal como se analiza en la STSJ de Andalucía de 24 de abril de 2014, Sevilla, Sala de lo Social, Sección 1ª, núm. 1158/2014, la contratación temporal realizada fuera de estos supuestos, para la realización de tareas ordinarias y habituales del Ayuntamiento contratante, hace que el contrato temporal deba reputarse fraudulento y, consecuentemente, como indefinida la relación laboral que surge de ellos⁸. En virtud de ello, el cese del empleado acordado por el

⁷ Según el art. 1 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada, se pueden celebrar contratos de duración determinada en los siguientes supuestos: a) para realizar una obra o servicio determinados; b) para atender circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos y

c) para sustituir a trabajadores con derecho a la reserva del puesto de trabajo.

⁸ Aunque sobre esta materia existe una extensa bibliografía, nos remitimos, entre otros muchos autores a RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, *Trabajador indefinido no fijo al servicio de la Administración e interino por vacante. similitudes y diferencias*, *Aranzadi Social*, Vol. 3, Nº 12 (Nov), 2010; BOLTAINA BOSCH, Xavier, *Régimen jurídico de los trabajadores indefinidos no fijos de la Administración Pública*, *Aranzadi Social*, nº 4/2002; NICOLÁS BERNARD, José Alberto., *El fraude de ley en la contratación temporal y su incidencia en el contrato de trabajo para obra o servicio determinado*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2011; RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel y FERNÁNDEZ DELPUECH, Lucía, *Los contratos administrativos que encubren relaciones laborales o tienen por objeto funciones*

Ayuntamiento demandado sin causa que lo legitime, constituye despido que debe calificarse como improcedente y surtir los efectos inherentes a dicha declaración.

Diversos apartados del art. 15 del ET sancionan las irregularidades que cometa el empresario en la contratación temporal con la conversión en un contrato indefinido o en un contrato fijo con la empresa⁹. Dicha conversión contractual se aplica cuando se comenten determinadas irregularidades en la contratación, tanto en materia de duración máxima del contrato por obra o servicio determinados del art. 15.1.a) como en los supuestos de encadenamiento de contratos del artículo 15.5. Lo mismo sucede cuando no se da de alta en la Seguridad Social al empleado (art. 15.2), cuando se celebra un contrato en fraude de ley (art. 15.3) o cuando no se realiza una denuncia o prórroga expresa de los contratos de duración determinada y el empleado sigue prestando servicios, incluidos los contratos en prácticas y en formación (art. 49.1.c). Ahora bien, en el ámbito de la Administración, la jurisprudencia creó el concepto de contrato indefinido como una modalidad distinta del contrato fijo o de plantilla.

La figura del empleado *indefinido* es de creación jurisprudencial. Surgió como una solución de compromiso para armonizar el carácter tuitivo y protector que tiene el Derecho laboral ante las irregularidades en la contratación temporal con los principios constitucionales que rigen el acceso a la Administración. La jurisprudencia establecida, entre otras, en las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de octubre, 10 y 30 de diciembre de 1996, 14 de marzo de 1997, 20 de enero de 1998 y 27 de mayo de 2002, estableció que *"el carácter indefinido del contrato implica, desde una perspectiva temporal, que éste está sometido, directa o indirectamente, a un término. Pero esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza de plantilla que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas"*. Los principios constitucionales impiden que la Administración pueda atribuir la pretendida fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo. Está obligada a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato. Sin embargo, la jurisprudencia no aclaró su régimen jurídico ni las consecuencias indemnizatorias de su extinción. Así, por ejemplo, la STS 27 mayo 2002, Sala de lo Social, RJ 2002, 9893, equiparó su situación jurídica a la del interino por vacante¹⁰, considerando que *"no puede producir preocupación jurídica equiparar la extinción de estos contratos con la de los interinos por vacante, porque la justificación de la existencia de unos y de otros responde a una misma causa y necesidad. Donde se sitúa la diferenciación de tratamiento legal entre el interino por vacante y el indefinido temporal es durante la vigencia y desarrollo del contrato"*.

Toda esta jurisprudencia ha terminado concretándose finalmente en su Disposición adicional decimoquinta del ET (introducida por la Ley 43/2006 y modificada por la Ley

reservadas al personal funcionario, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 83, mayo-agosto (2012); GOERLICH PESET, José María y VEGA LÓPEZ, Julián, ¿Una nueva categoría de personal laboral al servicio de la Administración Pública? Los trabajadores indefinidos no fijos de plantilla, *Relaciones Laborales*, nº 11, 1998.

⁹ Sobre la necesidad de repensar y conectar más debidamente los instrumentos que el Derecho público ofrece con los propios del Derecho laboral nos remitimos a CASTILLO BLANCO, Federico, ¿Un nuevo episodio de desajuste entre el Derecho Administrativo y el Derecho Laboral?: una reflexión a propósito de las medidas adoptadas en la reforma laboral, *Revista de Administración Pública*, nº 190, 2013, págs. 309 y ss.

¹⁰ CAMPOS DAROCA, José María, *Empleo público y fraude en la contratación temporal. Efectos de la aplicación del Derecho de la Unión Europea*, Wolters Kluwer, Madrid, 2017, págs. 275 y ss., considera que la posición jurídica en la que queda el empleado podría calificarse ciertamente de una *patología* del empleo público.

35/2010), que reconoce ya de forma expresa los efectos de esta sanción en el ámbito de las Administraciones Públicas: la conversión del contrato temporal en indefinido, aunque respetando dichos principios constitucionales. Esta conversión no impide que la Administración cumpla con su obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable. El empleado continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que la Administración proceda a su cobertura por los procedimientos ordinarios y según la normativa aplicable o, en su caso, hasta que decida amortizar dicho puesto. En ese momento se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda a un empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo.

Esta Disposición aplica expresamente estas consecuencias en las irregularidades que se comentan en cuanto los límites de **duración del contrato por obra o servicio determinados** (art. 15.1.a) y al **encadenamiento de contratos en las Administraciones Públicas** (art. 15.5) y delimita su aplicación al ámbito de las Administraciones Públicas y de sus organismos públicos vinculados o dependientes¹¹. Pero, como se ha dicho, la previsión expresa de la indefinición del contrato a solo estos dos supuestos del art. 15 del ET supone una regulación incompleta que nuevamente está siendo superada por la jurisprudencia¹². Además, no dice expresamente cuáles son los efectos que producirá la extinción del vínculo. Esta laguna ha sido cubierta por una intensa labor jurisprudencial que, además ha sido enormemente cambiante. Inicialmente se consideraba que este empleado quedaba situado en una posición jurídica similar a la del funcionario interino y, en consecuencia, sin derecho a indemnización alguna. En la actualidad, en aplicación de la doctrina comunitaria y muy especialmente del caso de De Diego Porras, se ha terminado reconociendo la indemnización de 20 días de salario por año de trabajo para todos los supuestos de extinción, con independencia de la causa. Ello, tal como algunos autores han denunciado, ha supuesto un auténtico **«6eísmo» en el empleo público**¹³.

Las consecuencias para el empleado y para la Administración varían mucho según cómo se interprete la extinción de la relación laboral indefinida. Si para fijar la cuantía indemnizatoria se acude al art. 49.1.c del ET¹⁴, el empleado tendría derecho a una indemnización de 12 días por año trabajado. Por el contrario, si la extinción del contrato se reconduce al supuesto de despido por causas objetivas (técnicas, organizativas, económicas o de producción), la indemnización aumenta a los 20 días por año de servicio,

¹¹Para la aplicación del límite al encadenamiento de contratos solo se tienen en cuenta los contratos celebrados en el ámbito de cada una de las Administraciones Públicas sin que, a estos efectos, formen parte de ellas los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de las mismas, ni tampoco a las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades o en cualesquiera otras normas con rango de ley. En este último caso, tampoco se aplicará la limitación de los 3 años para los contratos de obra o servicio cuando estén vinculados a un proyecto específico de investigación o de inversión de duración superior a tres años.

¹²RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel y FERNÁNDEZ DELPUECH, Lucía, «Los contratos administrativos que encubren relaciones laborales o tienen por objeto funciones reservadas al personal funcionario», Revista Andaluza de Administración Pública, núm. 83, mayo-agosto (2012), pág. 69.

¹³ MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, «La doctrina «Diego Porras» desatada: su reciente aplicación judicial nacional ¿«Noble sueño» o «nueva pesadilla»?», Diario La Ley, Nº 9053, Sección Tribuna, 3 de octubre de 2017.

¹⁴ Este precepto regula las distintas causas de extinción del contrato. En su letra c) se refiere a la expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato. A la finalización del contrato, excepto en los casos del contrato de interinidad y de los contratos formativos, el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación.

prorrrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades, según lo dispuesto en el art. 53.b) de dicha norma.

Un importante paso en este proceso fue la STS de 24 de junio de 2014, Sala de lo social, RJ 2014, 4380, que se pronunció en relación con el cese del personal indefinido no fijo de la Administración en el supuesto específico de amortización de las vacantes. En dicha sentencia, superando anteriores criterios jurisprudenciales contenidos en la STS de 22 de julio de 2013, Sala de lo Social, RJ. 2013/7657, y las anteriores que en ella se citan, se afirmó que, tras la entrada en vigor de la Disposición Adicional vigésima del ET, que reconoce los despidos colectivos en el ámbito de la Administración, había que entender que el sistema legal de amortización de puestos de trabajo en las Administraciones Públicas debía sujetarse a lo dispuesto en los artículos 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores, de manera que no resultaba ajustado a derecho proceder a la simple y automática amortización de los puestos de trabajo sin indemnización y sin acudir a las referidas vías legales establecidas para la extinción de los contratos de trabajo por esa causa¹⁵ "...".

A tenor de esta doctrina¹⁶, el derecho indemnizatorio del empleado y, sobre todo, las consecuencias económicas para la Administración, eran distintas según la causa de la extinción. Sólo si se trataba de una amortización de la plaza en la RPT, había que indemnizar con 20 días por año trabajado. Por el contrario, cuando la finalización del contrato se produce por la cobertura reglamentaria de la plaza, la jurisprudencia consideraba que este supuesto de extinción del vínculo no podía ser calificado de despido, sino de cese acaecido como consecuencia de la producción de la causa válidamente consignada en el contrato, de conformidad con lo previsto en el artículo 49.1 b) del ET, anudando a dicho precepto sus consecuencias indemnizatorias de 12 días por año trabajado.

¹⁵ Parte de la consideración fundamental de que nos encontramos ante un contrato temporal de duración indeterminada, ante una obligación a plazo, a término, y no ante una obligación sujeta a condición resolutoria explícita o implícita. No estamos ante un contrato sujeto a condición resolutoria, sino ante un contrato cuya duración está sujeta a un plazo indeterminado que necesariamente llegará, máxime cuando se trata de vacantes que deben ser objeto de oferta de empleo público (art. 70 del E.B.E.P.). Por ello, la amortización de esos puestos de trabajo, mediante una nueva ordenación de los puestos de trabajo, aunque lícita y permitida por el art. 74 del E.B.E.P. no puede conllevar la automática extinción del contrato de interinidad celebrado para cubrirla porque no está prevista legalmente como causa de extinción de esos contratos sujetos a un término, a un plazo cuya mayor o menor duración se ha fijado por la norma y depende de la diligencia de la empleadora en poner en marcha los oportunos procesos de selección. La idea de que la amortización extingue el contrato porque el mismo tiene una condición resolutoria implícita en ese sentido debe rechazarse, porque, cual se ha dicho antes, nos encontramos ante una obligación a término indeterminado y no ante una condición, ya que la existencia de una condición requiere que el hecho del que depende sea incierto, incertidumbre que no se da cuando se fija un plazo indeterminado que llegará (art. 1125 C.C.). Además, esa condición resolutoria sería nula, conforme a los artículos 1115 y 1256 del Código Civil, pues su validez equivaldría a dejar al arbitrio de una de las partes la terminación del contrato, lo que no es correcto, según esos preceptos.

¹⁶ En esta evolución jurisprudencial se ha aplicado la jurisprudencia comunitaria dictada en el **Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014 (asunto León Medialdea v. Ayuntamiento de Huétor Vega, C-86/149)**. En este Auto se declara que los denominados trabajadores indefinidos no fijos se hallan también incluidos en el marco de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada. A partir de ahí, ha considerado contraria a dicha Directiva una normativa nacional que no incluya ninguna medida efectiva para sancionar los abusos del uso de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sector público. Pues bien, ódado que la medida efectiva puede consistir en una indemnización y que el Ordenamiento jurídico interno español contiene ya ese mecanismo en el art. 49.1 c) ET, ninguna justificación podría aceptarse para excluir la indicada indemnización por la mera circunstancia hallarnos ante relaciones de trabajo que se desarrollan del sector público".

Sin embargo, se ha producido un nuevo punto de inflexión en esta materia con la STS de 28 de marzo de 2017, Sala de lo Social, sentencia núm. 257/2017 (RJ 2017\1808), que ha cambiado su jurisprudencia y fijado un nuevo criterio cuantitativo para la indemnización basándose en las siguientes razones, que reproduzco casi en su literalidad:

1. Porque la figura del indefinido no fijo, aunque es una creación jurisprudencial, ya viene recogida en el TREBEB, aprobado por el RDL 5/2015, de 30 de octubre. Sus artículos 8 y 11.1 nos muestran que la norma diferencia al personal laboral en función de la duración de su contrato en fijo, por tiempo indefinido o temporal. Ello supone, a juicio de la Sala, que el personal indefinido no puede ser equiparable al temporal. Esta distinción, no obstante, no debe ser decisiva, toda vez que la redacción originaria del EBEP (Ley 7/2007, de 12 de abril), ya recogía esta distinción en los mismos términos y el Tribunal Supremo no había derivado de ello esta nueva situación indemnizatoria.
2. Porque el origen de la figura del personal indefinido, no fijo, se encuentra en un uso abusivo de la contratación temporal por parte de algún órgano administrativo. Cuando ese uso abusivo de la contratación temporal se lleva a cabo por empresas privadas el contrato se convierte en fijo, (art. 15, números 3 y 5, del ET), pero cuando lo hace la Administración, como el acceso a la función pública y a un empleo público en general debe hacerse con escrupuloso respeto de los principios de igualdad, mérito y capacidad (artículos 103 de la Constitución y 9-2, 11-2, 55, 70 y demás concordantes del Estatuto Básico del Empleado Público). Por ello, no puede imponerse esa novación sancionadora de la relación jurídica, por cuanto se facilitaría, igualmente, un acceso fraudulento a un empleo público, al eludirse la aplicación de las normas que velan por el acceso a esos puestos funcionariales y laborales, mediante concursos públicos en los que se respeten los principios de igualdad, mérito y capacidad. Esta explicación nos sirve para comprender la creación de esta figura, pero no el nuevo giro indemnizatorio.
3. Porque la figura jurídica del contrato indefinido-no fijo es diferente del contratado temporal y del fijo, lo que plantea el problema de cuál debe ser la indemnización que le corresponda por la rescisión de su contrato por la cobertura reglamentaria de la plaza ocupada, por cuanto, al no tratarse de un contrato temporal, parece insuficiente la que hasta ahora le hemos venido reconociendo con base en el art. 49-1-c) del ET, pues, dadas las causas que han motivado la creación de esta institución, parece necesario reforzar la cuantía de la indemnización y reconocer una superior a la establecida para la terminación de los contratos temporales, pues el vacío normativo al respecto no justifica, sin más, la equiparación del trabajador indefinido-no fijo a temporal como hemos venido haciendo.
4. Al no haber previsto el EBEP los elementos esenciales de esta nueva figura ni de su régimen extintivo, la Sala se ve obligada a resolver el debate planteado en torno a la indemnización derivada de la extinción de tal contrato cuando la misma se produce por la cobertura reglamentaria de la plaza. En este sentido, *acudiendo a supuestos comparables, es acogible la indemnización de veinte días por año de servicio, con límite de doce mensualidades, que establece el artículo 53.1-b) del ET en relación a los apartados c) y e) del artículo 52 del*

mismo texto legal para los supuestos de extinciones contractuales por causas objetivas. La equiparación no se hace porque la situación sea encajable exactamente en alguno de los supuestos de extinción contractual que el referido artículo 52 ET contempla, por cuanto que ese encaje sería complejo, sino porque en definitiva la extinción aquí contemplada podría ser asimilable a las que el legislador considera como circunstancias objetivas que permiten la extinción indemnizada del contrato.

En definitiva, pues, ahora la figura del indefinido se aleja del régimen jurídico del personal temporal para aproximarse más al empleado fijo o de plantilla. Ello supone que las irregularidades que la Administración cometa en el ámbito laboral y que supongan la conversión del contrato temporal en un contrato indefinido pueden resultar muy costosas para el Erario público si, llegado el caso, se produce la extinción del vínculo contractual por amortización de plaza o por haberse producido su cobertura reglamentaria. Los procesos de estabilización y de consolidación que se van a llevar a cabo en los próximos tres años puede tener un importante impacto económico para la Administración en caso de que se produzca el cese del indefinido. Sin embargo, la redacción de esta cláusula la hace de difícil aplicación y con escasos efectos prácticos, tal como seguidamente veremos.

Por lo demás, el supuesto de hecho de la Disposición adicional trigésima cuarta parece centrarse casi exclusivamente en las irregularidades de la contratación temporal. Pero existen otro tipo de irregularidades que pueden ocasionar también la conversión del contrato en indefinido y que, en consecuencia, también podrían derivar en la exigencia de responsabilidades patrimoniales para la autoridad o funcionario responsable por aplicación directa de lo previsto en el art. 36 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público. Así, se ha planteado el debate para los supuestos fraudulentos de contratos administrativos pues, como señala la doctrina, desde un estricto punto de vista jurídico, no es lo mismo encadenar contratos laborales temporales en virtud de sucesivos nombramientos resultantes de la correcta aplicación de las normas sobre bolsas de trabajo de una Administración, que encadenar contratos temporales adjudicados sin respetar esas normas, o haber prestado servicios en virtud de un contrato administrativo menor o negociado sin publicidad, que, por tanto, fueron adjudicados sin respeto a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad¹⁷. De hecho, ya se han dictado varias sentencias que permiten esta posibilidad. Así, puede traerse a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2011 (Sala de lo Social) que aplica esta figura a los denominados falsos autónomos, declarando el derecho a que su relación con la Administración Pública se transforme en una relación laboral por tiempo indefinido cuando, en definitiva, el autónomo sea tratado bajo los parámetros de laboralidad.

También resultaría aplicable esta disposición ante otro tipo de irregularidades. Pensemos, por ejemplo, en la cesión ilegal de trabajadores. Un ejemplo de ello se plantea en la TSJ Asturias de 7 de febrero de 2017, Sala de lo Social, Sección 1ª, sentencia núm. 173/2017, que ha condenado a la Universidad de Oviedo como cesionaria del trabajador al pago de la indemnización por despido y el abono de los salarios de tramitación al haber optado el despido por la incorporación a la misma. Se trataba de una cesión ilegal de trabajadores pues se había acreditado que la actividad se limitaba a suministrar mano de obra, bajo

¹⁷ Para un análisis mucho más detallado de esta posibilidad nos remitimos por completo al estudio realizado por RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel y FERNÁNDEZ DELPUECH, Lucía, «Los contratos administrativos que encubren relaciones laborales o tienen por objeto funciones reservadas al personal funcionario», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 83, mayo-agosto (2012), pág. 75.

contratas aparentes de servicios técnicos, desarrollándose la actividad laboral en locales y con los medios propios de la cesionaria (universidad de Oviedo), mediante la simulación de contratación técnica por «lotes», con la evidente finalidad de maquillar una situación laboral irregular de los trabajadores. Otro ejemplo de ello se encuentra en la STSJ de Castilla y León, Burgos, de 15 de abril de 2016, Sala de lo Social, sentencia núm. 242/2016 de 15 abril, RJ\2017\3830, que ha declarado la existencia de una cesión ilegal de trabajadores y ha convertido el contrato temporal en uno por tiempo indefinido, por lo que el despido se declara como improcedente por falta de acreditación de causa de temporalidad, condenando a la Junta de Castilla y León a readmitir a la trabajadora o a indemnizarla en la cuantía de 25.189,45 ” .

La jurisprudencia también ha aplicado estas consecuencias en el caso del contrato de interinidad para cobertura de vacante cuando la Administración no convoca la plaza en los tres años posteriores al contrato. La relación temporal debe considerarse como relación laboral indefinida (STS de 14 de julio de 2014, Sala de lo Social, RJ 2014, 4528). La superación del plazo de tres años, ex art. 70 EBEP , sin haber procedido la Administración contratante a la ejecución de la oferta de empleo público, debe comportar, en aplicación de la citada doctrina, la declaración de indefinición de los contratos de interinidad afectados, aunque no la imposibilidad de que dichas vacantes puedan ser cubiertas siguiendo esos mismos procedimientos, por cuanto, y a estos efectos, el régimen aplicable a los contratos de interinidad y a los indefinidos no fijos, que es la consecuencia del incumplimiento del plazo indicado, es el mismo (STSJ de Madrid de 5 de diciembre de 2016, Sala de lo Social, Sección6ª, JUR 2017\18329).

En fin, como puede verse no son pocos los problemas teóricos y prácticos que plantea el contratado indefinido¹⁸. Al quedar en manos de la Administración la decisión de convocar la plaza a través del correspondiente procedimiento selectivo no es del todo infrecuente su inactividad, que ha terminado provocando una consolidación de facto del empleado indefinido, la eternización del empleado en la Administración, en clara vulneración de los principios constitucionales que rigen el acceso a la Administración. Por ello no es de extrañar que algunas de las más recientes leyes autonómicas de función pública hayan intentado soslayar esta situación fijando expresamente la obligación de la Administración de crear dichas plazas en la RPT para después sacarlas en la oferta de empleo público y convocarlas¹⁹.

IV. ¿QUÉ OCURRE CON LAS IRREGULARIDADES EN LOS NOMBRAMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE CARÁCTER TEMPORAL?

Dado que la Disposición adicional que nos ocupa se refiere únicamente a las irregularidades en la contratación laboral, cabría plantearse qué sucede cuando las irregularidades se comenten en el nombramiento del personal funcionario interino o el personal sanitario eventual.

¹⁸ FERNÁNDEZ DELPUECH, Lucía, *Una reconstrucción de los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo público*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015, págs. 282 y ss.

¹⁹ Buen ejemplo de ello encontramos en el art. 28 de la *Ley 2/2015, de 29 de abril, de empleo público de Galicia*, que obliga incluso a modificar la RPT en el plazo de 3 meses para ajustarla a la creación de puestos derivados de sentencias judiciales firmes que reconozcan situaciones laborales de carácter indefinido, cuando la persona afectada no pudiera ser adscrita a un puesto de trabajo vacante. Estos puestos se incluirán en la RPT como puestos de personal funcionario o, excepcionalmente, de personal laboral cuando la naturaleza de sus funciones así lo requiera, y se incorporarán a la oferta de empleo público, salvo que se disponga su amortización.

En el Proyecto de Ley de Presupuestos se había establecido la exigencia de responsabilidades por las irregularidades cometidas, tanto en la contratación de personal temporal, como en el nombramiento de personal estatutario temporal y de funcionarios públicos, que sólo podrían utilizarse en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables. Es más, su art. 19 establecía un límite máximo de duración de estos contratos o de los nombramientos, que en ningún caso podrían ser superiores a tres años ni podrían encadenarse sucesivos contratos o nombramientos con la misma persona por un período superior a tres años, circunstancia ésta que, además, debería quedar debidamente reflejada en el contrato o nombramiento. Sin embargo, dicho precepto desapareció del texto definitivo de la ley y en la Disposición adicional trigésima cuarta sólo se establecieron estas responsabilidades para la contratación temporal irregular.

A mi entender, sin embargo, el hecho de que no se mencionen explícitamente en esta disposición no significa que a sus responsables no se les pueda exigir igualmente el mismo tipo de responsabilidad por aplicación de las normas generales del art. 36 de la Ley 40/2015, y cuando concurren todos sus presupuestos habilitantes, máxime a la vista ya de algunos pronunciamientos judiciales que reconocen también el carácter indefinido del nombramiento temporal irregular y la posibilidad de indemnización cuando se produzca el cese. Y es que, efectivamente, a raíz de la jurisprudencia comunitaria también se están produciendo importantes novedades jurisprudenciales en esta materia que han llevado incluso a declarar como «indefinidos» a los funcionarios interinos que hubieran sufrido irregularidades en su nombramiento y a señalar indemnizaciones²⁰.

En este caso se está aplicando directamente la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 14 de septiembre de 2016, especialmente de la sentencia que resuelve los asuntos acumulados **Martínez Andrés y Castrejana López , asunto C-184/15 (personal eventual) y C-197/15** (interino), respectivamente, aparte de otras dos de la misma fecha que abordan cuestiones sustancialmente análogas (asunto C-596/14 de Diego Porras y asunto C-16/15 Pérez López). En esta sentencia dijo el TJUE que *la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo a la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, sea aplicada por los tribunales del Estado miembro de que se trate de tal modo que, en el supuesto de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, se concede a las personas que han celebrado un contrato de trabajo con la Administración un derecho al mantenimiento de la relación laboral, mientras que, con carácter general, no se reconoce este derecho al personal que presta servicios para dicha Administración en régimen de Derecho administrativo, a menos que exista una medida eficaz en el ordenamiento jurídico nacional para sancionar los abusos cometidos respecto de dicho personal, lo que incumbe al juez nacional comprobar+*

²⁰Aplicando directamente esta jurisprudencia comunitaria y el principio de primacía del Derecho comunitario la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de la Coruña, de 30 de junio de 2017, número 107/2017, que ha reconocido a un funcionario interino también el derecho a indemnización de 20 días de salario por año trabajado de la misma manera que se le reconocería al interino laboral.

A raíz de este pronunciamiento se están dictando algunas sentencias que reconocen importantes efectos jurídicos a las irregularidades cometidas por la Administración. Así, por ejemplo, la STSJ de Galicia de 14 de junio de 2017, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, Sentencia núm. 320/2017, JUR 2017\189145, ha estimado el derecho de la funcionaria interina a reincorporarse a la Administración porque su nombramiento para la realización de programas de carácter temporal se había demostrado irregular por sobrepasar el plazo máximo previsto en el art. 10 del TREBEP y se había utilizado para cubrir necesidades permanentes y estructurales de la Administración. Por ello, entiende la sentencia que estamos ante una actuación fraudulenta de la Administración según jurisprudencia del TJUE, al utilizar abusivamente la figura del nombramiento interino, con encadenamientos sucesivos. A partir de ahí, concluye diciendo que ~~la~~ consecuencia indeclinable de la apreciación del fraude en el encadenamiento de nombramientos sucesivos ha de ser el reintegro de la recurrente a la plaza de funcionaria interina de auxiliar administrativo, pero no puede mudarse el nombramiento por el de plaza vacante de la letra a) del artículo 10.1 del TREBEP porque no existe tal plaza vacante²¹.

En el mismo sentido se ha pronunciado la STSJ del País Vasco de 12 de diciembre de 2016, Sala de lo Contencioso-Administrativo, recurso 625/2013, que declara la condición como ~~la~~ indefinida no fija+ de una empleada temporal del servicio público de salud nombrada en régimen de Derecho administrativo ante las irregularidades que se habían cometido con los múltiples nombramientos de que había sido objeto durante años. Se trata de una empleada que fue nombrada personal estatutario temporal en febrero de 2010, en la categoría de auxiliar administrativa, para prestar servicios temporales. A lo largo del tiempo se instrumentaron 13 prórrogas, con la genérica mención a ~~las~~ necesidades del servicio+, sin ninguna motivación específica. Fue cesada en octubre de 2012. La Sala tiene en cuenta directamente la jurisprudencia comunitaria y ~~teniendo~~ en cuenta la cuestión prejudicial que sobre este tema se planteó y resolvió el TJUE, la solución al caso consiste en aplicar la misma jurisprudencia consolidada que en el orden jurisdiccional social respecto de la utilización abusiva de contrataciones temporales de empleados públicos: anular la extinción y considerar la relación como indefinida no fija; por tanto, prolongada en el tiempo hasta la cobertura reglamentaria de la plaza+. La cuestión de la indemnización queda demorada hasta que se produzca el cese. Si éste llegara a producirse tras su reincorporación a la Administración, percibirá la indemnización señalada por el TJUE en caso de mantenerse las circunstancias legales actuales. Y todo ello porque fue nombrada sin atender a los límites objetivos que configuran el nombramiento de naturaleza temporal. Otras, sin embargo, han sido más prudentes y han aplicado la lógica del Derecho Administrativo²². Todo ello aboca forzosamente a una situación de gran inseguridad

²¹ En cuanto a los efectos económicos, debido a que desde el 30 de mayo de 2016 hasta que se produzca el reintegro efectivo el recurrente no ha desempeñado el trabajo, conviene aclarar que tales efectos no pueden consistir en la totalidad de los emolumentos que tendría que percibir, pues, si bien la determinación ha de efectuarse en la fase de ejecución, han de tenerse en cuenta las sumas que haya podido obtener la señora Beatriz en este tiempo, desde el cese hasta la reincorporación.

²² Un claro ejemplo de ello lo encontramos en la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo, núm. 6 de Sevilla de 26 de septiembre de 2017, número 220/2017, que ha considerado que no existe fraude en el nombramiento de funcionarios interinos para la realización de programas de carácter temporal. La sentencia desestima la demanda formulada contra el Excmo. Ayuntamiento de Camas a fin de que fuese declarada indefinida no fija una funcionaria interina por programas de Servicios Sociales, en concreto, para un programa de reconocimiento de la situación de dependencia condicionado a los créditos distribuidos por los acuerdos anuales de financiación de la Junta de Andalucía. También la STSJ de Andalucía, sede de Sevilla, de 21 de febrero de 2017, apelación nº 559/16, permite el encadenamiento de sucesivos contratos y nombramientos de interinidad para la ejecución de programas de carácter temporal y el cese ante el drástico recorte en la financiación de actuaciones por la crisis.

jurídica hasta que el legislador se pronuncie expresamente al respecto o se unifique esta doctrina.

V. LOS EFECTOS PRO FUTURO DE LA CLÁUSULA Y LOS PROCESOS DE ÍNORMALIZACIÓNÍ DE LAS IRREGULARIDADES COMETIDAS

El mecanismo reparador que contiene esta disposición adicional, aunque tendrá vigencia indefinida, sólo surtirá efecto por futuro, a partir de %actuaciones+que se lleven a cabo tras la entrada en vigor de la LPGE de 2017. Esta cláusula puede plantear algunos problemas interpretativos dependiendo de la vía por la que se opte. ¿A qué tipo de actuaciones se refiere? ¿Hay que referirlas a la fecha o el momento en que el responsable comete la irregularidad, a la fecha en que se dicta la sentencia que convierte el contrato temporal en indefinido o a la fecha en que se produzca la extinción del contrato indefinido y surja para la Administración la obligación de indemnizar? Los escenarios que podemos encontrarnos son muy variados y las respuestas pueden ser distintas según se exijan responsabilidades disciplinarias o patrimoniales.

Es muy posible que durante los próximos meses e incluso años se dicten sentencias que declaren la conversión de los contratos en virtud de actuaciones .irregularidades-cometidas en el pasado. Es posible también que, en virtud de los procesos de consolidación o estabilización que se van a llevar a cabo en los próximos tres años, estas conductas irregulares acaben no teniendo ninguna repercusión jurídica ni económica para la Administración, lo que de plano cerraría, por ejemplo, la vía de utilización del art. 36 de la Ley 40/2015.

Es claro, sin embargo, que si se trata de exigir responsabilidades disciplinarias la disposición no puede tener efectos retroactivos puesto que sólo se pueden imponer sanciones que estén vigentes en el momento de producirse los hechos constitutivos de infracción²³ y estos hechos -las actuaciones irregulares- sólo serían los que se realicen a partir del día 29 de junio de 2017, fecha en la que entró en vigor la LPGE. Aunque en rigor, y como después veremos, la Disposición adicional trigésima cuarta no tipifica ninguna sanción. Se remite directamente a las normas vigentes en cada Administración. En este sentido, puede decirse . si se me permite la expresión- que la LPGE pretende hacer %borrón y cuenta nueva+con esta cláusula, %adulterar+posibles irregularidades cometidas en el pasado, no sólo por sus efectos pro futuro, sino también porque ello coincide, además, con los procesos de regularización que contiene (de estabilización y de consolidación de empleados temporales) para dar salida a las situaciones ya creadas. Con ello podrían quedar %camufladas+posibles actuaciones irregulares realizadas en el pasado.

En este sentido, efectivamente, la LPGE ha recogido las previsiones del Acuerdo para la mejora del empleo público de 29 de marzo de 2017 y ha previsto una tasa de reposición de efectivos del 100% para determinados sectores prioritarios y del 50% para los demás con la intención de canalizar las nuevas necesidades de personal y evitar así el recurso a los empleados temporales. Asimismo, excluye de la tasa de reposición de efectivos las plazas que se convoquen para su provisión mediante procesos de promoción interna y las

²³ El art. 26 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, contiene el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras. Sólo serán aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa. Producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones pendientes de cumplimiento al entrar en vigor la nueva disposición.

correspondientes al personal declarado indefinido no fijo mediante sentencia judicial. Se pretende -como escenario final- que la tasa de cobertura temporal en cada ámbito se sitúe por debajo del 8 por ciento del total de la plantilla.

Existe, pues, una clara voluntad de ir normalizando la situación generada especialmente en estos últimos años de crisis. Para ello, se acompañan estas previsiones de determinados procesos de consolidación y de estabilización del personal (apartado 6 del punto uno del art. 19 de la LPGE), a los que no nos referiremos por haber sido objeto de otra ponencia. En todo caso, no estaría de más recordar que, como ha señalado Cuenca Cervera, se trata de una salida institucionalmente aprendida: el recurso periódico al «blanqueo» de colectivos laborales precarios, formalmente temporales pero materialmente estructurales, reclutados bajo fórmulas no siempre respetuosas con la igualdad de oportunidades²⁴.

En la medida en que vayan culminando todos estos procesos de consolidación y estabilización y algún otro candidato demuestre mayor mérito y capacidad que los contratados temporales que las ocupaban es posible que surjan conflictos y que se plantee una revisión de las situaciones particulares de los empleados legal y reglamentariamente desplazados. Aunque en estos procesos se hubieran producido irregularidades que concluyan finalmente con el pago de una indemnización por parte de la Administración, difícilmente podría exigirse responsabilidad disciplinaria pues, tal como se dice en el punto quinto de esta disposición, sólo se aplicará a actuaciones realizadas a partir del 29 de junio de 2017. Las normas sancionadoras no pueden aplicarse con carácter retroactivo. Distinta puede ser la solución, sin embargo, si se trata de exigir al funcionario causante la responsabilidad patrimonial del art. 36 de la Ley 40/2015, pues en este caso siempre podría argumentarse que esta posibilidad reparadora ya estaba prevista con carácter general en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, con las modificaciones introducidas por la Ley 4/1999.

VI. LAS POSIBLES ÍRESPONSABILIDADESÍ DEL TITULAR DEL ÓRGANO COMPETENTE EN MATERIA DE PERSONAL. DELIMITACIÓN DE SUPUESTOS.

La Disposición adicional trigésimo y cuarta señalaría como responsable de la obligación de indemnizar, de devolver las cantidades pagadas por la Administración, a los órganos competentes en materia de personal en cada una de las Administraciones Públicas y en las entidades que conforman su Sector Público Instrumental²⁵. Estos son responsables del

²⁴CUENCA CERVERA, Jose Javier, «La temporalidad en el empleo público local: estrategias para su reducción tras el Acuerdo para la mejora del empleo público», *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. 12, 2017. Págs. 55.

²⁵En el ámbito local, según lo dispuesto en las letras g) y h) del art. 21.1 de la *Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local*, corresponde al Alcalde desempeñar la jefatura superior de todo el personal, aprobar la oferta de empleo público de acuerdo con el Presupuesto y la plantilla aprobados por el Pleno, acordar el nombramiento de los funcionarios y el despido del personal laboral, dando cuenta al Pleno en la primera sesión que celebre. Esta atribución se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 99.1 y 3 de esta ley. Por el contrario, según la letra j) del art. 22, corresponde al Pleno la aprobación de la plantilla de personal y de la relación de puestos de trabajo. Para los municipios de gran población, la Junta de Gobierno local asume competencias para aprobar la relación de puestos de trabajo, las retribuciones del personal de acuerdo con el presupuesto aprobado por el Pleno, la oferta de empleo público, las bases de las convocatorias de selección y provisión de puestos de trabajo, el número y régimen del personal eventual, la separación del servicio de los funcionarios del Ayuntamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 99 de esta ley, el despido del personal laboral, el régimen disciplinario y las demás decisiones en materia de personal que no estén expresamente atribuidas a otro órgano (letra h) del art. 127).

cumplimiento de la legislación laboral y de velar para que se pueda cometer cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal que pueda dar lugar a la conversión de un contrato temporal en indefinido no fijo. Sin embargo, no concreta a qué tipo de responsabilidad ha de someterse la autoridad o funcionario responsable de la irregularidad en la contratación laboral. Se remite, sin más, a la normativa que resulte aplicable en cada Administración Pública, lo que abre la posibilidad de que puedan concurrir distintos tipos de responsabilidades. Según disponen su punto tres, y cito textualmente: *Las actuaciones irregulares en la presente materia darán lugar a la **exigencia de responsabilidades** a los titulares de los órganos referidos en el apartado segundo, de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas*. A partir de ahí se presenta la duda: ¿a qué tipo de responsabilidades se refiere el legislador? En principio, dependiendo del tipo concreto de la irregularidad cometida y, sobre todo, de los efectos que produzca para la Administración, las vías de actuación pueden ser varias y, algunas de ellas, concurrentes entre sí.

Podría pensarse la responsabilidad penal del funcionario o de la autoridad competente en materia de contratación, en la responsabilidad disciplinaria, en su responsabilidad patrimonial, en una eventual responsabilidad contable o incluso en una responsabilidad por infracciones en el orden social, aunque en este caso la sanción sería para la Administración que actuaría como empleadora, sin perjuicio de que después pudiera repercutirla a su empleado o autoridad por vía de la acción directa del art. 36 de la Ley 40/2015.

La **responsabilidad contable**²⁶ es un tipo específico y autónomo de responsabilidad caracterizada por su carácter reparador (no sancionador), personal y patrimonial, en la que pueden incurrir quienes tienen a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos y tienen la obligación de rendir cuentas del uso que hacen de los fondos públicos. Este tipo de responsabilidad se ejerce respecto de las cuentas que deban rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos, esto es, de los que normalmente se denominan gestores de fondos públicos (art. 15 de la Ley Orgánica 2/1982). Su finalidad es reparadora, toda vez que comporta la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados en los caudales públicos por parte de la autoridad o funcionario declarado responsable.

La responsabilidad contable puede exigirse a través de dos vías. A través de un procedimiento ante el Tribunal de Cuentas, regulado por la *Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas* y la *Ley 7/1988, de 5 de abril, de funcionamiento del Tribunal de Cuentas*²⁷. Va a conocer siempre de las infracciones contables constitutivas del alcance (saldo deudor injustificado de una cuenta) y la malversación. O bien a través de un procedimiento administrativo regulado en la *Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria* y en el *Real Decreto 700/1988, de 1 de julio, sobre expedientes administrativos de responsabilidad contable derivados de las infracciones previstas en el título VII de la Ley General Presupuestaria*, siempre que se trate de cualquier infracción

²⁶ Según el art. 38 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, el que por acción u omisión contraria a la Ley originare el menoscabo de los caudales o efectos públicos quedará obligado a la indemnización de los daños y perjuicios causados. Es un tipo de responsabilidad muy intensa, toda vez que se transmite también a los causahabientes de los responsables por la aceptación expresa o tácita de la herencia, pero sólo en la cuantía a que ascienda el importe líquido de la misma.

²⁷ Seguimos en este punto el magnífico trabajo de FORTES GONZÁLEZ, Ana Isabel, *La responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas*, INAP, Madrid, 2014, págs. 351 y ss.

contable distinta del alcance y la malversación (comprometer gastos y ordenar pagos sin crédito, administrar recursos sin sujetarse a las disposiciones que regulan su liquidación, recaudación o ingreso en el Tesoro, hacer pagos indebidos, no justificar inversiones, etc.). No obstante, la autoridad que acuerde la incoación del expediente lo comunicará al Tribunal de Cuentas, que en cualquier momento puede reclamar el conocimiento del asunto.

El art. 49.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas ha establecido una definición bastante elaborada que permite concretar este tipo de responsabilidad. La jurisdicción contable conoce de las pretensiones de responsabilidad que, desprendiéndose de las cuentas que deben rendir todos cuantos tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, se deduzcan contra los mismos cuando, con dolo, culpa o negligencia graves, originaren menoscabo en dichos caudales o efectos a consecuencia de acciones u omisiones contrarias a las leyes reguladoras del régimen presupuestario y de contabilidad que resulte aplicable a las entidades del sector público o, en su caso, a las personas o entidades receptoras de subvenciones, créditos, avales u otras ayudas procedentes de dicho sector.

Su ejercicio es compatible respecto de unos mismos hechos con el ejercicio de la potestad disciplinaria y con la actuación de la jurisdicción penal²⁸, aunque, cuando los hechos fueren constitutivos de delito, el Juez o Tribunal que entendiere de la causa se abstendrá de conocer de la responsabilidad contable nacida de ellos, dando traslado al Tribunal de Cuentas de los antecedentes necesarios al efecto de que por éste se concrete el importe de los daños y perjuicios causados en los caudales o efectos públicos (art. 49.3 de la Ley 7/1988). Las dudas se pueden plantear a la hora de determinar si este tipo de responsabilidad es compatible también con la acción directa de responsabilidad patrimonial que prevé el art. 36 de la Ley 40/2015, a la que después me referiré, pues ambas persiguen la misma finalidad reparadora, conseguir que se devuelva a la Administración la cuantía indemnizatoria pagada como consecuencia de la irregularidad.

Pues bien, parece claro que las dos no pueden exigirse a la vez porque se superpondrían. Persiguen el mismo objetivo. La casuística que podemos encontrarnos en esta materia es muy variada y no puede descartarse la exigencia de este tipo de responsabilidad, especialmente si ha habido, por ejemplo, algún problema con la fiscalización previa del expediente por parte del interventor²⁹. Ahora bien, a mi juicio parecería más recomendable y adecuado utilizar la vía general del art. 36 de la Ley 40/2015, toda vez que en este caso nos encontramos ante un supuesto específico causante del perjuicio económico como es la comisión de una irregularidad laboral, que tiene su propia regulación concreta en la Disposición adicional trigésima cuarta de la LPGE de 2017. El supuesto de hecho de la responsabilidad no es el incumplimiento de la normativa presupuestaria y contable, vinculada a la ordenación del gasto o del pago, sino de la vulneración de la normativa laboral cometida, además, por el órgano responsable en materia de personal.

²⁸ CAMPOS ACUÑA, Concepción, «Supuestos de responsabilidad de los empleados públicos. De los aspectos éticos al ámbito penal», *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. 12, 2017, pág. 36.

²⁹ En el caso laboral que nos ocupa, la fórmula imperativa con que está redactado el art. 214 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, no deja dudas acerca de la necesidad inexcusable de someter un acto que supone la contracción de obligaciones económicas a la fiscalización previa de la Intervención, tal como sucederá con la contratación de personal o la modificación de las RPTs y de las plantillas para, en su caso, hacer efectiva la conversión judicial del contrato temporal en indefinido. Al respecto, habría que tener en cuenta y analizar con detalle el nuevo *Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local*.

La necesidad de esta acción viene determinada por el principio de legalidad presupuestaria y es éste el ámbito propio de la responsabilidad contable. Sin embargo, en este caso estamos hablando, no de legalidad presupuestaria, sino de legalidad laboral.

Como recuerda Fernández García, su objetivo no es otro que indemnizar a la Hacienda Pública afectada, caracterizándose porque se trata una jurisdicción rogada, dada la naturaleza pública de los fondos y la presencia del Ministerio Fiscal en estos procedimientos y por su naturaleza reparadora, que abarca el reintegro total del alcance producido³⁰. Esta función reparadora, de devolución a la Administración de lo debidamente pagado en concepto de indemnización, se puede conseguir a través del procedimiento general de responsabilidad patrimonial dispuesto en el art. 36 de la Ley 40/2015.

Por otra parte, dentro de esta remisión genérica a las **responsabilidades** que establece la Disposición adicional que nos ocupa podría pensarse también en la vía indirecta de la **responsabilidad por infracciones en el orden social**, que se inicia con la apertura de un expediente por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, regulada en el *Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS)*³¹, que al fijar el ámbito de actuación se refiere genéricamente a los empresarios en el ámbito laboral y no excluye de modo expreso a las Administraciones Públicas. Su art. 7, efectivamente, tipifica como una infracción grave del **empresario** no formalizar por escrito el contrato de trabajo cuando este requisito sea exigible o cuando lo haya solicitado el trabajador (punto 1), así como la transgresión de la normativa sobre modalidades contractuales, contratos de duración determinada y temporales, mediante su utilización en fraude de ley o respecto a personas, finalidades, supuestos y límites temporales distintos de los previstos legal, reglamentariamente, o mediante convenio colectivo. A tenor de dicho precepto, la propia Administración, que actuaría como empresario en el orden laboral, podría ser objeto de la imposición de una sanción³².

La LISOS cuando define a los sujetos responsables no hace exclusiones, sino que menciona de forma genérica como sujeto de las posibles sanciones **al empresario en una relación laboral**. Cuando la Administración celebra un contrato temporal está actuando como tal. Tampoco la Ley 40/2015, que se aplicaría como norma supletoria de la LISOS, establece ninguna exclusión expresa de las Administraciones como posibles sujetos destinatarios de una sanción. Sí se establecen previsiones especiales en materia de sanciones en el ámbito de la prevención de riesgos laborales. En este caso, su reglamento remite directamente a las especialidades de la ley cuando el sujeto infractor es una Administración. La principal especialidad consiste en la sustitución de las sanciones pecuniarias para las Administraciones incumplidoras por la imposición de medidas

³⁰FERNÁNDEZ GARCÍA, José Francisco, "La responsabilidad contable: el reintegro por alcance", *Revista de Administración Pública*, nº 192, 2013, págs. 340 y ss.

³¹ Se desarrolla a través del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de Orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social. Al respecto, habría que tener en cuenta también la *Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social*, especialmente su art. 19.1.

³² En este sentido, es preciso tener en cuenta que el art. 49 prevé la posibilidad de que no se inicie el procedimiento sancionador y que, en su lugar, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social advierta y aconseje al empresario, que en este caso sería una Administración pública, aunque esta posibilidad solo está prevista cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen y siempre que no se deriven daños ni perjuicios directos para el trabajador.

correctoras. En consecuencia, en principio hemos de entender que la autoridad competente podría imponer la sanción tipificada que, una vez pagada, podría ser repercutida al funcionario o autoridad causante a través de la acción directa del art. 36 de la ley 40/2015 a la que nos referiremos en los siguientes epígrafes³³.

1. LA RESPONSABILIDAD PENAL.

En principio, podría pensarse que la remisión a las **responsabilidades** podrían incluir también las **responsabilidades penales** por la comisión de alguno de los delitos que se contemplan en el ámbito de los delitos contra la Administración Pública, especialmente el de prevaricación, el de gestión interesada³⁴, el de tráfico de influencias³⁵, etc. Este tipo de responsabilidad no es sencillo dada su íntima interrelación con el régimen sancionador administrativo. Establecer los límites de la distinción con el régimen sancionador de carácter estrictamente administrativo y el régimen penal remite a un elemento de especial gravedad, que es el que permitirá situar la conducta en el campo de la punición delictiva. El Derecho Penal no debe emplearse para dirimir cuestiones que deben recibir oportuna respuesta en vía contencioso-administrativa o en vía social, sino únicamente para aquellos supuestos flagrantes de perversión de las normas aplicables y en los que los sujetos actúen con un manifiesto dolo.

Así lo ha reconocido, con buen criterio, el Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Nules (Provincia de Castellón) de 1 de junio de 2017, JUR 2017\148062, que archiva la querrela contra el tesorero del Ayuntamiento de Almenara por las irregularidades en la contratación de su hija en un plan de empleo por la ausencia de indicios de un posible delito de tráfico de influencias. La argumentación que en este pronunciamiento judicial se recoge es bastante clarificadora de cuál debe ser la filosofía que inspire este tipo de responsabilidades. No se trata de sustituir a la Jurisdicción Administrativa o la Jurisdicción Social, en su labor de control de la legalidad de la actuación de la Administración Pública, por la Jurisdicción Penal, sino de sancionar supuestos límite, en los que la actuación administrativa no sólo es ilegal, sino además injusta y arbitraria. Dirá el Auto que *no es suficiente la mera ilegalidad, la mera contradicción con el derecho, pues ello supondría anular en la práctica la intervención de control de los Tribunales del orden Contencioso-Administrativo, ampliando desmesuradamente el ámbito de actuación del Derecho Penal, que perdería su carácter de última ratio. El Principio de Intervención Mínima implica que la sanción penal sólo deberá utilizarse para resolver conflictos cuando*

³³ Un buen ejemplo de estas actuaciones puede verse en el *Dictamen del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha nº 41/2012, de 14 de marzo, en el expediente relativo a la revisión de oficio de la resolución del Presidente de la Diputación Provincial de Toledo, por la que se ordena la conversión en contratos indefinidos de diversos contratos temporales suscritos con trabajadores de la Diputación*. En este caso es la propia Dirección Provincial de la Inspección de Trabajo de Toledo la que requiere expresamente a la Diputación para que proceda a la reconversión en indefinidos de los 105 contratos temporales irregulares que había detectado en la inspección bajo advertencia de una sanción.

³⁴ Este delito, tipificado en el artículo 439 del Código Penal forma parte de los denominados delitos de infracción del deber que sancionan el incumplimiento de los deberes de abstención e incompatibilidad por parte del funcionario, como exigencia del deber de imparcialidad que aparece como uno de los elementos definitorios de la actuación de la Administración en el artículo 103 de la Constitución Española. No obstante, la reciente STS 613/2016 de 8 de Julio (RJ 2016, 3170) matiza que el artículo 439 del Código Penal no es una norma penal en blanco que exija como presupuesto un taxativo y preciso deber de abstención establecido en la normativa funcionarial. La conducta prohibida es aprovecharse del cargo público desempeñado poniéndolo al servicio de intereses particulares personales.

³⁵ Según el artículo 428 del Código Penal, incurre en este delito el funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaliéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero.

sea imprescindible. Uno de los supuestos de máxima expresión aparece cuando se trata de conductas, como las realizadas en el ámbito administrativo, para las que el ordenamiento ya tiene prevista una adecuada reacción orientada a mantener la legalidad y el respeto a los derechos de los ciudadanos. El Derecho Penal solamente se ocupará de la sanción a los ataques más graves a la legalidad, constituidos por aquellas conductas que superan la mera contradicción con el Derecho para suponer un ataque consciente y grave a los intereses que precisamente las normas infringidas pretenden proteger. De manera que es preciso distinguir entre las ilegalidades administrativas, aunque sean tan graves como para provocar la nulidad de pleno derecho, y las que, trascendiendo el ámbito administrativo, suponen la comisión de un delito+.

El delito de prevaricación, pues, no se caracteriza por castigar las actuaciones administrativas ilegales, ni siquiera aquellas que merezcan la calificación o fueran declaradas nulas de pleno derecho, sino los comportamientos que siendo ilegales o consistan en actos nulos resulten además y también arbitrarios. Tal arbitrariedad puede referirse, por ejemplo, a la omisión del procedimiento en cuanto la misma tenga por finalidad eludir los controles de legalidad inherente a la actividad administrativa (Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 7 de diciembre de 2012, Sección 5ª, núm. 444/2012).

La mera irregularidad en la contratación, la ilegalidad en la conducta del responsable de la contratación, resulta difícilmente encuadrable en un delito penal. La responsabilidad penal ha de reservarse sólo para los supuestos especialmente graves y dolosos. De concurrir este tipo de responsabilidad sería compatible con la responsabilidad patrimonial, toda vez que el art. 36.6 de la Ley 40/2015 establece que ~~lo~~ dispuesto en los apartados anteriores, se entenderá sin perjuicio de pasar, si procede, el tanto de culpa a los Tribunales competentes+. En todo caso, resultarían aplicables en este supuesto las normas del Código Penal y la responsabilidad civil derivada del delito se exigiría conforme a lo previsto en la legislación correspondiente (art. 37 de la Ley 40/2015).

De concurrir un supuesto de responsabilidad penal del empleado o autoridad responsable de la contratación, habría que tener en cuenta lo dispuesto en el art. 121 del Código Penal, según el cual, en estos casos la Administración responde subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios, exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, sin que, en ningún caso, pueda darse duplicidad indemnizatoria³⁶. En todo caso, si se exige en el proceso penal la responsabilidad civil del empleado, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración como responsable civil subsidiario.

En principio, pues, ciertamente es difícil pensar que el funcionario o autoridad incurra en un delito penal por la comisión de alguna irregularidad en materia de contratación. Ahora bien, también cabe la posibilidad de que esta figura no constituya un caso aislado en la Administración o que constituya un caso especialmente doloso y arbitrario³⁷. Tal como

³⁶ Según el artículo 100 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible y el artículo 1089 del Código Civil.

³⁷ Un buen ejemplo de ello lo muestra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 7 de diciembre de 2012, Sección 5ª, núm. 444/2012. Condena al acusado por un delito de prevaricación, previsto en el art. 404

relata Castillo Blanco, tampoco hay que descartar que los responsables políticos o gestores ~~sin~~ ~~en~~ ~~escrúpulos~~ utilicen espuriamente esta figura para conseguir por vía de los tribunales y a golpe de sentencia un ~~empleo~~ ~~público~~ de conocidos y simpatizantes sin superar los correspondientes procesos selectivos³⁸. Si ello sucede y se demuestra esta especial intencionalidad, no es descartable que el responsable de la contratación pueda incurrir en un delito penal.

Sólo en estos casos más escandalosos, en los que se viera claramente una intencionalidad de buscar la relación indefinida, podría pensarse en la responsabilidad penal del responsable de personal. Uno de los delitos más conocidos que podría tener cierto encaje en este tipo de conductas podría ser el de la prevaricación, tipificado en el art. 404 del Código Penal para ~~la~~ ~~autoridad~~ ~~o~~ ~~funcionario~~ ~~público~~ ~~que~~, ~~a~~ ~~sabiendas~~ ~~de~~ ~~su~~ ~~injusticia~~, ~~dictare~~ ~~una~~ ~~resolución~~ ~~arbitraria~~ ~~en~~ ~~un~~ ~~asunto~~ ~~administrativo~~ ~~se~~ ~~le~~ ~~castigará~~ ~~con~~ ~~la~~ ~~pena~~ ~~de~~ ~~inhabilitación~~ ~~especial~~ ~~para~~ ~~empleo~~ ~~o~~ ~~cargo~~ ~~público~~ ~~y~~ ~~para~~ ~~el~~ ~~ejercicio~~ ~~del~~ ~~derecho~~ ~~de~~ ~~sufragio~~ ~~pasivo~~ ~~por~~ ~~tiempo~~ ~~de~~ ~~nueve~~ ~~a~~ ~~quince~~ ~~años~~. Como apunta la STS de 7 de febrero de 2017, Sala de lo Penal, Sección 1ª, sentencia núm. 60/2017, el delito de prevaricación administrativa tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación: 1) el servicio prioritario a los intereses generales; 2) el sometimiento pleno a la ley y al derecho; y 3) la absoluta objetividad en el cumplimiento de sus fines (art. 103 C.E). Por ello, la sanción de la prevaricación garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un estado social y democrático de derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas.

En el caso que nos ocupa, y al menos en principio, estamos en presencia de meras irregularidades en la contratación, por lo que podría ser desproporcionado intentar siquiera penalizar al funcionario. Además, requiere un componente de conocimiento y dolo (a sabiendas de su injusticia) que no suele concurrir en este tipo de irregularidades, que, en no pocas ocasiones, se producen por la necesidad de prestar un servicio público y realizar tareas administrativas, ante las limitaciones legales para incrementar la plantilla o ante la inactividad de los órganos competentes para crear nuevas plazas³⁹.

del CP, en concurso medial con un delito continuado de malversación de caudales público de los arts. 432.1 y 74 del CP. En este caso, el Primer Teniente de Alcalde y Concejal de Hacienda, Personal y Planificación del Ayuntamiento de Valle Gran Rey (La Gomera), y con plena consciencia de su ilegalidad, firmó un contrato laboral con una familiar suya como monitora de ludoteca. El citado contrato se realizó sin observarse ninguna formalidad legal, a través de una asesoría externa para eludir la intervención del contrato y las nóminas.

³⁸CASTILLO BLANCO, Federico, «Las problemáticas fronteras entre el Derecho Laboral y el Derecho Administrativo: a propósito de los contratos temporales en el sector público: a propósito de los contratos temporales en el sector público», *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 86, 1995. Cita el autor la Sentencia 385/1994, de 26 de julio de 1994, del Juzgado de lo Social nº 5 de Málaga, que, en relación con los más de cien contratos temporales irregulares celebrados por la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía. En este caso, se había generalizado esta figura por la dejación, por parte de los gestores públicos, de su obligación de elegir los contratos laborales correctos para no dar lugar a este fenómeno. Incluso, ante la sospecha de que estas irregularidades pudieran haber sido buscadas conscientemente como una estratagema o plan preconcebido para la contratación de amiguetes, acordó poner los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal por si se hubiera producido un delito de prevaricación.

³⁹ Como ha declarado la STS de 28 de octubre de 2014, Sala de lo Penal, número 773/2015, RJ 2014, 5843, para apreciar el delito de prevaricación, sería necesario la concurrencia de todos estos requisitos: 1) una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; 2) que sea objetivamente contraria al Derecho, es decir, ilegal; 3) que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; 4) que ocasione un resultado

Algunas sentencias que declararon el carácter indefinido de los contratos temporales por irregularidades en la contratación hacían referencia a la posibilidad de depurar responsabilidades penales que, hasta donde a mí me alcanza, no han llegado a fructificar ni se han abierto procesos penales. No obstante, esta mera posibilidad dio lugar a que algunas Comunidades Autónomas, como la gallega, introdujeran expresamente en sus normas varias prevenciones para evitarlas y una atribución expresa de responsabilidad disciplinaria para los responsables, aunque luego no se llegaron a tipificar expresamente en ninguna falta grave o muy grave. En todo caso, el art. 37 de la Ley 40/2015 prevé que en estos casos la exigencia de responsabilidad penal no suspende los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial.

2. LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA

El primer y más inmediato tipo de responsabilidad que podría exigirse sería el de la responsabilidad disciplinaria del titular del órgano que en cada Administración sea el competente en materia de personal. Su exigencia, no obstante, no es sencilla. No será posible si no está prevista específicamente mediante una norma con rango de ley y sólo se podría exigir respecto de conductas irregulares cometidas después de la publicación de la LPGE. Asimismo, nos llevaría a distinguir dos regímenes jurídicos diferentes, el de los empleados públicos y el de los altos cargos.

Si el responsable, en virtud de las normas vigentes en cada ámbito, tuviera la consideración de alto cargo, resultarían aplicables las normas previstas en los artículos 25 y siguientes de la *Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*⁴⁰. No existe ningún tipo que haga referencia a las irregularidades en materia de contratación laboral. Indirectamente podría pensarse en la aplicación de algunos de los principios de buen gobierno, como el referido en el punto 7 del art. 26.2, que se refiere a la necesidad de que el alto cargo asuma la responsabilidad de las decisiones y actuaciones propias y de los organismos que dirigen, sin perjuicio de otras que fueran exigibles legalmente (art. 26.2.7) y, asimismo, se establece como un principio de actuación el ejercer los poderes que les atribuye la normativa vigente con la finalidad exclusiva para la que fueron otorgados y evitarán toda acción que pueda poner en riesgo el interés público o el patrimonio de las Administraciones⁴¹.

materialmente injusto, y 5) que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho.

⁴⁰ Según su art. 25, se aplica esta ley en el ámbito de la Administración General del Estado a los miembros del Gobierno, a los Secretarios de Estado y al resto de los altos cargos de la Administración General del Estado y de las entidades del sector público estatal, de Derecho público o privado, vinculadas o dependientes de aquella y todos aquellos quienes tengan la consideración de alto cargo en aplicación de la normativa en materia de conflictos de intereses. También resulta aplicable a los altos cargos o asimilados que, de acuerdo con la normativa autonómica o local que sea de aplicación, consideración, incluidos los miembros de las Juntas de Gobierno de las Entidades Locales. Su aplicación a todos estos sujetos no afectará, en ningún caso, a la condición de cargo electo que pudieran ostentar

⁴¹ En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cataluña, por ejemplo, en el art. 55 de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, sólo se hace referencia en el código de conducta de los altos cargos al principio de legalidad y, podríamos entender, legalidad laboral. Dice la letra a) de dicho precepto que los altos cargos deben actuar de acuerdo con los siguientes principios éticos y reglas de conducta: a) El respeto a la Constitución, el Estatuto de autonomía y el principio de legalidad. Sin embargo, al regular las infracciones y sanciones no se vuelve a hacer referencia en ninguna de las infracciones al incumplimiento de la legalidad. El cumplimiento de la legalidad laboral sería meramente un principio ético y de conducta cuyo incumplimiento no tendría ninguna consecuencia jurídica.

Sólo de una forma muy forzada podríamos acercarnos a algunos de los tipos de infracciones muy graves que dispone su art. 27, como la letra c), que se refiere a la adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos, o la letra f), que supone el notorio incumplimiento de las funciones esenciales inherentes al puesto de trabajo o funciones encomendadas. No obstante, resultaría francamente complicado considerar que la comisión de una irregularidad en la contratación temporal pueda ser subsumida en el alguno de estos supuestos. Más aproximada podría resultar la falta leve prevista en el art. 29.3.b), que se refiere al descuido o negligencia en el ejercicio de sus funciones y el incumplimiento de los principios de actuación del artículo 26.2.b) cuando ello no constituya infracción grave o muy grave o la conducta no se encuentre tipificada en otra norma+. La sanción, no obstante, es poco relevante: una amonestación (art. 30).

Algo similar ocurre con los empleados públicos, esto es, con cualquiera de las categorías de personal establecidas en el art. 8 del *Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público* (TREBEP, en adelante). El art. 94 del TREBEP reconoce la potestad disciplinaria de la Administración, que le permite corregir disciplinariamente las infracciones del personal a su servicio cometidas en el ejercicio de sus funciones y cargos, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial o penal que pudiera derivarse de tales infracciones. Con ella se persigue que la Administración pueda mantener la disciplina interna de todos sus empleados, asegurándose de que cumplen con sus funciones.

Su ejercicio exige la previa tipificación de la conducta en falta leve, grave o muy grave dependiendo del grado en que se haya vulnerado la legalidad, la gravedad del daño causado al interés público (al patrimonio o bienes de la Administración o de los ciudadanos) y del descrédito para la imagen pública de la Administración que se cause⁴². El principio de legalidad y tipicidad que rige esta materia requiere la predeterminación normativa de las faltas y sanciones, a través de la ley o, en el caso del personal laboral, de los convenios colectivos, sin que quepa la posibilidad de realizar una extensión analógica de las normas sancionadoras para imponer una sanción (STC 182/1990). En este supuesto, dado que la responsabilidad recae siempre sobre el titular del órgano administrativo competente en materia de personal, no sería posible la condición de personal laboral del responsable, por lo que forzosamente la conducta debería estar tipificada en una ley⁴³.

Es decir, su aplicación requeriría que previamente el legislador, ya sea el estatal o el autonómico, hubiera tipificado como infracción muy grave, grave o leve, según corresponda, *las actuaciones irregulares en materia de contratación temporal+ o el incumplimiento de la normativa sobre contratación laboral, especialmente de las normas que rigen la contratación laboral temporal+* y, asimismo, que hayan previsto expresamente

⁴² Téngase en cuenta que la STS de 30 de marzo de 2017, recurso 3300/2015, ha permitido la vigencia de las faltas leves y graves previstas en los artículos 7 y 8 del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios Civiles del Estado aprobado por RD 33/1986, de 10 de enero, haciendo una aplicación integradora de los arts. 94 apartado 3º, 95 apartados 3º y 4º, DD Única, apartado g) y DF 4ª, apartado 3º del EBEP, que mantienen en vigor el citado Reglamento hasta tanto se produzca el desarrollo legislativo en el ámbito de cada administración pública.

⁴³ Tienen la consideración de órgano administrativo, según lo dispuesto en el art. 5 de la Ley 40/2015, las unidades administrativas a las que se les atribuyan funciones que tengan efectos jurídicos frente a terceros, o cuya actuación tenga carácter preceptivo.

la sanción aplicable a tales conductas. Sin esta previa determinación no sería posible la exigencia de responsabilidad disciplinaria.

Aunque el análisis de esta posibilidad nos llevaría a estudiar con detenimiento las leyes de función pública aplicables en cada Comunidad Autónoma, si nos remitimos exclusivamente al ámbito de la legislación básica estatal, podemos concluir que no existe ningún tipo de infracción que encaje directamente con este tipo de conductas, con la realización de actuaciones irregulares en materia de contratación laboral. Tal vez el tipo más aproximado sería el regulado en la letra d) del art. 95.2 del TREBEP cuando se refiere a *la adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos*. Aunque la jurisprudencia ha considerado que este tipo se refiere a un acuerdo, decisión o acto administrativo, no obstante, la conducta del empleado tendría que ser *manifiestamente ilegal* y causar un *grave perjuicio*. En este caso, no obstante, se trata de la comisión de meras *irregularidades* en la contratación y, por otra parte, dudo que la conversión de un contrato temporal en indefinido, que va a suponer la continuidad del empleado, realizando funciones y tareas dentro de la Administración, pueda ser considerada en estrictos términos jurídicos como un *grave perjuicio* para la Administración o para el resto de ciudadanos. En todo caso, sólo si hubiera una condena indemnizatoria por la extinción del contrato podría pensarse si el pago de una indemnización encaja en el concepto de *grave perjuicio* que exige esta infracción.

Algunas legislaciones autonómicas han tipificado algunas conductas similares pero referidas a otros ámbitos concretos de la normativa laboral o al incumplimiento de normas administrativas. Así, por ejemplo, podemos traer a colación el art. 134 de la *Ley 4/2011, de 10 de marzo, de empleo público de Castilla-La Mancha*, tipifica como faltas muy graves el incumplimiento de las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, cuando se deriven graves riesgos o daños para el propio personal funcionario o terceras personas (letra p) o la infracción o aplicación indebida de los preceptos contenidos en la legislación sobre contratos del sector público, cuando medie, al menos, negligencia grave (letra q).

En un sentido similar, por ejemplo, la letra j) del art. 116 del *Decreto Legislativo 1/1997, de 31 de octubre, por el que se aprueba la refundición en un Texto único de los preceptos de determinados textos legales vigentes en Cataluña en materia de función pública*, rebaja un poco estas exigencias y se aproxima más al tipo adecuado de infracción al tipificar como una falta grave *la emisión de informes, la adopción de acuerdos o la realización de actuaciones manifiestamente ilegales, si causa perjuicio a la Administración o a los ciudadanos y no constituye falta muy grave*. Sólo exige que se cause perjuicio, aunque no sea grave, pero ha de tratarse de una actuación *manifiestamente ilegal*.

Otras normativas autonómicas más actuales ya han sido más previsoras en este sentido. Así, por ejemplo, podemos mencionar la *Ley 2/2015, de 29 de abril, de empleo público de Galicia*. Su art. 27, por ejemplo, prevé determinadas reglas generales que predeterminan la actuación de los órganos responsables de la contratación. En este sentido, sólo podrán realizarse este tipo de contrataciones cuando existan puestos vacantes que deban ocuparse de forma urgente e inaplazable; no puede recurrirse a las empresas de trabajo temporal; existe obligación de incluir los puestos vacantes cubiertos mediante empleados laborales temporales en la primera oferta de empleo público que se apruebe después de esa contratación y en los consiguientes concursos de traslados, salvo que se disponga su amortización. Según se indica en su apartado tercero, la Administración no puede convertir

en fija una relación laboral de carácter temporal. Si eso sucede, ocurrirán en responsabilidad en los términos previstos en esta ley las personas que con su actuación irregular den lugar a la conversión en fija de una relación laboral de carácter temporal. El art. 28.4, vuelve a insistir en esta última idea al establecer nuevamente que ocurrirán en responsabilidad, en los términos previstos por la presente ley, las personas que con su actuación irregular den lugar a la conversión en indefinida de una relación laboral de carácter temporal o a la adquisición de la condición de empleado público por una persona que no la ostentara. Aunque se insiste doblemente en la responsabilidad de la persona causante de estas situaciones, curiosamente no se ha tipificado expresamente ninguna infracción que recoja este tipo de conductas. Sólo en el art. 187, y realizando una importante labor interpretativa, podríamos encontrar acomodo a este tipo de conductas.

Efectivamente, la letra g) del art. 187.1 tipifica como una falta leve cualquier otro incumplimiento de los deberes y obligaciones del personal funcionario, así como de los principios de actuación del art. 73, siempre que no haya de ser calificado como falta muy grave o grave. Este último precepto, el art. 73.1, menciona una serie de principios que han de inspirar el código de conducta de los empleados y se refiere expresamente al principio de legalidad. Es decir, que interpretando esta secuencia de reenvíos entre estos preceptos podríamos llegar a la conclusión de que el incumplimiento del principio de legalidad laboral podría ser considerado como una falta leve del funcionario causante, en cuyo caso, podría ser sancionado, según lo dispuesto en su art. 190 con la suspensión firme de funciones durante un período inferior a 15 días o el apercibimiento escrito.

Una línea similar, aunque no tan explícita, se sigue en el art. 158 de la *Ley 13/2015, de 8 de abril de la Función Pública de Extremadura*. También en este caso se obliga a la Administración a incluir en la oferta de empleo público las plazas vacantes desempeñadas por personal laboral indefinido no fijo. La letra i) de su art. 154 tipifica como una falta leve cualquier incumplimiento de los deberes y obligaciones del empleado público, así como de los principios de conducta, siempre que no deban ser calificados como falta muy grave o grave. Aunque, a diferencia de lo que sucedía en el caso gallego, no se menciona expresamente el principio de legalidad como un principio básico enunciado en el código de conducta de los empleados públicos (art. 67), tal vez, forzando mucho la interpretación, podría llegar a considerarse que el incumplimiento de las normas laborales y las irregularidades cometidas en la contratación laboral suponen un desconocimiento de la obligación que tienen los empleados públicos de desempeñar con diligencias las tareas que tengan asignadas y velar por los intereses generales con sujeción y observancia de la Constitución, el Estatuto de Autonomía y del resto del ordenamiento jurídico⁴⁴.

3. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL PREVISTA EN EL ART. 36 DE LA LEY 40/2015 DE RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO

En este trabajo pretendemos centrarnos fundamentalmente en las acciones que para la exigencia de responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de la Administración establece el art. 36 de la *Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector*

⁴⁴También tipifica como falta grave (art. 153.f) la emisión de informes, la adopción de decisiones, resoluciones o acuerdos o la realización de actuaciones manifiestamente ilegales cuando no causen perjuicio grave a la Administración o a la ciudadanía. Aquí nuevamente habría que interpretar si las irregularidades en la contratación laboral que comportan la conversión del contrato temporal en indefinido pueden ser consideradas a estos efectos como una actuación manifiestamente ilegal.

público. Sin embargo, tampoco la subsunción de la nueva Disposición adicional trigésima cuarta de la LPGE en este precepto resulta fácil. Necesitaría realizar una importante labor interpretativa y de construcción jurídica, por lo que su aplicación exigiría una mayor concreción por parte del legislador.

También en el ámbito de la Administración local existen preceptos específicos para regular esta materia. Es fundamental el art. 78 de la *Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local*, que prevé la posibilidad de repercutir sobre los miembros de las corporaciones locales⁴⁵ y, con un alcance más general, referido a autoridades, miembros, funcionarios y dependientes, el art. 225 del *Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales*⁴⁶. En ambas normas se sigue haciendo referencia a la antigua redacción de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que preveía simplemente el ejercicio de estas acciones como una mera posibilidad de la Administración, como una potestad discrecional que la Administración podía o no ejercitar atendiendo a los criterios de ponderación que prevé el precepto⁴⁷. Con la redacción que la Ley 4/1999 dio a esta institución, corroborada por la nueva Ley 40/2015, ya no queda lugar a dudas. Su ejercicio no es una decisión discrecional de la Administración, sino que está obligada a iniciar un procedimiento cuando concurren los presupuestos previstos en el art. 36 de dicha Ley. Asimismo, la Ley 30/1992 suprimió el derecho de opción a favor del sujeto dañado que reconocía la Ley de Régimen Jurídico de 1957 y que les permitía dirigirse directamente a la Administración para exigir su responsabilidad o contra el funcionario o autoridad causante del daño.

Este tipo de responsabilidad es perfectamente compatible con la responsabilidad disciplinaria que, en su caso, pudiera concurrir. Por si quedara alguna duda al respecto⁴⁸, el art. 94 del TREBEP es muy claro al respecto: *Las Administraciones Públicas corregirán disciplinariamente las infracciones del personal a su servicio señalado en el artículo anterior cometidas en el ejercicio de sus funciones y cargos, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial o penal que pudiera derivarse de tales infracciones*. Ello es lógico si tenemos en cuenta que ambas responden a una finalidad diferente. Con la disciplinaria se persigue corregir, *castigar* al funcionario que ha cometido una infracción, mientras que la responsabilidad patrimonial se persigue la indemnidad patrimonial de la

⁴⁵ Según dicho precepto, las Corporaciones locales podrán exigir la responsabilidad de sus miembros cuando por dolo o culpa grave, hayan causado daños y perjuicios a la Corporación o a terceros, si éstos hubiesen sido indemnizados por aquélla. También el art. 60 del *Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local*, se pronuncia en el mismo sentido y de una forma más explícita, si cabe, al disponer que *las autoridades y funcionarios de cualquier orden que, por dolo o culpa o negligencia, adopten resoluciones o realicen actos con infracción de las disposiciones legales*, estarán obligados a indemnizar a la Corporación Local los daños y perjuicios que sean consecuencia de aquéllos, con independencia de la responsabilidad penal o disciplinaria que les pueda corresponder.

⁴⁶ Dispone este artículo que las entidades locales *podrán instruir expediente*, con audiencia del interesado, para declarar la responsabilidad civil de sus autoridades, miembros, funcionarios y dependientes que, por dolo, culpa o negligencia graves, hubieren causado daños y perjuicios a la Administración o a terceros, si éstos hubieran sido indemnizados por aquélla. El declarado responsable por la Administración podrá interponer el correspondiente recurso contencioso-administrativo

⁴⁷ DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, *¿Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio?*, *InDret*, 2 de 2008, pág. 4.

⁴⁸ GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo, *La responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de las administraciones Públicas*, en la obra colectiva dirigida por Tomás Quintana López y Ana Belén Casares, titulada *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, Tomo I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 625.

Administración, repercutiendo en el infractor material la cuantía indemnizatoria abonada por la Administración pagadora, buscando la eficacia de la administración y, en suma, la obtención de una justicia material y efectiva⁴⁹. Esto es, su finalidad no es otra que la de recuperar el dinero pagado.

Este sistema de responsabilidad es consecuencia del modelo de responsabilidad directa que ha establecido nuestro legislador pues, con independencia del grado de intencionalidad y culpabilidad que haya tenido la autoridad o funcionario causante del daño o perjuicio, en este caso de la contratación irregular, será la propia Administración (y por tanto los ciudadanos contribuyentes) la que responda y pague, evitando posibles insolvencias del causante, lo que, tal como se ha señalado, podía ser notoriamente *basano*⁵⁰ y suponer una *absoluta impunidad* de los funcionarios y de los políticos⁵¹. Y ello a pesar de la normativa poco clara al respecto que encontramos en algunas Comunidades Autónomas⁵².

La generalidad de la doctrina se muestra muy crítica con la falta de utilización de esta institución, que algunos han llegado incluso a calificarla como una institución decorativa, como un *bonito florero*⁵³ que sólo sirve para acallar conciencias y para advertir que el Derecho dispone de un arsenal de instrumentos para exigir responsabilidades, lo que de por sí tendría un efecto disuasorio de eventuales comportamientos *dañinos* por parte de los empleados públicos. Se ha señalado también que, aunque esta institución es una mala solución, puede servir para estimular conductas diligentes del funcionario y para prevenir la producción de daños. *Si sobre el funcionario no pesa la amenaza de responder con su patrimonio por los daños causados imprudentemente, éste carecerá de los incentivos adecuados para actuar con el nivel óptimo de cuidado*⁵⁴.

Como ha señalado Saura Fructuoso, la falta de ejercicio de este tipo de acción se ha intentado justificar en su *coste político, las presiones y resistencias corporativas y sindicales, la concepción de responsabilidad compartida que subyace en la actuación pública, el desincentivo que supondría para la atracción de nuevo personal al empleo público, etc*; hasta la más simple y banal que se resume en la célebre frase *disparar con*

⁴⁹ SAURA FRUCTUOSO, Carlos, *La ignota acción de regreso de la Administración en la era de la transparencia, la eficiencia y la responsabilidad*, Documentación Administrativa, *Documentación Administrativa* nº 2, enero-diciembre 2015, pág. 3.

⁵⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo II*, p. 413, Civitas, Madrid, 2013.

⁵¹ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2015, págs. 667 y 670.

⁵² Así, por ejemplo, podemos traer a colación el art. 111 del Decreto Legislativo 1/1997, de 31 de octubre, por el que se aprueba la refundición en un Texto único de los preceptos de determinados textos legales vigentes en Cataluña en materia de función pública, que al regular el resarcimiento de los daños a particulares dispone que *los particulares podrán exigir al personal a que se refiere la presente Ley, mediante el proceso declarativo correspondiente, el resarcimiento de los daños causados en sus personas o bienes, si se hubieran producido por culpa grave o ignorancia inexcusable*. Este procedimiento debe ser el de responsabilidad patrimonial regulado en los arts. 32 y siguientes de la Ley 40/2015.

⁵³ DÍEZ SÁNCHEZ, Juan José, *Las acciones de regreso contra autoridades y funcionarios públicos*, en la obra colectiva coordinada por Juan Antonio Moreno Martínez, titulada *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, 2007, págs. 215-216.

⁵⁴ DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, *Por qué la administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio*, *InDret*, nº 2, 2008, pág. 13.

pólvara del rey+. Este autor también se muestra muy crítico con esta inactividad, toda vez que, no se trata de *m*eritos deslices o errores+ que pueden cometerse en el ejercicio corriente de actividades, sino de hechos graves, lo que supondría dejar impunes las conductas dolosas, o gravemente culposas o negligentes realizadas por los empleados públicos. Llega a calificarla como una *m*era acción cosmética, y en cierta medida grosera para la ciudadanía, por cuanto al haber eliminado la posibilidad del ejercicio de la acción de responsabilidad civil directa contra autoridades y personal al servicio de las administraciones Públicas, se blinda totalmente la impunidad de ciertos hechos y se consagra el perjuicio general para la Hacienda Pública+. Su inaplicación causa una *s*ensación de impunidad pública, de desconfianza ciudadana, y de desapego y desdén hacia la administración; y, en definitiva, hacia las instituciones y <<lo público>> en general, lo que se traduce en una falta de legitimidad que, sencillamente, ya no podemos permitir en el mencionado contexto⁵⁵+

A mi juicio, no obstante, no es que la Administración no haya intentado el ejercicio de este tipo de responsabilidad patrimonial, pues la ley le obliga a ello, sino que sus requisitos, como es lógico, son muy exigentes y requieren una especial intencionalidad de la autoridad o funcionario que normalmente no se suele dar en la práctica administrativa. Algunos ejemplos de ello iremos poniendo a lo largo de este trabajo. Fuera de los supuestos más escandalosos, que posiblemente requieran incluso un reproche penal, cuando el funcionario causa un daño o, en este caso, comete una irregularidad en la contratación administrativa, no lo hace normalmente con la intención de dañar a la Administración, de causarle un perjuicio económico. Pueden darse otros condicionantes en esta materia, porque no está en su mano la creación de un nuevo puesto de trabajo (que posiblemente corresponderá a otros órganos), porque las normas le impiden sacar a la oferta de empleo público una plaza que, sin embargo, es necesaria para atender las funciones y tareas de la Administración, etc. Y excepcionalmente, si es que realmente existe esta intencionalidad espuria, entonces habrá que plantearse posiblemente otro tipo de responsabilidades más graves.

En todo caso, tal como ha reconocido recientemente la STC 15/2016, de 1 de febrero, como consecuencia de la existencia de un sistema de responsabilidad directa y como complemento de ella, nuestro ordenamiento ha previsto, como cláusula de cierre, que la Administración pueda repercutir sobre el empleado público subjetivamente responsable la cantidad abonada por el funcionamiento de sus servicios públicos, mediante el ejercicio de la acción de regreso prevista en este precepto. Se trata, según el propio Tribunal, de una acción de ejercicio obligatorio por la Administración cuando se aprecie la concurrencia de un doble presupuesto:

- a) Que la acción u omisión del empleado público concernido se haya realizado con dolo, culpa o negligencia graves y,
- b) Que la Administración haya procedido al abono de la indemnización por el daño objetivo causado en razón de ella (acordada bien en una resolución administrativa no impugnada, bien en una sentencia judicial firme).

⁵⁵SAURA FRUCTUOSO, Carlos, "La ignota acción de regreso de la Administración en la era de la transparencia, la eficiencia y la responsabilidad", Documentación Administrativa, *Documentación Administrativa* n° 2, enero-diciembre 2015, págs. 7, 13 y 14. Concluirá diciendo que "desde el mencionado despido disciplinario hasta la especial fiscalización de los administradores empresariales en virtud de la legislación mercantil, simplemente no tiene justificación alguna la falta de ejercicio de la acción de regreso en el ámbito de la administración Pública".

El art. 36 de la Ley 39/2015 se refiere a dos supuestos diferentes, a dos posibilidades distintas de actuación de la Administración:

3.1. LA DUDOSA APLICACIÓN DE LA ACCIÓN DE REGRESO

Este tipo de responsabilidad sería una manifestación concreta en el ámbito administrativo de la acción de regreso establecida en el art. 1904 del Código Civil, según el cual ~~el~~ que paga el daño causado por sus dependientes puede repetir de estos lo que hubiere satisfecho+. Está vinculada a un previo procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración y deriva del carácter directo que tiene esta institución.

En este caso, conviene tener en cuenta que, para hacer efectiva dicha responsabilidad, los particulares dañados deben exigir directamente de la Administración Pública la indemnización por los daños y perjuicios causados por las autoridades o personal a su servicio. Su aplicación requiere forzosamente que el empleado haya causado un daño a un particular, una lesión en sus bienes o derechos y que, según el art. 32 de la Ley 40/2015, ese daño debe ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas. En este caso, el sujeto ~~dañado~~+no sería un particular, sino la propia Administración. Es decir, esta acción de regreso requiere la previa tramitación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial y que este concluya con la obligación de la Administración de resarcir el daño causado, esto es, con una obligación de pago. Solo cuando la Administración ha pagado está legitimada para exigir de oficio, en vía administrativa, la responsabilidad de la autoridad o empleado que hubiera incurrido en dolo, culpa o negligencia graves en la causación del daño.

A mi juicio, no obstante, las irregularidades en la contratación difícilmente podrían tener encaje en este supuesto, cuya aplicación exige la previa tramitación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial. El supuesto que se recogería en la LPGE es distinto. No se vincula a un expediente de responsabilidad patrimonial, sino a una sentencia judicial, del Orden social, que declara indefinido a un empleado temporal. Por otra parte, la comisión de una irregularidad, que supone la mera conversión de un contrato temporal en indefinido, no puede ser considerada como un ~~daño~~+a efectos jurídicos. Implicaría meramente la continuidad en la prestación de servicios a la Administración. Ni siquiera es evaluable económicamente, salvo que vaya acompañada del pago al trabajador de algún tipo de indemnización (por despido improcedente, salarios de tramitación, etc.). En ese caso, el daño se causaría directamente a la Administración y no al particular. No cumple, en consecuencia, los caracteres que exige la legislación administrativa.

3.2. LA ACCIÓN DIRECTA CONTRA EL FUNCIONARIO O AUTORIDAD

Esta opción se tramita exactamente a través del mismo procedimiento. No obstante, cambia el supuesto de hecho. En este caso no se requiere la tramitación de un previo procedimiento de responsabilidad patrimonial. Basta con que las autoridades o personal al servicio de la Administración causen daños y perjuicios en sus bienes o derechos siempre, claro está, que hubieran incurrido también en dolo, culpa o negligencia graves. Este segundo supuesto está previsto, pues, cuando el daño no se causa a un tercero, sino a la propia Administración.

Como destacó tempranamente la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora de 7 de mayo de 1999, Sección Única, núm. 150/1999, afirmando la falta de competencia del

Orden Jurisdiccional Civil para conocer de estos procedimientos, el régimen jurídico del procedimiento para exigir responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas es el mismo, tanto si se trata de la acción de repetición, como sucede en el caso de autos, que hubiese abonado a terceros como cuando se trata del resarcimiento de los daños ocasionados a la misma entidad, si bien con la importante diferencia de que en primer caso ya se presupone un procedimiento en el que se habrá cuantificado la indemnización a que asciende el resarcimiento⁵⁶. En este caso, no obstante, no se prevén expresamente criterios para la ponderación de la cuantía, por lo que habrá de entenderse que en este caso la Administración no tiene la potestad de poder reducirla atendiendo a las circunstancias del caso concreto.

En este caso, la parte perjudicada por la actuación de su personal es la propia Administración y será ella misma la que puede acordar unilateralmente la indemnización que proceda mediante el ejercicio de la acción de responsabilidad de oficio frente al presunto responsable. Esta opción es simplemente una manifestación del principio de la autotutela de la Administración, que le permite resarcirse del perjuicio sufrido dictando por sí misma el correspondiente acto administrativo⁵⁷. Aun así, la subsunción de las irregularidades a las que se refiere la disposición adicional trigésima cuarta de la LPGE no está exenta de dificultades.

A) EL DAÑO. ¿QUÉ TIPO DE IRREGULARIDADES EN LA CONTRATACIÓN SON SUSCEPTIBLES DE CAUSAR UN ÍPERJUICIOÍ ECONÓMICO?

Las actuaciones irregulares en materia de contratación laboral, especialmente las que supongan la conversión de un contrato temporal en indefinido, son las únicas que pueden dar lugar a la exigencia de responsabilidades a los titulares de los órganos competentes en materia de personal.

El ejercicio de esta acción directa requiere que la actuación del empleado cause un daño o perjuicio en los bienes o derechos de la Administración. El daño no solamente puede ser producto de que previamente la Administración haya tramitado un procedimiento de responsabilidad patrimonial, sino que también puede ser consecuencia de daños a bienes propios y, en este sentido, también puede ocurrir por indemnizaciones que la Administración haya tenido que abonar por haber sido condenada en cualquiera de las jurisdicciones civil, social, contencioso-administrativa o como responsable civil subsidiaria en la penal.

La pregunta que podemos hacernos es la siguiente: ¿la comisión de una mera irregularidad en materia laboral puede considerarse a estos efectos como un daño o un perjuicio para la Administración? Si convenimos que ello es así, ¿cómo lo cuantificamos? La previa cuantificación del daño es imprescindible para poder repercutirla después sobre el funcionario. A mi juicio, y haciendo una creativa labor interpretativa, la única manera que nos permitiría aplicar por analogía este supuesto a las irregularidades en la contratación

⁵⁶ En este caso se exigían responsabilidades al Alcalde, que había suscrito un contrato de arrendamiento sobre dos fincas rústicas de diez años de duración. Antes de que el contrato se extinguiera por el transcurso del plazo de duración, el alcalde, pese a que el ayuntamiento había acordado en pleno que se procediera a la forestación de las fincas arrendadas, excluyendo las fincas que estuvieran arrendadas, ordenó reforestar las fincas arrendadas sin consentimiento del arrendatario.

⁵⁷ FORTES GONZÁLEZ, Ana Isabel, *La responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas*, INAP, Madrid, 2014, pág. 305.

laboral exigiría que la Administración hubiera tenido que pagar al contratado laboral, indemnizarle como consecuencia de la irregularidad. Sólo en estos casos podríamos considerar en rigor que la indemnización ha supuesto un perjuicio económico para la Administración susceptible de ser repercutido contra el funcionario causante.

Un supuesto similar, en el ámbito laboral, se analiza en la STSJ de la Comunidad Valenciana de 25 de julio de 2005, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, sentencia núm. 942/2005. En ella se analiza la aplicación de esta acción a un despido improcedente que había supuesto el pago al empleado (arquitecto de un Ayuntamiento) de una indemnización por despido y salarios de tramitación. En este caso es la indemnización pagada al trabajador lo que, a efectos de este tipo de responsabilidad patrimonial, equivale a los daños y perjuicios exigidos por este precepto.

Su aplicación requiere, pues, que la actuación irregular sea cuantificable desde el punto de vista económico. Esta exigencia de los daños evaluables económicamente resulta difícilmente trasladable a la Disposición adicional trigésima y cuarta de la LPGE. En este caso, podríamos interpretar que la conversión del contrato temporal en indefinido y la indemnización que, en su caso, acarree, supone un perjuicio económico para la Administración, toda vez que deberá indemnizar al empleado laboral irregularmente contratado o despedido, pues la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo, tal como antes hemos analizado, va a suponer siempre el pago al empleado indefinido de una indemnización de 20 días por año trabajado. Es únicamente esta cuantía la que, al en principio, podría tener encaje en esta Disposición y ser considerada como un perjuicio en el patrimonio económico de la Administración que ésta ha tenido que soportar como consecuencia de la irregularidad.

Otro ejemplo podemos encontrarlo en la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Melilla (Comunidad Autónoma de Andalucía) de 23 de febrero de 2010, núm. 99/2010, JUR 2010\124135, que ha conocido sobre la legalidad del acuerdo del Consejo de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Melilla (CAM) en el que se ejercitaba la acción de regreso contra el anterior Consejero de Medio Ambiente. Con ella se pretendía recuperar parte de los gastos que tuvo que abonar el Consejo por las indemnizaciones que se pagaron ante determinadas irregularidades en la contratación laboral y que supusieron el pago de 111.417,93 ". La acción se ejercita, pues, como consecuencia del daño económico producido a la CAM, derivado de las indemnizaciones y gastos abonados como consecuencia de las diversas condenas de despido improcedente realizadas por el Juzgado de lo Social de Melilla, una vez finalizados los contratos que las Cooperativas tenían con la CAM⁵⁸. La Sala concluye que hubo daño para la Hacienda Pública de la Ciudad Autónoma por la contratación irregular de dichas Cooperativas, que ocasionó un gasto en las indemnizaciones de despido y demás cotizaciones que tuvo que abonar. Consideró que existía una clara relación de causalidad entre la actuación del actor (Consejero de Medio Ambiente) y el dispendio que en indemnizaciones y cotizaciones a la Seguridad Social tuvo que hacer la Hacienda de la Ciudad Autónoma, con el consiguiente daño para el erario público. En este caso, no obstante, no llega a fructificar esta acción y es anulada por la sentencia mencionada porque este tipo de responsabilidad exige una

⁵⁸ El Consejero de Medio Ambiente declaró que el motivo de contratar con las Cooperativas fue el de "crear puestos de trabajo". Sin embargo, la sentencia n° 237/2001 del Juzgado de lo Social de Melilla dio como probado que con las Cooperativas se encubría una real prestación de servicios para la Ciudad Autónoma, encubriendo una cesión de trabajadores, cesión que por este motivo se reputa de ilegal. A partir de ahí declaró los despidos improcedentes y ordenó a la CAM bien la readmisión o bien la indemnización, optando la Administración por esta segunda opción.

especial culpabilidad de la autoridad o personal causante del daño. En este caso no se perseguía dañar a la Administración, sino hacer que disminuyera el paro en Melilla.

B) EL REQUISITO DEL DOLO, CULPA O NEGLIGENCIA GRAVE

Salvado este primer escollo relativo a la cuantificación del daño en la conducta irregular, es preciso que la persona titular del órgano responsable en materia de personal, esto es, la autoridad o funcionario público, haya incurrido **en dolo o en culpa o negligencia graves** al cometer la irregularidad laboral, pues así lo exige el art. 36.3 de la Ley 40/2015. Se requiere un especial componente de intencionalidad en el responsable, sin el cual es imposible repercutir la cuantía pagada⁵⁹. El hecho de que ello sea así tiene su explicación lógica pues, en caso contrario, los funcionarios públicos estarían comprometiendo directamente su patrimonio con el cumplimiento de sus funciones y podrían caer en la tentación de actuar intentando siempre minimizar su eventual responsabilidad, aunque ello no fuera siempre lo más conveniente para el interés público.

No hay determinación clara en la regulación legal en cuanto al cauce a través del cual apreciar la posible concurrencia del dolo, culpa o negligencia graves. Ante tal silencio, no cabe descartar que la Administración pudiera querer sostener su existencia en lo que pudo razonarse o probarse en el proceso de responsabilidad objetiva o, en el caso que nos ocupa, en el proceso social para la conversión del contrato temporal en indefinido. No obstante, de ser así, no tendrían dichos hechos el valor de cosa juzgada porque, en los casos de responsabilidad patrimonial, el proceso no habría analizado la responsabilidad subjetiva del causante del daño (STC 15/2016 de 1 de febrero).

La existencia de esta especial intencionalidad que requiere el ejercicio de esta acción no se presume automáticamente por la existencia de una irregularidad laboral, sino que deberá oportunamente justificarse y motivarse en la correspondiente tramitación del expediente administrativo. Así, en la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Melilla (Comunidad Autónoma de Andalucía) de 23 de febrero de 2010, núm. 99/2010, JUR 2010\124135, se ha dicho que *“la parte pues la Administración, indebidamente, de que como la contratación fue irregular ya existe dolo o culpa grave, como si se tratara de una verdad apodóctica. Pero esto no es así, sino que quien alega que existe debe motivarlo y basarse en hechos”*. Es decir, la mera comisión de una irregularidad en la contratación no supone que el responsable ha actuado con dolo, culpa o negligencia grave. Estas especiales notas de intencionalidad o culpabilidad no se presumen, sino que habrán de acreditarse y justificarse convenientemente en el expediente administrativo en virtud de lo previsto en el art. 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común, que exige la motivación para las propuestas de resolución de los procedimientos sancionadores y los procedimientos de responsabilidad patrimonial de la Administración. En dicha sentencia, queda acreditado el daño por la indemnización de los despidos y pago de cuotas sociales, pero no esta intencionalidad, toda vez que el objetivo que perseguía el responsable (Consejero de Medio Ambiente) no era otro que crear empleo y disminuir el paro en la localidad. Además, aclara la sentencia que no resulta evidente la culpabilidad exigida por cuanto el actor en el momento de los hechos era un Consejero, un cargo electo, no un funcionario al que se le

⁵⁹ Ello a pesar de que en el ámbito local los distintos preceptos aplicables, que son de los años ochenta, se refieren sólo al dolo o culpa grave (art. 78 de la Ley 7/1984) o al dolo o culpa o negligencia en el art. 60 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril. Habrá que entender que la exigencia de esta especial intencionalidad es la referida en el art. 36.3 de la ley 40/2015, por ser normativa básica estatal posterior.

exige un conocimiento de las leyes, y no consta que de los muchos controles que un expediente administrativo pasa en una Administración Local ningún funcionario advirtiera de la ilegalidad de la actuación⁶⁰.

Aunque es muy escasa la jurisprudencia que existe sobre esta materia, un buen ejemplo de ello podemos encontrarlo en la STSJ de Aragón de 8 de octubre de 2013, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3, sentencia núm. 604/2013. En ella, el Alcalde intentó repercutir sobre el Director de una obra y su arquitecto los daños que había causado a un particular como consecuencia de la realización de una obra y de la energía empleada por el martillo rompedor en la apertura de una zanja en una nueva red de alcantarillado. Todo ello con base en un argumento muy lógico. La responsabilidad patrimonial de la Administración ha sido configurada como responsabilidad cuasi objetiva, con las debidas matizaciones señaladas por la jurisprudencia, por lo que tiene unas notas que la distinguen con claridad de las indicadas en el art. 36 de la Ley 40/2015 para el personal a su servicio, pues para éste se exige la presencia de dolo o culpa o negligencia grave. Por ello, no puede ser suficiente que se derive la responsabilidad del personal al servicio de la Administración de la que en el procedimiento seguido contra ésta haya podido ser considerada suficiente para su declaración en la producción de daños a terceros pues los requisitos de cada una de las acciones, como se ha dicho, son bien distintos⁶¹. La sentencia recurrida atiende exclusivamente, para confirmar la declaración de responsabilidad del arquitecto autor del proyecto y director de la obra, a lo declarado en la sentencia que declaró la responsabilidad patrimonial, que sitúa el origen de los daños en la actuación municipal y en las obras de urbanización, sin discriminar entre las actuaciones del arquitecto y del contratista ni señalar la concreta actuación del primero más allá de su genérica posición de autor del proyecto y director de la obra. Ello es bien distinto de una actuación dolosa o gravemente culpable, que es la que hubiera debido ser acreditada en la resolución del Ayuntamiento.

En un sentido similar se ha pronunciado también la STSJ de la Comunidad Valenciana de 25 de julio de 2005, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, sentencia núm. 942/2005. En ella se analiza el caso de un Concejal que solicitó a la Corporación la incoación del oportuno expediente de responsabilidad patrimonial contra el Alcalde y otros dos Concejales, por los perjuicios ocasionados a consecuencia del despido improcedente de un arquitecto de dicho Ayuntamiento. El despido fue declarado improcedente y el Ayuntamiento optó por la no readmisión de dicho trabajador, por lo que tuvo que abonarle la suma de 11.593.324 de pesetas en concepto de indemnización y salarios de tramitación. La sentencia desestima la pretensión del Concejal por falta de intencionalidad, toda vez que el Alcalde se había limitado a ejercer la potestad de readmitir o no al trabajador prevista en el art. 56 del Estatuto de los Trabajadores, con las distintas consecuencias económicas que de ello derivan. Al conceder el ordenamiento jurídico la potestad legítima

⁶⁰En este caso, sólo se le podría reprochar al Consejero negligencia por no haber solicitado informe previo a la contratación de servicios con las Cooperativas, algo a lo que como gestor político estaría obligado según dicha sentencia. Ahora bien, el hecho de que ningún funcionario le advirtiera de tal cuestión, ni de la ilegalidad de ello impediría presumir la existencia de culpa o negligencia grave, requisito para que pueda ejercitarse la acción de regreso.

⁶¹La fuerza del martillo provocó el derrumbamiento del muro de contención del talud, produciéndose filtraciones de agua desde la red de alcantarillado que afectaron a la capacidad portante de las rocas sobre las que se apoyan los muros de la vivienda de un particular, que fueron indemnizados con el abono de 242.564,32 euros. La sentencia acaba estimando la pretensión del director de la obra contra el que quería repercutir el Alcalde.

de decidir sobre una u otra posibilidad no puede concluirse que optar por la no readmisión del empleado despedido evidencie un dolo específico, pese a que la decisión se enfrente a las defendidas por otros grupos políticos municipales; en cualquier caso, no son sólo los aspectos económicos de la decisión de prescindir de un determinado trabajador, los únicos que deben ser objeto de valoración, y la decisión de no readmitir no consta que constituyera una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, para permitir calificar la conducta de quien la adoptó como adoptada con dolo o culpa grave+.

Dado que no existe una definición legal del **dolo** en las normas administrativas, habrá que acudir a la construcción que se ha hecho desde el Derecho Civil (art. 1267), que lo ha identificado con la mala fe. Pero es el Derecho Penal el que tiene una construcción más acabada del mismo, exigiendo para que este se dé la presencia del elemento volitivo y el intelectual. El elemento intelectual hace referencia a que el sujeto, la autoridad o personal responsable posea un conocimiento cabal de la ilegalidad. El elemento volitivo apunta a la necesidad de buscar conscientemente y querer tal ilegalidad. En cambio, **la culpa** exigida para que pueda ejercitarse la acción de regreso ha de ser grave, en ella el actor conoce que puede darse la situación de ilegalidad, pero cree que de esta no se producirá ningún daño para la Administración. Se trata en el precepto legal de culpa grave de una culpa consciente, no de una simple imprudencia o culpa leve. Todos estos extremos han de quedar acreditados suficientemente en el correspondiente expediente de responsabilidad. Sin contar con requerimientos o informes técnicos previos sobre la legalidad de la contratación resultará muy difícil acreditar este extremo.

C) EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y LA POSICIÓN JURÍDICA DE LA AUTORIDAD O PERSONAL RESPONSABLE

A diferencia de lo que ocurría con la redacción inicial de la Ley 30/1992, y que se mantiene en la normativa local y en algunas normativas autonómicas que habrá que entender desplazadas por la nueva Ley 40/2015, no existe margen de decisión alguno a la hora de decidir si se inicia o no este procedimiento para la exigencia de responsabilidad patrimonial del funcionario causante. Ya el anterior art. 145.2 de la Ley 30/1992, desde su reforma realizada por la Ley 4/1999, convirtió la exigencia de la acción de regreso en imperativa cambiando el término "podrá" por el de "exigirá de oficio".

En consecuencia, la Administración debe iniciar de oficio un procedimiento administrativo una vez que la Administración haya efectuado el pago⁶². La redacción del precepto es muy clara: *«la Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio en vía administrativa de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad ñ + y, asimismo, la Administración instruirá igual procedimiento a las*

⁶²Algunos autores han interpretado que en el ámbito local también los ciudadanos estarían legitimados para solicitar el inicio del procedimiento, toda vez el art. 68 de la Ley 7/1985, al obligar a la Administración local a ejercer las acciones que sean necesarias para la defensa de sus bienes y derechos, posibilita que cualquier vecino pueda requerir su ejercicio a la Entidad interesada. Este requerimiento, suspendería el plazo para el ejercicio de las mismas por un término de treinta días hábiles. Si en el plazo de esos treinta días la entidad no acordara el ejercicio de las acciones solicitadas, los vecinos podrán ejercitar dicha acción en nombre e interés de la entidad local. De prosperar la acción, el actor tendrá derecho a ser reembolsado por la Entidad de las costas procesales y a la indemnización de cuantos daños y perjuicios se le hubieran seguido. A mi juicio, no obstante, este tipo de acciones está pensando sobre todo en los bienes y en el ejercicio de las prerrogativas previstas en el art. 82 de dicha Ley para recuperar por sí mismas su posesión en cualquier momento cuando se trate de los de dominio público y, en el plazo de un año, los patrimoniales y para ejercitar la acción de deslinde.

autoridades y demás personal a su servicio por los daños y perjuicios causados en sus bienes o derechos cuando hubiera concurrido dolo, o culpa o negligencia graves+

En la acción de regreso el procedimiento permite que se ponderen para fijar la cuantía el resultado dañoso producido, el grado de culpabilidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso. Para la acción directa que, a mi juicio, sería la que correspondería para la efectividad de la Disposición adicional trigésima y cuarta, no se prevé la posibilidad de ponderar la cuantía exigible a la autoridad o funcionario. En este caso, a diferencia de lo que ocurre con la acción de regreso prevista en el art. 36.2 de la Ley 40/2015, la Administración no tiene margen para reducir o determinar la cuantía de la responsabilidad, de lo que ha de responder el causante de la irregularidad laboral. Si utilizamos las palabras de Parada Vázquez, podríamos decir que, en este caso, a diferencia de lo que ocurre con la acción de regreso, no se aceptan posibles perdones y rebajas de la indemnización que la Administración pudo haber pagado+.

La acción exige que se haya producido un daño, bien que afecte a terceros causado por un agente público autoridad o personal a su servicio (acción de regreso propiamente dicha), o bien que sea un daño a los bienes públicos; que la Administración haya indemnizado a los terceros o si es un daño propio que haya corrido con la reparación; y que exista dolo, culpa o negligencia grave en el actuar del sujeto responsable. Debe existir una relación de causalidad entre el comportamiento del titular del órgano competente en materia de personal y el daño, esto es, la cantidad indemnizatoria que la Administración haya tenido que pagar al empleado indefinido (en concepto de despido, salarios de tramitación, et.). A este respecto debe señalarse, de acuerdo con una reiterada jurisprudencia, que, quien es causa de la causa es causa del mal causado. La aplicación de este tipo de responsabilidad requeriría, no obstante, un análisis más detallado de todos los responsables que hayan podido influir en la comisión de una irregularidad, pues no podemos olvidar la responsabilidad o la influencia que hayan podido tener en la causación de la irregularidad administrativa otros órganos. Pensemos, por ejemplo, en una decisión del pleno de remunicipalización de servicios y que provoque actuaciones irregulares (art. 22.2.f) de la Ley 7/1985); pensemos, por ejemplo, en la no aprobación de una nueva plantilla o de una Relación de Puestos de Trabajo (art. 22.2.i) de la Ley 7/1985) necesaria para cubrir necesidades estructurales de personal que están siendo desempeñadas a través de contratos temporales o pensemos, por ejemplo, en cómo influyen las limitaciones en la tasa de reposición de efectivos o la falta de convocatoria de plazas ofertadas.

Debe tenerse en cuenta que el ejercicio de la acción de regreso no pertenece al ámbito de las potestades sancionadoras por lo que no se exige la separación que se da entre la fase instructora y la decisora. Aun así, el art. 36 establece algunas pautas básicas para todas las Administraciones Públicas. El procedimiento se articula al menos, en las siguientes fases. Habrá alguna fase de alegaciones previas durante un plazo de 15 días; se practicarán las pruebas admitidas y cualesquiera otras que el órgano competente estime oportunas durante un plazo de quince días; una fase de audiencia durante 10 días; habrá una propuesta de resolución en un plazo de cinco días a contar desde la finalización del trámite de audiencia y resolución por el órgano competente en el plazo de 5 días. Dicha resolución pondrá fin a la vía administrativa y, en consecuencia, admite recurso potestativo de resolución o impugnación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Este procedimiento es completamente independiente del proceso judicial que haya condenado a la Administración al pago.

Respecto del órgano competente para exigir este tipo de responsabilidad, el art. 36 no dice, obviamente, nada al respecto por exceder de lo que sería legislación básica. Habrá que remitirse a las normas organizativas internas de cada Administración. En el ámbito local, podría pensarse, siguiendo por ejemplo a Gonzalez Pérez, que el órgano competente será el Pleno de la Entidad Local cuando se trate de exigir la responsabilidad a un miembro electo de la Corporación⁶³. Si, por el contrario, se exige a un funcionario, el competente será el Alcalde o Presidente del Ente Local, que, a su vez puede delegar la competencia. Ello por cuanto el Pleno tiene encomendado el control y la fiscalización de los órganos de gobierno (art. 22.2.a Ley 7/1985) y la exigencia de responsabilidad a un miembro electo es una forma de fiscalizar sus responsabilidades. Mientras que en el caso de un funcionario la competencia es del Alcalde, como jefe de todo el personal de la Entidad y por sus competencias residuales (art. 21.1.g de la Ley 7/1985). Como se expresa en la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Melilla (Comunidad Autónoma de Andalucía) de 23 de febrero de 2010, núm. 99/2010, *piénsese que tal acción de regreso podría exigirse al propio Presidente, siendo absurdo que el propio órgano de gobierno nombrado por él pudiera exigirle responsabilidad por daños*.

Una cuestión importante que se puede plantear en este ámbito es la determinación de la posición jurídica del responsable. ¿Puede incorporarse al procedimiento judicial social que va convertir el contrato temporal en indefinido para intentar influir en él o incluso defenderse? A tenor de la respuesta dada por la STC 15/2016 de 1 de febrero, Sala Segunda, habrá que entender que ello no es posible.

En esta sentencia, efectivamente, se analiza un supuesto de responsabilidad patrimonial contra el Jefe de la Policía Local del Ayuntamiento de Canet de Mar, pues había quedado acreditada la situación de acoso laboral a la que había sometido a uno de sus policías locales⁶⁴. El Ayuntamiento fue condenado a pagar en concepto de responsabilidad la cantidad de 323.088,58 por el funcionamiento anormal del servicio público. Posteriormente el jefe de la policía, cuando tuvo conocimiento extrajudicial de la sentencia de condena por responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento y su intención, no sólo de no recurrir la sentencia, sino también de depurar responsabilidades mediante el ejercicio de la acción de regreso, intento incorporarse en el procedimiento principal para poder apelar la sentencia. La Sala entendió que carecía de legitimación activa por no haber sido parte en la primera instancia, donde lo que se discutía era una determinada actividad administrativa imputable al Ayuntamiento, por lo que acabó interponiendo un recurso de amparo por presunta violación del art. 24 de la Constitución, por no haber sido emplazado en el proceso. La sentencia aclara la existencia de dos procedimientos diferentes.

El TC deniega el amparo solicitado al considerar que el jefe de la policía carecía de legitimación pasiva para ser parte en el proceso de responsabilidad patrimonial promovido contra la Administración por ausencia de un interés legítimo. Y ello porque, lo que se

⁶³ GONZÁLEZ PÉREZ, Francisco, *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, Madrid 2001.

⁶⁴ Al policía se le había abierto un expediente disciplinario concluyó con un decreto de alcaldía por el que se le impusieron tres sanciones por la comisión de tres faltas graves que fueron anuladas judicialmente y en estas sentencias se dejaba constancia de la falta de imparcialidad y objetividad del instructor. El policía acabó formulando una reclamación de responsabilidad patrimonial contra el Ayuntamiento por las secuelas psíquicas padecidas como consecuencia del hostigamiento laboral a que fue sometido durante años por el demandante de amparo y por el subjefe de la Policía Local, con el beneplácito del Alcalde. Obtuvo una indemnización de 323.088,58 € que después el Ayuntamiento quiso repetir contra el Jefe de Policía.

depura en un proceso de responsabilidad patrimonial, entablado por el perjudicado contra la Administración, no es la eventual responsabilidad del empleado público que haya participado o contribuido a la producción del daño, sino la responsabilidad objetiva de la Administración por cualquier funcionamiento normal o anormal del servicio público. Precisamente como consecuencia de la voluntad del legislador de clarificar lo concerniente al sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración y su control jurisdiccional, con la aprobación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (y su posterior modificación en el año 1999) se optó por un régimen centralizado en el que las reclamaciones de indemnización contra la Administración, por los daños y perjuicios causados por su personal, han de dirigirse directamente, y en todo caso, contra aquélla, suprimiéndose la posibilidad de promover la acción contra el empleado público causante del daño (excepto en los casos de una eventual responsabilidad por vía penal).

Para la exigencia de esta responsabilidad no se hace mención a la identificación del empleado público que haya podido causar el daño que genera la responsabilidad administrativa, ni condiciona la apreciación de ésta a la verificación de la negligencia, culpa o dolo de aquél, perspectiva cuyo examen ni siquiera exige, bastando la acreditación del perjuicio y del nexo entre el funcionamiento del servicio público y el daño producido, que habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas, según señala la disposición normativa.

La regulación de la acción de responsabilidad contra la Administración diseñada por el legislador, en definitiva, implica que el derecho o interés legítimo afectado es el de la persona perjudicada que ejercita la acción para ver reparado el daño objetivo sufrido, siendo la Administración la que actuará en calidad de demandada, sin juzgarse una responsabilidad añadida, distinta y de carácter subjetivo del personal al servicio de la Administración pública que haya intervenido por acción u omisión en la situación controvertida. Se derivan del régimen legal de la responsabilidad dos momentos diferentes, que dan lugar a la configuración jurídica de dos acciones diferentes, con objetos distintos, aunque secuenciales y encadenadas: la reclamación del perjudicado, primero (garantizando que, de apreciarse un nexo causal entre perjuicio y funcionamiento del servicio público, pueda ser reparado de forma íntegra e inmediata por el daño objetivo que se le haya ocasionado) y la eventual acción de regreso contra el empleado público, después, si se dan los presupuestos establecidos en la norma (responsabilidad subjetiva por dolo, culpa o negligencia graves, de haberse reparado económicamente el daño objetivo derivado del funcionamiento de los servicios públicos).

De ello deriva que no es condición de la segunda acción, o de regreso, que la acción u omisión dañosa, el dolo, culpa o negligencia graves, potencialmente imputables a un concreto empleado público, fueran objeto de enjuiciamiento, ni de declaración probatoria como causante del perjuicio, en el primer proceso de responsabilidad objetiva de la Administración. Ello va a tener una importante consecuencia práctica, la falta de efecto positivo de cosa juzgada material en los procedimientos ulteriores que enjuicien la responsabilidad subjetiva de los empleados públicos.

Es decir, para determinar la intencionalidad de la autoridad o funcionario se puede partir de los hechos analizados u probados en el proceso de responsabilidad objetiva, aunque en este caso no se puede pretender que tengan efectos de cosa juzgada material. De acuerdo con esa conclusión, no causaron indefensión las resoluciones impugnadas que apreciaron la falta de legitimación del demandante de amparo para ser parte en el proceso de

responsabilidad objetiva de la Administración por ausencia de interés legítimo, toda vez que la declaración de responsabilidad de la Administración no comporta, automáticamente, beneficio o perjuicio alguno en su esfera jurídica. Será en un momento posterior, en el del ejercicio de la acción de regreso (iniciada en este caso según consta en la documentación aportada en la demanda de amparo) o en el de la eventual incoación de un expediente sancionador, donde el demandante podrá formular alegaciones, proponer y practicar la prueba admitida y, en su caso, recurrir en la vía jurisdiccional contencioso-administrativa la resolución definitiva y firme que se dicte, manteniéndose así indemnes sus posibilidades de defensa.

Por lo que respecta al plazo para el ejercicio de la acción, como la ley no dice nada parece razonable aplicar el plazo general para el ejercicio de la acción de responsabilidad de un año al que se refiere el legislador. El problema se plantea a la hora de determinar el *dies a quo*, esto es, el momento concreto a partir del cual puede exigirse la acción y comienza a computar el plazo para el ejercicio de la acción. Puede computarse desde que se dicta la sentencia social que declara la obligación de la Administración de indemnizar, de pagar a su empleado público por despido improcedente, o desde el momento en que se efectúe realmente el pago, teniendo en cuenta que la prescripción debe ser probada por quien la alega, de acuerdo con el artículo 1214 del Código Civil, pues supone la extinción de la obligación resarcitoria. Esta última posibilidad parece la más razonable. No obstante, por razones de seguridad jurídica este extremo debería ser aclarado por el propio legislador básico.

VII. ¿QUÉ PUEDE HACER LA ADMINISTRACIÓN PARA EVITAR LA EXIGENCIA DE ESTE TIPO DE RESPONSABILIDADES? A MODO DE CONCLUSIÓN

Aunque la exigencia de este tipo de responsabilidades resulta muy difícil de llevar a la práctica, constituyen una importante espada de Damocles que pesa sobre la cabeza del funcionario o autoridad responsable de la contratación laboral, introduciendo un importante elemento de tensión y preocupación que puede condicionar y comprometer su actividad.

Ello resulta especialmente grave ante el panorama de inseguridad jurídica que existe en la actualidad en materia de indemnizaciones por la contratación temporal, donde se están produciendo novedosos y creativos pronunciamientos judiciales que, como ha destacado Molina Navarrete, se atreven a llegar allí donde ni siquiera el legislador todavía se había atrevido a llegar, extendiendo el derecho indemnizatorio, no sólo a todos los contratos temporales, sino también a los nombramientos funcionariales irregulares⁶⁵.

Esta evolución jurisprudencial deja a la autoridad o funcionario responsable en una situación jurídicamente incierta y comprometida. Su patrimonio personal, con el que tendrá que responder por las irregularidades cometidas, va a depender de las cuantías indemnizatorias que en cada caso acaben finalmente fijando los Jueces y Tribunales del Orden Jurisdiccional Social. En este sentido se ha producido una vertiginosa evolución en estos últimos años. De equiparar al empleado indefinido prácticamente como un interino sin derecho a indemnización, se ha pasado a reconocerle una indemnización de 20 días de salario por año trabajado, independientemente de la razón del cese.

⁶⁵ MOLINA NAVARRETE, Cristobal, «La doctrina «Diego Porras» desatada: su reciente aplicación judicial nacional ¿«Noble sueño» o «nueva pesadilla»?», Diario La Ley, N° 9053, Sección Tribuna, 3 de octubre de 2017, pág. 2.

Ante esta situación, acierta el punto cuatro de la Disposición adicional trigésima cuarta cuando insta a la Administración a tomar cautelas. Las Administraciones están obligadas a promover en sus ámbitos respectivos el desarrollo de criterios de actuación que permitan asegurar el cumplimiento de esta disposición, así como una actuación coordinada de los distintos órganos con competencia en materia de personal. Bien podría pensarse en la elaboración de concretos códigos de conducta, en la elaboración de normas reglamentarias que establecieran procedimientos administrativos de actuación para la contratación laboral o incluso en la elaboración de órdenes de servicio o instrucciones internas, en los términos previstos en el art. 6 de la Ley 40/2015, que permitirían a la Administración dirigir y ordenar la actividad que realicen los responsables a la hora de celebrar o prorrogar contratos laborales⁶⁶.

Los criterios de actuación mencionados en este apartado también deberían incluir acciones formativas para los responsables de la contratación laboral. Ante un panorama de absoluta inseguridad jurídica como el que se está planteando en la actualidad por la aplicación directa del principio de primacía del Derecho comunitario, es muy importante que estos responsables estén al día, no sólo de la normativa laboral, sino de la jurisprudencia y de la interpretación e incluso inaplicación de las normas que se está produciendo en este ámbito⁶⁷.

Sería oportuno que en cada ámbito puedan establecerse normas internas que regulen todos estos procesos de contratación y que establezcan las correspondientes cautelas para evitar que se puedan producir estas irregularidades. En este sentido, por ejemplo, parecen muy sensatas las propuestas que en el año 2005 realizó el *Informe de la Comisión Para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público* del año 2005 y exigir internamente la obligatoriedad de realizar un informe técnico-jurídico sobre la viabilidad de la contratación temporal o, en su caso, de su renovación, antes de que el órgano competente para la contratación adopte la decisión de contratar o de prorrogar el contrato laboral temporal.

La introducción de este especial trámite produciría de forma inmediata dos efectos. En primer lugar, evitaría que se cometiera una irregularidad en la contratación que después puede dar lugar a la conversión de ese contrato temporal en indefinido. Se cortaría de raíz esta posibilidad. En segundo lugar, permite acreditar jurídicamente que el responsable de la contratación actúa con pleno conocimiento de causa, es decir, ~~con~~ conociendo y queriendo. Y esto es muy importante para una posterior exigencia de responsabilidades patrimoniales. Si el responsable de la contratación, a pesar de las advertencias jurídicas contenidas en el informe técnico, consiente la prórroga o permite la contratación irregular, se podría

⁶⁶ Algunos ejemplos de ello ya tenemos en nuestro ordenamiento jurídico. Cabe citar, por ejemplo, la Disposición adicional primera del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, que establece medidas en relación con los trabajadores de las empresas de servicios contratadas por la Administración. Obliga a la Administración y a sus entes instrumentales a dictar en sus respectivos ámbitos de competencias las instrucciones pertinentes para la correcta ejecución de los servicios externos que hubieran contratado, de manera que quede clarificada la relación entre los gestores de la Administración y el personal de la empresa contratada, evitando, en todo caso, actos que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral. A tal fin lo citados entes, organismos y entidades dictarán antes del 31 de diciembre de 2012 las instrucciones pertinentes para evitar actuaciones que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral.

⁶⁷ Véase el análisis que al respecto realiza MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, «La doctrina «Diego Porras» desatada: su reciente aplicación judicial nacional ¿«Noble sueño» o «nueva pesadilla»?», *Diario La Ley*, Nº 9053, Sección Tribuna, 3 de octubre de 2017.

entender que actúa con dolo y, en consecuencia, se cumpliría el requisito más difícil de acreditar para la exigencia de su responsabilidad patrimonial. Se entendería que habría actuado dolosamente, pues concurriría el elemento intelectual y volitivo que exige este tipo de responsabilidad.

En todo caso, dentro del ámbito de los denominados *actos separables* de la contratación laboral, sería de gran utilidad que las normas internas reguladoras de este tipo de procedimientos establecieran un precepto que recoja este tipo de informes, así como los del interventor cuanto se trate prorrogar contratos y nombramientos o de proceder a la creación de plazas en las plantillas para dar cabida a los contratados declarados indefinidos. El objetivo, crear marcos que proporcionen seguridad jurídica a la actuación de los responsables de la contratación laboral.

En fin, la sola amenaza de la utilización de esta Disposición, tal como se ha señalado por la doctrina, puede suponer la introducción de un fuerte condicionamiento en el modelo y las pautas de comportamiento de los funcionarios públicos. La preocupación por la posibilidad de tener que responder con su propio patrimonio personal puede inducirles a un ejercicio defensivo o inhibitorio de determinadas funciones públicas⁶⁸ o a optar por formas de actuación más conocidas, menos innovadoras, que supongan *cautelos excesivos, innecesarios, demasiado caros*⁶⁹. En todo caso, habrá que ser cautelosos con la utilización de esta Disposición porque podría actuar como un mecanismo perverso, especialmente en el ámbito local y cuando se produzca una alternancia en el Gobierno local. A pesar de que son muy pocas las sentencias que se han pronunciado sobre esta institución, en casi todas se reprocha expresamente la utilización partidista que puede hacerse de esta institución en manos de la oposición y del rival político, utilizado la potestad de acción de regreso con fines espurios, de revancha política⁷⁰.

*Seminario de Relaciones Colectivas, Barcelona, 18 de octubre de 2017.
Federación de Municipios de Cataluña*

⁶⁸ CASINO RUBIO, Miguel, *El Derecho sancionador y la responsabilidad patrimonial de la Administración*, *Documentación Administrativa*, 254-255, 1999, pág. 369.

⁶⁹ MIR PUIGPELAT, Oriol, *Funcionaris responsables. La responsabilitat civil del personal al servei de l'Administració*, *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 4, 2002, pág. 1027.

⁷⁰ En la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Melilla de 23 de febrero de 2010, se alega como primer argumento que la acción de repetición es *infundada* y que sólo persigue fines político- electorales, dada su condición de diputado de la Asamblea de la CAM del actor y miembro del partido político Coalición Por Melilla (CPM), actualmente en la oposición y rival político del partido gobernante en la citada Administración (Partido Popular).

LA ACCIÓN SINDICAL EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y LOS CRÉDITOS HORARIOS PARA REALIZAR FUNCIONES DE REPRESENTACIÓN DESPUÉS DE LA LEGISLACIÓN DE LA CRISIS

Amparo Merino Segovia

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Castilla-La Mancha*

1. UN BREVE RELATO SOBRE LAS RELACIONES DE EMPLEO PÚBLICO TRAS LA CRISIS DE 2008

La crisis económica y financiera de 2008 sirvió de justificación a los sucesivos gobiernos de los países más afectados para incorporar medidas de ajuste estructural, cuyo impacto en las relaciones de empleo público es, en el caso español, sobradamente conocido.

No está de más recordar que en 2009 y hasta mayo de 2010, los poderes públicos centraron sus preocupaciones en la crisis del empleo y en la desorbitada destrucción de puestos de trabajo que, concentrada en un primer momento en la construcción y actividades dependientes, más adelante se proyectará sobre la totalidad de sectores de la actividad productiva. Los dispositivos que a la sazón guiaron la actuación pública se orientaron entonces hacia la moderación salarial, incentivos a la contratación estable, cobertura de las situaciones de desempleo y diálogo social.

La desconfianza de los mercados financieros, la persistente destrucción del empleo y una profunda recesión económica que dejará al país en una situación alarmante, motivarán, a partir de mayo de 2010, cambios relevantes en la actuación del Ejecutivo, con medidas de austeridad y reducción del gasto público guiadas exclusivamente a la contracción del déficit público. La intervención del poder político hará especial hincapié en el recorte del gasto corriente del personal de las Administraciones públicas y la privatización de los servicios públicos. Por vez primera en la historia reciente del país, un gobierno tomará la decisión de recortar las retribuciones de los empleados públicos con el objetivo de acelerar la reducción del déficit público.

La rebaja medida del 5 por 100, aplicada en 2010 con criterios de proporcionalidad, afectará con mayor intensidad a los salarios más elevados, con recortes próximos al 15 por 100. Desde entonces y hasta épocas recientes, las retribuciones de los empleados públicos permanecerán congeladas por imperativo legal. Según dictaron las sucesivas normas presupuestarias, las retribuciones del personal al servicio del sector público no podrán en el año de referencia experimentar incremento alguno respecto a las vigentes a 31 de diciembre del año anterior, en términos de homogeneidad para los dos periodos de comparación, y en relación, tanto a los efectivos de personal, como a su antigüedad¹.

¹Puede consultarse, art. 22 L 17/2012, de 27 de diciembre, de PGE para el año 2013.

Además de la reducción de las retribuciones de los empleados públicos, el RD 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, suspenderá la revalorización de las pensiones para 2011, salvo las pensiones mínimas y las no contributivas. También se modificará el plazo de reconocimiento de las ayudas económicas a la dependencia y quedará suprimida la prestación económica de pago único de la Seguridad Social, así como la deducción fiscal en el IRPF por nacimiento o adopción.

El RDL 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, sumará un paquete de medidas que, en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo, afectarán a las subvenciones a sindicatos y organizaciones empresariales, que quedarán reducidas en un 20 por 100.

Más adelante, el RDL 20/2012 dictará normas de urgencia para garantizar la estabilidad presupuestaria, con nuevas medidas restrictivas en las relaciones de empleo público, que, guiadas a la reducción del gasto público, supondrán, en los términos que se analizarán más adelante, la reducción a los mínimos legales de los derechos sindicales.

Estas normas de urgencia alterarán de forma sustancial las relaciones heteronomía/autonomía colectiva en el seno de las Administraciones públicas, con incidencia directa en la determinación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos, presididas, a partir de ese momento, por normas de orden público, inaccesibles para la negociación colectiva. La limitación a lo estrictamente previsto por la normativa laboral del tiempo retribuido para la realización de funciones sindicales y de representación, nombramiento de delegados sindicales, dispensas de asistencia al trabajo y demás derechos sindicales, con la finalidad de favorecer el incremento de los tiempos de trabajo destinados directamente a la prestación del servicio público. art. 10 RDL 20/2012-, es un claro ejemplo de ello².

2. REDUCCIÓN DE LOS DERECHOS SINDICALES DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS: EL ART. 10 RDL 20/2012

Los derechos sindicales de los empleados públicos sufrirán recortes de envergadura por obra del art. 10 RDL 20/2012, que los dejará reducidos a los mínimos previstos en el EBEP, ET y LOLS. Según dicta la norma de urgencia, las previsiones contenidas en los pactos, convenios y acuerdos ~~urgentes~~ que suplementan o amplían tales derechos, quedan sin efecto; su validez se condicionará a que no se reconozcan derechos sindicales superiores a los previstos con rango mínimo en el EBEP, ET y LOLS.

²El RDL 20/2012 adoptará otras medidas de ahorro de gasto de personal que se concretarán en: 1. Supresión durante 2012 de la paga extraordinaria del mes de diciembre y de la paga adicional de complemento específico o pagas adicionales equivalentes al mes de diciembre. 2. Reducción de los días de libre disposición, supresión de los días adicionales por antigüedad, tanto en el caso de las vacaciones como en el de los días por asuntos particulares, y limitación del número de días por asuntos particulares y de días adicionales a los de libre disposición que puedan haber establecido las Administraciones públicas. 3. Modificación del régimen retributivo del personal incluido en el Régimen General de la Seguridad Social durante la situación de incapacidad temporal, correspondiendo a cada administración la determinación de los complementos retributivos que, en concepto de mejora voluntaria, corresponda en las situaciones de incapacidad temporal. 4. Prohibición de que, en los supuestos de incapacidad temporal por contingencias comunes, durante los tres primeros días el complemento retributivo que, con carácter de mejora, se pueda establecer supere el 50 por 100 de las retribuciones, o el 75 por 100 desde el cuarto día y hasta el vigésimo ómbos inclusive-.

Los preceptos legales a la sazón afectados por el cambio normativo serán los arts. 4.1.b), 37.3.e) y 68.e) ET; arts. 8, 9, 10 LOLS y arts. 37.1.h) y 41.1.d) EBEP, que incorporan un paquete de derechos que podrá ser ampliado y optimizado por normas convencionales, con la finalidad de asegurar y facilitar a los empleados públicos que desarrollen actividades sindicales el ejercicio de sus funciones de representación. Estas garantías son necesarias para que la libertad sindical -art. 28.1 CE- pueda ser efectiva. Según palabras reiteradas del TC, el ejercicio de este derecho fundamental quedará afectado y menoscabado cuando la actividad sindical tenga efectos negativos para quienes la realizan o cuando perjudique a sus titulares como consecuencia de su desempeño legítimo³.

La libertad sindical incorpora en sus contenidos la acción sindical. Según tiene declarado el Alto Tribunal, el derecho reconocido en el art. 28.1 CE implica la libertad para el ejercicio de la acción sindical, comprendiendo en ella todos los medios lícitos⁴. Dentro de los componentes que definen la configuración legal del derecho . contenido adicional- se dan cita las facultades de actividad sindical, esto es, las prerrogativas, garantías o facilidades vinculadas a la representación de los trabajadores, que, una vez introducidas por el legislador pasan a formar parte del derecho a la libertad sindical constitucionalmente protegido⁵; el crédito horario, entre ellas⁶, cuya finalidad es otorgar a los representantes una protección específica en atención a la compleja posición jurídica que [õ] asumen frente al empresario⁷.

Las garantías que, legal o convencionalmente, han sido concebidas para facilitar la acción sindical se instalan como contenido adicional del [derecho] de libertad sindical, por el mismo mecanismo general de integración de aquel derecho en el contenido de este, bien que con la configuración que le dé la ley [õ], siendo en ese plano de la legalidad donde pueden establecerse las diferencias entre la negociación colectiva en el ámbito laboral y funcionarial y el derecho a ella de los sindicatos, no así en el de la genérica integración del referido derecho en el contenido del de libertad sindical⁸.

Recuerda el TC que los contenidos adicionales de la libertad sindical, creados por normas infraconstitucionales, pueden ser alterados o suprimidos por la norma legal o convencional que los establece⁹. No solo el crédito horario participa de esta condición; otros derechos que definen y posibilitan la actividad sindical, como permisos retribuidos para realizar funciones sindicales y de representación, dispensas totales o parciales de asistencia al trabajo, nombramiento de delegados sindicales, y otras prerrogativas o ventajas reconocidas en la ley adquieren tal consideración, además de los regulados convencionalmente. Estos últimos con una capacidad de resistencia muy limitada para hacer frente a un cambio legislativo o a una norma con rango de ley; también a un RDL, que, sin embargo y a juicio de muchos, no parece que sea el instrumento idóneo para alterar o modificar lo regulado en una ley orgánica.

Los derechos sindicales legalmente garantizados como mínimos son, en el tenor del art. 10 RDL 20/2012, y con las precisiones que se harán más adelante, los únicos que

³STC 336/2005, de 20 de diciembre.

⁴STC 37/1983, de 11 de mayo.

⁵STC 9/1988, de 25 de enero.

⁶SSTC 40/1985, de 13 de marzo, y 70/2000, de 13 de marzo.

⁷SCT 40/1985. STS, Sala 3ª, 3 de enero de 2013, rec. 165/2011.

⁸STC 118/2012, de 4 de junio.

⁹STC 28172005, de 7 de noviembre.

permanecen en el ámbito público, careciendo de efecto las mejoras que fueron incorporadas a través de convenios colectivos, acuerdos o pactos entonces vigentes. La intervención de un RDL transformando en norma de orden público lo que en el EBEP, ET y LOLS es suplementario, abrirá un doble debate, centrado, de una parte, en si la norma de urgencia, que obliga a aplicar una legislación de mínimos, no está alterando implícitamente lo dispuesto en una ley orgánica, la LOLS, cuyo art. 10 expresamente permite el pacto colectivo para determinar el número de delegados sindicales; y de otra, si el art 10 RDL 20/2012 está respetando, y no recortando, el derecho de libertad sindical, no solo en sus componentes de configuración legal, sino también en su contenido esencial. Todo ello sin olvidar, en cualquier caso, que el Convenio n. 151 OIT establece que las Administraciones públicas deberán conceder a los representantes de las organizaciones reconocidas de empleados públicos facilidades apropiadas para que desempeñen rápida y eficazmente sus funciones durante sus horas de trabajo o fuera de ellas.

No son los afectados únicamente los créditos y permisos sindicales, rubricados en el art. 10 RDL 20/2012, sino todos los derechos sindicales, que, con independencia de su denominación, hayan sido objeto de negociación colectiva, excediendo de lo estrictamente reconocido en normas heterónomas con carácter de mínimo: tiempo retribuido . crédito horario y permisos-, dispensas totales de asistencia al trabajo, nombramiento de delegados sindicales y %demás derechos sindicales+. Como puede comprobarse, las restricciones mencionadas se proyectan de forma directa sobre la acción sindical en las Administraciones públicas, quedando concernidas las representaciones electivas y sindicales que actúan en el espacio público.

Los derechos en liza son, huelga decirlo, los de naturaleza sindical; no solo los expresamente listados en la norma de urgencia, sino cualquier otro que facilite la acción sindical . los demás %derechos sindicales+, afirma el art. 10 RDL 20/2012-. Además del derecho a disponer de un determinado número de horas retribuidas necesarias para ejercer y desarrollar adecuadamente las funciones sindicales¹⁰, la ampliación por acuerdo del número de delegados sindicales, así como cualquier otra mejora pactada colectivamente que facilite cualquier actividad orientada a una adecuada representación colectiva de los empleados públicos. Justifica el preámbulo del RDL 20/2012 la limitación que introduce a los derechos de naturaleza colectiva en la necesidad de favorecer %el incremento de los tiempos de trabajo destinados directamente al servicio público+. La vinculación que establece la norma heterónoma entre derechos sindicales y organización del tiempo de trabajo se salda, pues, con la intervención del Ejecutivo en un ámbito que no le es propio . el representativo-, priorizando lo organizativo sobre la acción sindical.

En territorio público, el RDL transforma las relaciones heteronomía/autonomía colectiva, tradicionalmente basadas en la suplementariedad, en criterios de exclusión que desplazan a una legislación estatal de mínimos, afectando a los contenidos de dos leyes ordinarias . ET y EBEP-, pero también a una ley orgánica . LOLS-. En efecto, el RDL 20/2012 . norma ordinaria- invade los espacios ocupados por la LOLS, al impedir, en los términos anteriormente señalados, que la negociación colectiva pueda ampliar el número de delegados sindicales, en contra de lo previsto en el art. 10 LOLS¹¹.

¹⁰STC 336/2005, de 20 de diciembre.

¹¹ Según dicta el art. 10 LOLS, bien por acuerdo, bien a través de la negociación colectiva, se podrá ampliar el número de delegados sindicales establecidos en la escala a que hace referencia este apartado, que atendiendo a la plantilla de la empresa o, en su caso, de los centros de trabajo corresponden a cada uno de estos.

No se niegan las facultades que tiene el legislador para mutar sus relaciones con la negociación colectiva, transformando lo suplementario, complementario y supletorio en normas de derecho necesario absoluto, siempre dentro de los límites constitucionales que marcan los arts. 28.1 y 37.1 CE. Tratándose, no obstante, de alteraciones que determinan una modificación parcial de lo regulado en una ley orgánica, es cuestionable que un RDL sea el instrumento pertinente a tal fin¹².

Lo que se plantea es, a la postre, la posible confrontación entre un RDL y una ley orgánica, siendo discutible que una norma de urgencia goce de capacidad para afectar a la LOLS. El TC ha mantenido, no obstante, cuando aborda una interpretación de los límites materiales del RDL, una posición que, considerada equilibrada, evita concepciones extremas. A juicio del Alto Tribunal, la cláusula restrictiva del art. 86.1 CE . no podrán afectar+ debe ser entendida de modo que no reduzca a la nada lo dispuesto en un RDL, que es un instrumento normativo previsto por la Constitución, del que es posible hacer uso para dar respuesta a las perspectivas cambiantes de la vida actual¹³. En virtud de este criterio . dirá el TC-, lo que se niega al RDL es la regulación del régimen general de los derechos, deberes y libertades del Título I CE+ o que contravenga el contenido o elementos esenciales de alguno de estos derechos¹⁴. El límite infranqueable del RDL es, pues, que no puede reglar ni alterar la regulación del régimen general de los derechos, deberes y libertades del Título I CE, ni tampoco ir en contra de su contenido esencial¹⁵.

Considerando que el derecho que tienen reconocidas determinadas secciones sindicales a estar representadas por delegados sindicales es de origen legal, cuya configuración y límites corresponde establecer, por tanto, al legislador o, en su caso, a la negociación colectiva, el art. 10 RDL 20/2012 no estaría afectando al contenido esencial de la libertad sindical, pero sí a su contenido adicional; en definitiva, al derecho fundamental de libertad sindical.

La AN ha entendido, no obstante, que el RDL 20/2012 no está regulando el régimen general de los derechos sindicales . cuestión que corresponde a la LOLS- sino que deja sin efecto las mejoras que sobre el mismo se hubieran pactado colectivamente y abre la puerta a su renegociación, en una suerte de cláusula *rebus sic stantibus* impuesta por el legislador, lo que no supone inconstitucionalidad alguna, puesto que en virtud del principio de jerarquía normativa es el convenio colectivo el que debe respetar y someterse no solo a la ley formal, sino, más genéricamente, a las normas de mayor rango jerárquico y no al contrario¹⁶. Siendo innegable que el art. 10.2 LOLS establece unas reglas mínimas, que absoluto otorga al acuerdo el carácter de fuente preferente+. Aceptando, incluso, los efectos dialécticos+, que la LOLS sí confiere a los acuerdos y convenios esa posición preeminente, tampoco sería posible entenderlo alterado por el art. 10 RDL 20/2012, puesto que este precepto ha anulado contenidos convencionales vigentes hasta el 1 de octubre de 2102, pero no ha suprimido el papel regulador de la negociación colectiva, cuyos instrumentos

¹²De modo que la norma deviene inconstitucional en la medida en que una ley ordinaria no puede alterar lo previsto en una ley orgánica, CRUZ VILLALÓN, J., «El descuelgue de convenios colectivos en el personal laboral al servicio de las Administraciones públicas», *TL* núm. 17, 2012, p. 50.

¹³ATC 07 de junio de 2011.

¹⁴SSTC 182/1997, 137/2003 y 189/2005.

¹⁵SAN, Sala Social, 16 de noviembre de 2012, rec. 302/2012.

¹⁶SAN, Sala Social, 16 de noviembre de 2012, rec. 302/2012. Cita las SSTC 201/1990, 177/1988, 171/1989, 92/1994 y 62/2011. ATC 34/2015.

siguen siendo fuente de los derechos concernidos en la medida en que vuelvan a incorporar regulación sobre los mismos¹⁷.

El art. 10 RDL 20/2012 prescribe que los pactos, acuerdos y convenios colectivos sobre tiempo retribuido para realizar funciones sindicales y de representación, nombramiento de delegados sindicales, dispensas de asistencia al trabajo y otros derechos sindicales pierden validez y dejan de producir efectos en lo que excedan de las previsiones establecidas en la normativa legal que cita el precepto. Los afectados son, a la postre, los pactos, acuerdos y convenios, a la sazón vigentes, que, habiendo utilizado las técnicas de complementariedad legalmente habilitadas, introdujeron mejoras orientadas a garantizar y facilitar la acción sindical¹⁸.

La técnica empleada por la norma de urgencia, y que con anterioridad ya había sido prevista por algunas leyes autonómicas¹⁹, ha sido reiteradamente admitida por la doctrina judicial, con base en el principio constitucional de jerarquía normativa y la prevalencia de la ley sobre cualquiera de las demás fuentes de la relación laboral o funcionarial²⁰.

3. LOS DERECHOS SINDICALES DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS; SU POSIBLE MODULACIÓN POR NORMAS CONVENCIONALES POSTERIORES AL RDL 20/2012

La supresión en territorio público, a golpe de RDL, de los derechos sindicales de origen convencional, lo será sin perjuicio de los acuerdos que se puedan establecer en el futuro, exclusivamente en las mesas generales de negociación . art. 34.1 EBEP-, a los efectos de poder ejercitar racionalmente las funciones de representación y negociación por parte de las representaciones sindicales, o de desarrollar adecuadamente el resto de los derechos sindicales.

La eliminación de los derechos convencionalmente reconocidos excediendo de la normativa estatal mínima se proyecta, desde el 1 de octubre de 2012 . fecha en que comienza a aplicarse el RDL 20/2012- sobre los acuerdos y convenios entonces vigentes

¹⁷SAN, Sala Social, 16 de noviembre de 2012, rec. 302/2012.

¹⁸Los derechos sindicales del personal laboral que presta servicios en el exterior al servicio de la Administración General del Estado y sus organismos autónomos, con objeto de atención en el art. 14 RDL 20/2012, que deja sin efectos los pactos, acuerdos o convenios que establezcan condiciones distintas a las reguladas en el precepto legal; en concreto, y en lo que se oponga al mismo, ñel Acuerdo de 3 de diciembre de 2007 de la mesa general de negociación de la Administración General del Estado sobre condiciones de trabajo para el personal laboral que presta servicios en el exterior al servicio de la Administración General del Estado y sus Organismos Autónomos y, en su integridad, el Acuerdo adoptado por dicha mesa el 9 de junio de 2011 sobre Procedimiento para la elección de órganos de representación del personal laboral de la Administración General del Estado en el exterior, así como cuantos procedimientos hubieran podido iniciarse o estuviesen en curso en ejecución del mismoö.

¹⁹Entre otras, L de Canarias 11/2010, de presupuestos para 2011.

²⁰STS, Sala 4, 26 de noviembre de 2012, rec. 274/2011, en referencia a la Ley autonómica 11/2010, de presupuestos para 2011, que establece que, a partir de su entrada en vigor, ñel régimen jurídico de los permisos retribuidos y uso de crédito horario para la realización de actividades sindicales y de representación del personal que presta servicios en los distintos sectores de la Administración autonómica, vendrá determinado por lo dispuesto en el EBEP, sin perjuicio de aquellos acuerdos que puedan alcanzarse en el marco de la negociación colectiva y la concertación socialö ódisposición adicional 20-. La disposición adicional 28 de esta ley suspende con carácter general, durante 2011, ñlos acuerdos y pactos sindicales firmados en el ámbito del personal funcionario, estatutario y laboral, al servicio del sector público de la comunidad autónoma de Canarias, en los términos necesarios para la correcta aplicacióñ de la ley.

que los contemplaban, con posibilidad, no obstante, de mejoras ~~en lo sucesivo~~, que habrán de ser necesariamente generales, racionales y adecuadas²¹.

De cara al futuro, los derechos sindicales que pueden ser ampliados afectan, según el precepto legal, al ~~régimen de asistencia al trabajo de los representantes sindicales~~, siempre que la mejora vaya presidida por criterios de racionalidad y adecuación, que se cifran en que tales representantes puedan desarrollar racionalmente el ejercicio de sus funciones representativas y de negociación, y de manera adecuada los demás derechos sindicales.

A esta gestión adecuada también hace referencia la disposición final octava *Derechos sindicales en el ámbito del sector público* RDL 20/2012, en las materias relacionadas con ~~la~~ creación, modificación o supresión de órganos de representación, secciones y delegados sindicales, especialmente en lo que afecta a los créditos horarios, cesiones de estos créditos y liberaciones que deriven de la aplicación de normas o pactos que afecten a la obligación o al régimen de asistencia al trabajo. Esta norma ha de ser leída e interpretada en coherencia con el art. 10.1.3 RDL 20/2012, debiendo imperar de forma necesaria la racionalización o adecuación; ~~la~~ contención y moderación, pues, en los acuerdos que eventualmente pudieran suscribirse sobre la materia. Racionalización . se afirma desde el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas²²- ~~de~~ los gastos de personal, como finalidad perseguida por un Real Decreto-ley dictado, precisamente, para garantizar la estabilidad presupuestaria, en un marco de contención del gasto derivado, también, de esta materia²³.

En esa referencia a la racionalidad y adecuación que exige el RDL, y que establece como condición *sine qua non* su ordenación en las mesas generales de negociación, hay implícito cierto reproche a la acción sindical tradicionalmente desarrollada en el seno de las Administraciones públicas y a lo pactado colectivamente para facilitar su ejercicio. La norma de urgencia parece considerar que las ventajas y derechos reconocidos hasta entonces a través de la negociación colectiva para su ejercicio no habían sido coherentes, razonables ni apropiados, limitándolos a los mínimos legales establecidos hasta su eventual tratamiento posterior en las mesas generales de negociación.

Una interpretación sistemática del art. 10 y la disposición final octava RDL 20/2012 permitiría concluir que aquellas entidades, órganos y organismos en los que no existan mesas generales de negociación, no podrán pactar la creación, modificación o alteración de órganos de representación, especialmente en lo que hace referencia al crédito horario. Esta es la opinión que mantiene la AN, que considera que la mención exclusiva a las mesas generales de negociación ~~no~~ es más que el fruto de la deficiente técnica del legislador, y en tal sentido, aunque resulta más que reprochable que un tema tan sensible como este, no reviste entidad suficiente como para excluir del ámbito de aplicación del art. 10 a las sociedades mercantiles públicas²⁴.

²¹La disposición final octava RDL 20/2012 establece, en este sentido, que las fundaciones, sociedades mercantiles y el resto de entidades que conforman el sector público deben gestionar adecuadamente las materias relacionadas con la representación sindical, especialmente con respecto a los créditos horarios.

²² Hoy Ministerio de Hacienda y Función Pública.

²³MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, *Criterios para la aplicación del Título I del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, en el ámbito de las comunidades autónomas y las entidades locales.*

²⁴SAN, Sala Social, de 16 de noviembre de 2012, rec. 302/2012.

Contrario a este criterio, el Ministerio de Hacienda y Función Pública sostiene que, a efectos de lo dispuesto en el art. 10 RDL 20/2012, por mesas generales de negociación debe entenderse, en el caso de las Administraciones públicas, solo aquellas a las que el EBEP se refiere²⁵. Adicionalmente, se contempla la obligación de que las entidades que conforman el sector público informen al Ministerio de Hacienda y Función Pública, u organismo autonómico competente, en relación con estas materias+. disposición final octava RDL 20/2012-. Este deber de información se suma al proceso de ratificación que el art. 38 EBEP exige como mecanismo para dar validez a los acuerdos que versen sobre materias competencia de los órganos de Gobierno de la Administraciones públicas²⁶.

Hacia el futuro cualquier mejora en las Administraciones públicas que facilite la acción sindical debe ser canalizada necesariamente a través de las mesas generales, cuya constitución, según dicta el art. 34 EBEPT, está prevista a los efectos de la negociación de los funcionarios públicos+. Existe, no obstante, como opción integradora, la posibilidad de recurrir a las mesas conjuntas de negociación, que también reciben la denominación de mesas generales de negociaciónq. art. 36.3 EBEP- y que permiten un tratamiento común de materias y condiciones de trabajo para la totalidad de los servidores públicos . funcionarios y contratados laborales-.

4. ALGUNAS EXPERIENCIAS: MESAS GENERALES DE NEGOCIACIÓN CONJUNTAS

Existen experiencias en esta dirección, con posiciones comunes para los empleados públicos, con independencia de la naturaleza laboral o funcionarial de su relación con la Administración. Puede mencionarse, como ejemplo de esta orientación, el Acuerdo de la mesa general de negociación de la Administración General del Estado, de 29 de octubre de 2012, sobre asignación de recursos y racionalización de las estructuras de negociación y participación, de aplicación a todos los empleados públicos²⁷, cuya vigencia, prevista inicialmente hasta el 31 de diciembre de 2015, fue objeto de prórroga hasta la entrada en vigor en 2017 de un nuevo Acuerdo, que modifica los recursos sindicales previstos en el anterior²⁸.

Pueden citarse también, el Acuerdo de la mesa general de negociación de las condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral de la Administración pública de la región de Murcia, sobre adecuación de derechos sindicales a lo dispuesto en

²⁵MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, *Criterios para la aplicación del Título I del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, en el ámbito de las comunidades autónomas y las entidades locales.*

²⁶Entre otros muchos, Acuerdo de 28 de septiembre de 2012, de la Conselleria de Hacienda y Administraciones Públicas de Valencia, por el que se ratifica el acuerdo de la mesa general de negociación I de personal funcionario, estatutario y laboral de la comunidad valenciana, sobre derechos sindicales, representación, negociación y acción sindical.

²⁷Resolución de 12 de noviembre de 2012 de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas (BOE nº 274, 14 de noviembre de 2012).

²⁸Véase la Resolución de 30 de junio de 2017, de la Secretaría de Estado de Función Pública, por la que se aprueba y publica el Acuerdo de las Mesas Generales de Negociación de la Administración General del Estado de 30 de mayo de 2017, por el que se modifica el Acuerdo de 29 de octubre de 2012, sobre asignación de recursos y racionalización de las estructuras de negociación y participación.

el RDL 20/2012²⁹; el Acuerdo de la mesa general de negociación I de personal funcionario, estatutario y laboral de la Comunidad valenciana, sobre derechos sindicales, representación, negociación y acción sindical³⁰, y; el Acuerdo de la Mesa General de Negociación de los Empleados Públicos de 25 de marzo de 2013, por el que se modifica el Pacto de Interlocución suscrito entre la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y las Organizaciones Sindicales para el periodo 2011-2015³¹.

Resulta, asimismo, de interés el Acuerdo sobre el crédito horario y otros derechos sindicales, aprobado el 31 de julio de 2013 en la mesa general de negociación de empleados públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias³², que en sesión de 24 de mayo de 2017, fue sometido a interpretación por la citada mesa general, formulando propuestas sobre transfuguismo y supuestos excepcionales de recuperación del crédito horario sindical distribuido a titulares con dispensa total por periodos no inferiores al año o sustitución de titulares por otro durante el periodo que resta de su dispensa anual total en caso de ausencia justificada.

Con carácter general, los primeros acuerdos alcanzados en las mesas generales de negociación fueron dictados con la finalidad de sustituir los acuerdos, pactos y convenios que quedaron invalidados por obra del art. 10 RDL 20/2012, manteniendo aquellos los derechos sindicales en los mínimos del ET, EBEP y LOLS. Estos acuerdos, por lo común, no suplementan las disposiciones legales, limitándose muchos de ellos a aplicar y concretar los mínimos legales.

Algunos acuerdos introducen el compromiso de los firmantes para la apertura en un plazo determinado - tres meses-, en el seno de la mesa general de negociación, de un nuevo proceso orientado a lograr un acuerdo en materia de modificación de la obligación o en el régimen de asistencia al trabajo de los representantes sindicales para que puedan desarrollar racionalmente el ejercicio de sus funciones de representación y negociación o lograr un adecuado desarrollo de los demás derechos sindicales. Declaran, asimismo, que la buena fe debe presidir el ejercicio de los derechos sindicales con la finalidad de asegurar la garantía y promoción de la actividad sindical de acuerdo con los principios constitucionales y la legislación vigente³³.

Otros mantienen los instrumentos y herramientas que, sin repercusiones económicas y sin suponer un incremento del gasto público, consideran, más han beneficiado los procesos de negociación colectiva y los derechos de los empleados públicos. Su finalidad es, por tanto,

²⁹Resolución de 22 de octubre de 2012, de la Secretaría General de la Consejería de Economía y Hacienda, por la que se dispone la publicación en el Boletín Oficial de la Región de Murcia del Acuerdo del Consejo de Gobierno de 11 de octubre de 2012, por el que se ratifica el Acuerdo de la Mesa General de Negociación sobre adecuación de derechos sindicales a lo dispuesto en el Real Decreto-Ley 20/2012, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y fomento de la competitividad (BORM nº 248, 25 de octubre de 2012).

³⁰Diari Oficial de la Comunitat Valenciana nº 6873, 1 de octubre de 2012. Según establece su disposición segunda, el Acuerdo será de aplicación a la representación unitaria y sindical del personal empleado público de los sectores de función pública, sanidad, docente no universitario y justicia que desarrollen su función representativa y de negociación por cuenta de las organizaciones sindicales firmantes del presente Acuerdo y de las que posteriormente se adhieran, que hayan obtenido representación en las últimas elecciones sindicales celebradas.

³¹Resolución de 10 de abril de 2013, de la Dirección General de Relaciones Laborales y Seguridad y Salud Laboral - Consejería de Empleo y Economía- (DO Castilla-La Mancha, nº 80, de 25 de abril de 2013).

³²Resolución de 26 de noviembre de 2013 (BO Canarias nº 229, 27 de noviembre de 2013).

³³Acuerdo de 28 de septiembre de 2012, de la Conselleria de Hacienda y Administraciones Públicas de Valencia, por el que se ratifica el Acuerdo de la mesa general de negociación I de personal funcionario, estatutario y laboral de la comunidad valenciana, sobre derechos sindicales, representación, negociación y acción sindical.

definir y perfilar determinados aspectos de la legislación estatal, sin incorporar mejoras que suplementen la ley. Las materias afectadas son el régimen de las licencias para el ejercicio de las funciones de representación, el ámbito de constitución de las secciones sindicales y la designación de delegados sindicales³⁴. Algunos acuerdos reconocen y determinan el número de horas adicionales a la bolsa de crédito horario que corresponde a cada representante que participa en la mesa general de negociación y en las mesas sectoriales, estableciendo su concreta distribución³⁵.

El Acuerdo de la Administración General del Estado, celebrado el 29 de octubre de 2012 en la mesa general de negociación de las Administraciones públicas, por el que se dota de recursos a las organizaciones representativas para que puedan desarrollar de manera racional sus funciones de representación y negociación dentro del marco de austeridad y racionalidad que debe presidir la actuación de la Administración en este campo³⁶, regulaba más detalladamente los derechos de los representantes que facilitan la acción sindical³⁷:

- Número de miembros que deben componer las mesas generales de negociación, mesas delegadas de la mesa general, comisión paritaria y subcomisiones delegadas dependientes de ella.
- Definición del centro de trabajo a efectos de lo establecido en el art. 10 LOLS, con una finalidad de racionalización y ordenación.
- Dotación a las organizaciones sindicales de recursos y tiempos necesarios para la negociación, representación y participación institucional, entre ellos, el establecimiento una bolsa de créditos horarios para los delegados de las secciones sindicales a los efectos del art. 10.3 LOLS, que deberá ser autorizada y gestionada por la Dirección General de la Función Pública.

Para su efectividad, el Acuerdo preveía la constitución de una comisión paritaria de seguimiento de las garantías establecidas, compuesta por dos miembros de cada una de las centrales sindicales presentes en las mesas generales de negociación de la Administración General del Estado, que lo hubieran suscrito, y por un número de representantes de la Administración igual al del total de las centrales sindicales, que se reunirá siempre que lo solicite la mayoría de alguna de las representaciones.

Es sabido que las comisiones paritarias no pueden, en el ejercicio de sus atribuciones, resolver contra las previsiones de un acuerdo o convenio colectivo, siendo nulos los acuerdos logrados en su seno que modifiquen lo pactado en la negociación colectiva. No

³⁴Acuerdo de la Mesa General de Negociación de 3 de octubre de 2012, de las condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral de la Administración pública de la Región de Murcia, sobre adecuación de derechos sindicales a lo dispuesto en el Real Decreto-Ley 20/2012, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y fomento de la competitividad.

³⁵Acuerdo sobre crédito horario y otros derechos sindicales, aprobado el 31 de julio de 2013, de la Mesa General de Negociación de Empleados Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias.

³⁶El Acuerdo es el resultado de un proceso de negociación con las distintas organizaciones sindicales que tienen representación suficiente en la Administración General del Estado: Federación de Servicios a la Ciudadanía de CCOO, Federación de Servicios Públicos de UGT, Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSI-F), Federación de Empleados Públicos de USO y confederación Intersindical Gallega (CIG), sin perjuicio de su firma o adhesión por parte de otras centrales sindicales.

³⁷Acuerdo de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado de 29 de octubre de 2012, sobre asignación de recursos y racionalización de las estructuras de negociación y participación.

forma parte del derecho a la negociación colectiva la participación en comisiones que tienen atribuidas funciones de interpretación, gestión y administración del acuerdo o convenio³⁸; estas comisiones, creadas al amparo de una norma convencional e integradas por representantes de las partes firmantes, no vulneran el derecho a la negociación colectiva, ni lesionan la libertad sindical de quienes no participaron en el proceso de negociación ni firmaron el acuerdo o convenio³⁹.

Las dificultades surgen a la hora de establecer la línea divisoria que permita diferenciar las comisiones negociadoras de las comisiones de aplicación o administración del acuerdo o convenio que las crea. Esta problemática fue planteada con ocasión del Acuerdo de la Administración General del Estado, de 29 de octubre de 2012, cuya comisión paritaria de seguimiento dictó, con fecha de 9 de abril de 2013, un acuerdo que la SAN de 8 de noviembre de 2013 estimó no constituye una injerencia en las facultades sindicales relativas a la organización y disfrute del crédito horario ni lesiona la libertad sindical de quienes no intervinieron en su consecución⁴⁰. Las razones que aporta la sentencia para declarar la validez del acuerdo son las siguientes:

1. El acuerdo se desenvuelve bajo el auspicio del Acuerdo de 20 de octubre, habiendo llevado a cabo la comisión de seguimiento adecuadamente su competencia, ya que el Acuerdo se adoptó partiendo de un inicial acuerdo negociado, desarrollándolo para proceder a su aplicación. Este desarrollo ha sido ratificado por las organizaciones sindicales y por la Administración el 30 de julio de 2013 con el sistema de mayorías que estaban previstas.
2. El acuerdo interpreta y desarrolla el crédito horario sindical, para obtener mayor eficacia y eficiencia, que es lo que exige el RDL 20/2012, y realizar las funciones de representación y negociación que son propias a las organizaciones sindicales, imperando los criterios de austeridad y racionalidad a que se refiere la norma de urgencia.
3. El acuerdo desarrolla los recursos sindicales en materia de créditos horario y su distribución, dispensas del trabajo, a efectos de que los representantes puedan ejercitar sus funciones de representación, negociación y adecuado desarrollo de los demás derechos sindicales. Estos recursos sindicales no han sido modificados o alterados por la comisión de seguimiento, sino que se han desarrollado para facilitar el uso de esas bolsas de créditos horarios.
4. El acuerdo ni altera, ni amplía, ni restringe los derechos y garantías de las organizaciones sindicales, las cuales pueden gestionar los créditos horarios a su antojo, teniendo tan solo que notificar la asignación de las horas, el origen y su cuantía. El acuerdo establece, además, que la asignación tiene una duración de 12

³⁸SSTS, Sala 4, 20 de mayo de 2010, rec. 9/2009 y de 9 de diciembre de 2010, rec. 242/2009.

³⁹SSTS, Sala 4, de 19 de enero de 2010, rec. 142/2008, y de 13 de abril de 2010, rec. 60/2009.

⁴⁰La representación procesal de la Federación de Servicios a la Ciudadanía de CCOO interpuso recurso contencioso-administrativo por los trámites del procedimiento especial de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona de los arts. 114 ss LJCA, solicitando que se declarase: 1. Lesión a la libertad sindical y a la negociación colectiva. 2. Nulidad del acuerdo de la comisión paritaria. 3. Cese inmediato del comportamiento antisindical. 4. Reposición de la situación al momento anterior a producirse el acuerdo. 5. Reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida una indemnización por daños morales.

meses prorrogables automáticamente, salvo que el sindicato cursara una indicación contraria.

5. El acuerdo no constituye una injerencia a las facultades sindicales, sino que desarrolla los beneficios con los que cuentan las organizaciones sindicales en relación con el crédito horario, de forma tal que los sindicatos saben a qué atenerse y pueden proceder a gestionarlos conforme a sus intereses.

Como ya se ha indicado, el Acuerdo de 29 de octubre de 2012 ha sido recientemente modificado por el Acuerdo de las Mesas Generales de Negociación de la Administración General del Estado de 30 de mayo de 2017, que amplía y suplementa en determinados tramos el número de delegados sindicales previstos en la escala del art. 10.2 LOLS, permitiendo que las organizaciones sindicales puedan designar un delegado sindical adicional en las secciones sindicales constituidas en determinados centros de trabajo. Asimismo, se determina la estructura de los ámbitos de negociación, participación y representación sindical, y los recursos y garantías de las organizaciones sindicales, asignando un número de dispensas de asistencia al trabajo y créditos horarios, para que sus representantes puedan ejercitar sus funciones de representación y negociación, teniendo en cuenta las mesas de negociación en las que se hallan presentes y la representatividad alcanzada por las distintas organizaciones sindicales.

Los acuerdos que se han alcanzado hasta la fecha en el seno de las mesas generales de negociación son integrales, aplicándose conjuntamente al personal funcionario, estatutario y laboral. Muchos de los recién negociados tras la entrada en vigor del RDL 20/2012 no introdujeron mejoras que suplementaran los mínimos legales; su cometido principal fue la concreción y definición de los espacios en los que se desarrolla la acción sindical, los procedimientos a seguir y los modos y tiempos de intervención colectiva, con especial atención a la distribución y disfrute de las licencias y crédito horario. Solo los acuerdos más recientes incorporan algunas facilidades adicionales, de escasa entidad, sin embargo.

Para su validez y eficacia, los acuerdos adoptados en las mesas generales de negociación sobre derechos sindicales en el ámbito público, han sido sometidos a un proceso de aprobación expresa y formal de los órganos de gobierno de las Administraciones públicas. El criterio seleccionado para dar cumplimiento a lo dispuesto en el RDL 20/2012 en materia sindical no ha sido, pues, la concertación de pactos de directa aplicación al personal del ámbito correspondiente, sino de instrumentos cuya ratificación es exigida por el art. 38.3 EBEP por versar sobre materias que son competencia de los órganos de gobierno de las Administraciones públicas. ¿Es, en verdad, la materia sindical competencia de tales órganos?

Con la entrada en vigor del RDL 20/2012, el ejercicio de los derechos sindicales en la Administración pública está sometido a control político y administrativo, no solo por el cauce previsto en el art. 10 RDL 20/2012, sino también a través de la constitución de registros de órganos de representación que prevé el art. 13 RDL 20/2012, cuya regulación niega protagonismo a las representaciones de base electiva y sindical.

El Ministerio de Hacienda y Función Pública y los órganos de gobierno de las Administraciones públicas han pasado a ser los controladores de la actividad representativa en el sector público. El registro de órganos de representación del personal al servicio de las Administraciones públicas, que crea el RDL 20/2012, es una muestra

evidente de ese control y de la invasión del ámbito representativo por la Administración y el poder político. En dicho registro quedan anotados el número e identidad de los componentes de los diferentes órganos representativos, los de base lectiva y sindical, así como las cesiones, liberaciones y dispensas sindicales⁴¹. Asimismo, se crea, en el Ministerio de Hacienda y Función Pública, un registro de órganos de representación del personal al servicio de la Administración General del Estado y de sus organismos, agencias, universidades y entidades dependientes, donde se inscribirá o anotará:

- La constitución, modificación y supresión de los órganos de representación del personal funcionario, estatutario o laboral, así como el número e identidad de sus miembros y variaciones.
- La creación, modificación o supresión de secciones sindicales, y el número e identidad de los delegados sindicales.
- Las cesiones de créditos horarios legal o convencionalmente establecidos que den lugar a la dispensa total o parcial de asistencia al trabajo, y liberaciones institucionales.

En la constitución y gestión del registro no participan los titulares de la actividad sindical, es decir, los representantes del personal. Son los órganos administrativos quienes deben comunicar al registro las resoluciones que adopten en este sentido, que, respetando en todo caso lo previsto en el ET, EBEP y LOLS, no surtirán efectos hasta la inscripción en el Registro, correspondiendo al Ministerio de Hacienda y Función Pública adoptar, en el ámbito de sus competencias, las órdenes, instrucciones o disposiciones que considere convenientes.

La regulación de los derechos sindicales a través de acuerdos suscritos en el seno de las mesas generales de negociación, ratificados por los órganos de gobierno de las Administraciones públicas, así como el control político y administrativo a través del registro previsto en el art. 13 RDL 20/2012, suscitan muchas dudas y obliga a establecer límites a la actuación de la Administración.

Es cierto que el ejercicio de la actividad sindical en el seno de la Administración pública está sometido a ciertas peculiaridades derivadas lógicamente de los principios de eficacia y jerarquía que debe presidir, por mandato constitucional, la acción de la función pública [o] y que no pueden ser objeto de subversión ni menoscabo⁴². Ahora bien, el derecho de los representantes a disponer de un determinado número de horas retribuidas para el ejercicio de las funciones sindicales, así como la acumulación de los créditos horarios y la posibilidad de dejar a algún representante relevado o exento de la prestación de trabajo, sin perjuicio de su remuneración, son derechos que enlazan con la dimensión colectiva de la libertad sindical y su vulneración puede manifestarse, ya se encuentren regulados legal o convencionalmente⁴³. La utilización del crédito horario constituye, en fin, una decisión

⁴¹ Serán objeto de inscripción o anotación en el registro al menos, los actos adoptados en su ámbito que afectan a la creación, modificación o supresión de órganos de representación del personal funcionario, estatutario o laboral, la creación, modificación o supresión de secciones sindicales, los miembros de dichos órganos y delegados sindicales. Asimismo, serán objeto de anotación los créditos horarios, sus cesiones y liberaciones sindicales que deriven de la aplicación de normas o pactos que afecten a la obligación o al régimen de asistencia al trabajo art. 13 RDL 20/2012-.

⁴² STC 143/1991.

⁴³ STC 336/2005.

interna del sindicato en aras de un eficaz desarrollo de su actividad sindical en la empresa o fuera de ella; de ahí que la privación de esta facultad pueda entrañar vulneración del derecho de libertad sindical, ya estar afectado el derecho de autoorganización sindical y el de actividad sindical⁴⁴.

⁴⁴STC 70/2000. STS, Sala 3, de 3 de enero de 2013, rec. 165/2011.

2^a

sessió

15/11/17

Incorporació de personal laboral en els supòsits d'internalització de serveis. Els projectes en curs: Llei pressupostària i Llei de contractes del sector públic.

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

Internalització de serveis i adaptació de les condicions de treball del personal subrogat en el sector públic.

Raquel Serrano Olivares, professora titular de Dret del Treball i de la Seguretat Social de la Universitat de Barcelona.

Els drets d'informació i consulta del personal en les transmissions induïdes per la recuperació de serveis i activitats contractades.

Margarita Tarabini-Castellani Aznar, professora titular de Dret del Treball i de la Seguretat Social de la Universitat de les Illes Balears.

Incorporación del personal laboral en los supuestos de internalización de servicios. Los proyectos en curso: Ley presupuestaria y Ley de contratos del sector público.

Federico A. Castillo Blanco.
Catedrático de Derecho Administrativo.
Universidad de Granada

PROBLEMÀTICA JURÍDICA GENERAL

- El problemàtic encaje del personal laboral en las normas de empleo público y de organización administrativa.
- Las soluciones contradictorias entre los principios institucionales del ordenamiento jurídico laboral y el ordenamiento jurídico administrativo.
- La ausencia de soluciones normativas a los problemas e incógnitas que se producen en las relaciones de empleo del personal laboral en las Administraciones públicas.

ANTECEDENTES: REESTRUCTURACIÓN SECTOR PÚBLICO

LPGE 2017 (DA 26^a)

Uno. Con efectos desde la entrada en vigor de esta Ley y vigencia indefinida, las Administraciones Públicas del artículo 2 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, no podrán considerar como empleados públicos de su artículo 8, ni podrán incorporar en dicha condición en una Administración Pública o en una entidad de derecho público:

a) A los trabajadores de los contratistas de concesiones de obras o de servicios públicos o de cualquier otro contrato adjudicado por las Administraciones Públicas previstas en el artículo 2.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, cuando los contratos se extingan por su cumplimiento, por resolución, incluido el rescate, o si se adopta el secuestro o intervención del servicio conforme a la legislación de contratos del sector público que resultase aplicable a los mismos.

b) Al personal laboral que preste servicios en sociedades mercantiles públicas, fundaciones del sector público, consorcios, en personas jurídicas societarias o fundacionales que vayan a integrarse en una Administración Pública.

Al personal referido en los apartados anteriores le serán de aplicación las previsiones sobre sucesión de empresas contenidas en la normativa laboral.

Dos. En aquellos supuestos en los que, excepcionalmente, en cumplimiento de una sentencia judicial, o previa tramitación de un procedimiento que garantice los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, el personal referido en el apartado 1.a) anterior sea incorporado a sociedades mercantiles públicas, las incorporaciones que se produzcan de acuerdo con lo previsto en este apartado, no se contabilizarán como personal de nuevo ingreso del cómputo de la tasa de reposición de efectivos.

Tres. Lo establecido en esta disposición adicional tiene carácter básico y se dicta al amparo de lo dispuesto en los artículos 149.1. 13.a y 18.a, así como del artículo 156.1 de la Constitución

LCSP 2017

Art. 130.3

En caso de que una Administración Pública decida prestar directamente un servicio que hasta la fecha venía siendo prestado por un operador económico, vendrá obligada a la subrogación del personal que lo prestaba si así lo establece una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general. .

Art. 294 c)

El rescate del servicio por la Administración para su gestión directa por razones de interés público. El rescate de la concesión requerirá además la acreditación de que dicha gestión directa es más eficaz y eficiente que la concesional.

Art. 308.2

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 de la entidad contratante. A tal fin, los empleados o responsables de la Administración deben abstenerse de realizar actos que impliquen el ejercicio de facultades que, como parte de la relación jurídico laboral, le corresponden a la empresa contratista.

PROBLEMÁTICA JURÍDICA CONCRETA

- ¿Resultan de aplicación las previsiones establecidas en el artículo 44 del ET a los supuestos de reinternalización de servicios públicos?.
- ¿En qué supuestos procede?: tipos de subrogación empresarial.
- ¿Resultan de aplicación a estos supuestos los instrumentos organizativos propios del empleo público: OEP, RPT, tasas de reposición de efectivos, masa salarial?
- En qué medida resultan de aplicación las previsiones establecidas en los artículos 85, 86 y DA 9ª LBRL
- ¿En qué situación jurídica quedan los trabajadores que provienen de la reinternalización de servicios públicos?

PROBLEMAS DERIVADOS DEL AMBITO SUBJETIVO ESTABLECIDO EN LA NORMATIVA LABORAL

El mecanismo regulado en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores es trasunto de la normativa europea que se plasma en la Directiva 2001/23/CE sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad (DOCE el día 22 de Marzo de 2001).

Regla general establecida: aplicación universal con independencia de la naturaleza pública o privada de cesionario y cedente y de la causa de la cesión.

Excepción: «reorganización administrativa de las autoridades públicas administrativas y el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas administrativas que no constituirán un traspaso a efectos de la presente Directiva» (art. 1.1.c)

PROBLEMAS DERIVADOS DEL AMBITO SUBJETIVO ESTABLECIDO EN LA NORMATIVA LABORAL

- Doctrinalmente: opiniones contradictorias sobre el alcance de la excepción ¿en que consiste una reorganización administrativa?.
- Jurisprudencialmente:
 - La sentencia del TJUE de 15 de octubre de 1996 (Asunto C- 298/1994, Henke) señaló que no opera la sucesión cuando se produce una reestructuración en las Administraciones públicas, traspasándose determinadas funciones a otro ente u organismo público
 - Los empleados públicos, protegidos como trabajadores en virtud del Derecho nacional y afectados por una transferencia a un nuevo empleador dentro de la Administración Pública, también se encuentran tutelados por la Directiva, pues si se acogiera la interpretación contraria, según recoge la STJUE 343/98, de 14 de septiembre de 2000, (asunto Collino), “importantes categorías de trabajadores **que ejercen actividades económicas** podrían quedar privados de la protección prevista por la norma comunitaria”. (SAN 24/01/2017 sobre la Radiotelevisión Valenciana lo excluye sino va acompañada de elementos significativos de elementos materiales)

PROBLEMAS DERIVADOS DEL AMBITO SUBJETIVO ESTABLECIDO EN LA NORMATIVA

Legislación presupuestaria y contractual 2017 ¿trasposición de la Directiva 2001/23/CE?

A los trabajadores de los contratistas de concesiones de obras o de servicios públicos o de cualquier otro contrato adjudicado por las **Administraciones Públicas** previstas en el **artículo 2.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público**, cuando los contratos se extingan por su cumplimiento, por resolución, incluido el rescate, o si se adopta el secuestro o intervención del servicio conforme a la legislación de contratos del sector público que resultase aplicable a los mismos (LPGE 2017).

En caso de que una **Administración Pública** decida prestar directamente un servicio que hasta la fecha venía siendo prestado por un operador económico, vendrá obligada a la subrogación del personal que lo prestaba si así lo establece una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general.
(LCSP).

Al personal laboral que preste servicios en **sociedades mercantiles públicas, fundaciones del sector público, consorcios, en personas jurídicas societarias o fundacionales** que vayan a integrarse en una Administración Pública (LPGE 2017).

SUPUESTOS EN LOS QUE PROCEDE LA SUBROGACIÓN EMPRESARIAL.

CUATRO SUPUESTOS TÍPICOS:

- ◆ Sucesión de empresas ex art. 44 ET.
- ◆ Sucesión de plantillas (exclusión Informe MHFP 24/07/2017).
- ◆ Convenio Colectivo.
- ◆ Pliegos contractuales (**exclusión** JCA STS de 16 de marzo de 2015 rec. 1009/2014; **inclusión** JS STS 14 de septiembre 2015, rec. 191/2015) .

- “...vendrá obligada a la subrogación del personal que lo prestaba si así lo establece una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general”. (LCSP)

NORMA LEGAL.

- ¿LEY ESPECIAL?
- ¿EELL?

CONVENIO COLECTIVO O ACUERDO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE EFICACIA GENERAL.

- NORMA COLECTIVA EFICAZ.

LIMITES DERIVADOS DE LA LEGISLACIÓN DE EMPLEO PÚBLICO Y LOCAL.

Disposición adicional novena (LBRL).
Redimensionamiento del sector público local.

1. Las Entidades Locales del artículo 3.1 de esta Ley y los organismos autónomos de ellas dependientes **no podrán adquirir, constituir o participar en la constitución, directa o indirectamente, de nuevos organismos, entidades, sociedades, consorcios, fundaciones, unidades y demás entes durante el tiempo de vigencia de su plan económico-financiero o de su plan de ajuste.**

3. Los organismos, entidades, sociedades, consorcios, fundaciones, unidades y demás entes que estén adscritos, vinculados o sean dependientes, a efectos del Sistema Europeo de Cuentas, a cualquiera de las Entidades Locales del artículo 3.1 de esta Ley o de sus organismos autónomos, no podrán constituir, participar en la constitución ni adquirir nuevos entes de cualquier tipología, independientemente de su clasificación sectorial en términos de contabilidad nacional...». (Informe MHFP 30/03/2017)

Disposición Adicional Vigésimo Sexta (LPGE 2017)

Dos. En aquellos supuestos en los que, excepcionalmente, en cumplimiento de **una sentencia judicial**, o previa tramitación de un procedimiento que garantice **los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad**, el personal referido en el apartado 1.a) anterior sea incorporado a sociedades mercantiles públicas, las incorporaciones que se produzcan de acuerdo con lo previsto en este apartado, **no se contabilizarán como personal de nuevo ingreso del cómputo de la tasa de reposición de efectivos.**

Art. 85 y 86 LRBRL (Nota Informativa SGCT 04/07/2017)

LIMITES DERIVADOS DE LA LEGISLACIÓN DE EMPLEO PÚBLICO.

- En opinión de la Administración General del Estado estas limitaciones al acceso al personal de nuevo ingreso tiene carácter de norma básica al amparo de los art. 149.1.13.a y 149.1.18.a, y afectan igualmente al personal interino y laboral temporal, son de aplicación a estos procesos de reinternalización de servicios públicos pues suponen también un modo indirecto de aumentar la plantilla de personal de la entidad y podría afectar igualmente a su masa salarial (Informe de 14 de octubre de 2016, en respuesta a una consulta del Ayuntamiento de Ciudad Real y Informe a Alcantarilla de 24 de julio de 2017).
- Sentencia de 21 de diciembre de 2016 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Oviedo (ROJ 1729/2016), estima que no puede procederse a la modificación de la plantilla incumpliendo los límites derivados de la tasa de reposición de efectivos.
- Nota Informativa SG Coordinación Territorial 4 de julio de 2017.
- Enmiendas a la LCSP por los grupos parlamentarios socialista (enmienda nº 799), ciudadanos (enmienda 422) y grupo mixto (PdCAT enmienda nº 964),

«Disposición adicional (nueva). Garantía de la calidad del empleo en los supuestos de internalización de servicios o actividades.

Las entidades que integran el sector público solo podrán acordar la gestión directa, con sus propios medios o a través de una entidad vinculada o dependiente de las mismas con personalidad jurídica propia, de servicios públicos que viniera gestionando con anterioridad un operador económico al amparo de un contrato de servicios, de concesión de obras o de concesión de servicios, en caso de que no existan limitaciones y restricciones de índole presupuestaria en materia de crecimiento del número de empleados públicos o de su masa salarial que imposibiliten la sucesión de empresa con arreglo a lo dispuesto en el artículo 44 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, o la subrogación de dichas entidades en los contratos de trabajo celebrados por el operador económico que pueda contemplar el convenio colectivo de aplicación.

A tal efecto y previamente a la adopción del correspondiente acuerdo deberá recabarse informe favorable de la Intervención General correspondiente acerca de la existencia de dichas limitaciones y restricciones y de sus consecuencias.

- STS 21 de mayo de 2014 (ROJ 3410/2014) que rechaza que las decisiones administrativas referidas a la ordenación del personal tengan prevalencia sobre la aplicabilidad de la subrogación en las relaciones laborales cuando se dan los supuestos establecidos para la misma-
- STS de 3 de febrero de 2015 (ROJ 979/2015) que realiza una interpretación restrictiva en la aplicación de las tasas de reposición de efectivos por excepcionar lo dispuesto en el artículo 70 TREBEP argumentando, además, que por esa razón, donde dice 'contratación', "nuevo ingreso", "incorporación", no podemos entender comprendidos un supuesto de cambio en la calificación jurídica de un contrato ya existente
- STSJ de Andalucía de 29 de octubre de 2015 (ROJ 11967/2015) que mantiene que ha de interpretarse restrictivamente esas limitaciones por ser normas que limitan el ejercicio de derechos laborales reconocidos en el ET y en las directivas comunitarias.
- Enmienda de adición (art. 293) presentada por Grupo Parlamentario Confederado de Unidos Podemos (enmienda nº 161):

«5. En el supuesto de que, previos los trámites legales correspondientes, se produzca el rescate de la concesión previsto en la letra c) del artículo 292, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 44 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores con independencia de las limitaciones que respecto de las plantillas de personal pueda establecer la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

Los trabajadores con contrato indefinido adquirirán la condición de indefinidos no fijos en las correspondientes plantillas de los entes del sector público, sin perjuicio de que en el plazo máximo de tres años se incluyan los puestos correspondientes en la Oferta de Empleo Público para su cobertura definitiva con arreglo a los principios de igualdad, mérito y capacidad de conformidad con lo dispuesto en la normativa reguladora de los empleados públicos.»

LIMITES DERIVADOS DE LA LEGISLACIÓN LOCAL.

Disposición adicional novena (LBRL).
Redimensionamiento del sector público local.

1. Las Entidades Locales del artículo 3.1 de esta Ley y los organismos autónomos de ellas dependientes **no podrán adquirir, constituir o participar en la constitución, directa o indirectamente, de nuevos organismos, entidades, sociedades, consorcios, fundaciones, unidades y demás entes durante el tiempo de vigencia de su plan económico-financiero o de su plan de ajuste.**

3. Los organismos, entidades, sociedades, consorcios, fundaciones, unidades y demás entes que estén adscritos, vinculados o sean dependientes, a efectos del Sistema Europeo de Cuentas, a cualquiera de las Entidades Locales del artículo 3.1 de esta Ley o de sus organismos autónomos, no podrán constituir, participar en la constitución ni adquirir nuevos entes de cualquier tipología, independientemente de su clasificación sectorial en términos de contabilidad nacional...».

(Informe MHFP 30/03/2017)

Procedimiento necesario

- Art. 85 y 86 LRBRL (**Nota Informativa SGCT 04/07/2017.**)
- .Art. 294 LCSP El rescate de la concesión requerirá además **la acreditación de que dicha gestión directa es más eficaz y eficiente que la concesional.**
- **¿Dos expedientes cumulativos?**
 - ◆ **Análisis de Mercado, relativo a la oferta y la demanda y a la rentabilidad**
 - ◆ **Posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial.**

SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS TRABAJADORES.

- **Alcance y extensión de la subrogación:**

- 1 Delimitado por aquellos empleados que, de forma exclusiva o muy preferencial, prestan sus servicios en el centro de trabajo cuya actividad es objeto de transmisión en el momento en que esta se efectúa.
- 2 Valoración de carácter cuantitativo y cualitativo, material y no meramente formal, de la actividad que los trabajadores desarrollan.

- **Excepciones:**

- 1 Que el servicio se vaya a prestar con los medios personales que cuenta la administración y no recurriendo a nuevas contrataciones de personal (STS de 17 de junio de 2002 (rec. 4405/00) y la STSJ Cataluña de 12 de abril de 2011, Social, rec. 7585).
- 2 En segundo lugar, que en caso de que fuese necesario nuevo personal, la administración procediera a su selección con anterioridad al rescate del servicio (STJUE de 20 de enero de 2011).
- 3 Personal Directivo.
- 4 Contratos de obra y servicio.

SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS TRABAJADORES.

▪ Estatuto Jurídico:

1. Personal Indefinido no fijo: STSJ de Castilla y León de Valladolid, Sala de lo Social, de 9 de noviembre de 2011 (rec.1693/2011) y SAN de 29 de octubre de 2013 (ROJ: 4545/2013) .

2. Personal subrogado o empleado privado de la Administración.

- La sucesión es subrogación subjetiva pero no novación objetiva (STS de 25 de septiembre de 2012, ROJ: 6655/2012);
- La figura del indefinido no fijo es una respuesta judicial a una gestión irregular en la contratación temporal mientras que la subrogación es simple cumplimiento de la ley laboral y de la Directiva
- Las entidades de derecho público no pueden contratar indefinido no fijas (STS de 22 de julio de 2013, STS 5057/2012);
- La figura del indefinido no fijo no es admitida cuando la recuperación del servicio se vaya a realizar en una sociedad mercantil de capital público (STS de 18 de septiembre de 2014, ROJ: 4285/2014).

3. Trabajador Público (Proposició de llei de modificació urgent del text refós de la llei municipal de Catalunya en matèria de protecció de les municipalitzacions Núm. expedient 202-00060/11, BOPC n° 406 (11.05.2017: adición de un artículo 307)

SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS TRABAJADORES.

▪ Régimen Jurídico:

La relación laboral de los trabajadores afectados continuará rigiéndose por el convenio colectivo que, en el momento de la transmisión, fuera de aplicación a la empresa, centro de trabajo o unidad productiva transferida (STSJ Castilla y León (Social) de 6 de febrero 2014 (ROJ:224/2014) y STS de 3 de febrero de 2016, ROJ 907/2016).

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

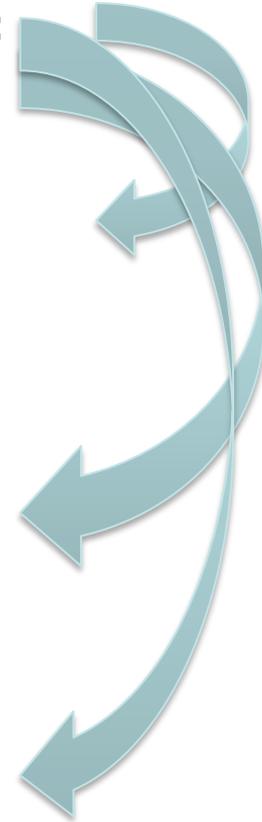
SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS TRABAJADORES.

- **Consecuencias de su integración en la Administración:**

Integración en el Ayuntamiento con la condición de “a extinguir”.

No integración en el empleo público: restricción de las expectativas y derechos inherentes a tal condición.

Movilidad reducida a la “unidad transmitida” y a la estructura de puestos de ésta



Internalización de servicios y adaptación de las condiciones de trabajo del personal subrogado¹

Raquel Serrano Olivares

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat de Barcelona*

1. Introducción. 2. Internalización del servicio y transmisión de empresa. 2.1. El supuesto de hecho de la transmisión de empresa. 2.1.1. El cambio de titularidad. 2.1.2. El objeto mínimo de la transmisión: el concepto de “entidad económica”. a) La “sucesión de plantilla” como entidad económica. b) Sucesión de plantilla, sucesión convencional y sucesión contractual. 2.2. Transmisión de empresa y sector público. 3. Los efectos jurídicos de la transmisión de empresa: problemática derivada del carácter público del ente que asume la internalización del servicio. 3.1. La continuidad de las relaciones laborales. 3.1.1. La integración del personal subrogado en la entidad pública que internaliza el servicio. 3.1.2. Alcance de la garantía de continuidad del empleo en los supuestos de trabajadores con contratos temporales para obra o servicio determinado. 3.2. El mantenimiento provisional de las condiciones de trabajo de origen. 3.2.1. El mantenimiento provisional del convenio colectivo de origen. a) Expiración del convenio de origen. b) Entrada en vigor de un convenio colectivo nuevo aplicable a la unidad transmitida. c) Pacto en contrario. c.1) Sujetos legitimados para negociar el pacto en contrario y momento temporal del pacto. c.2) ¿Cabe un pacto en contrario “in peius”? c.3) Virtualidad el pacto en contrario en los supuestos de personal subrogado del sector público. 3.2.2. El mantenimiento provisional de las condiciones de trabajo (condiciones más beneficiosas) derivadas de un acuerdo colectivo extraestatutario o de una decisión empresarial unilateral de efectos colectivos o individuales. 3.2.3. Especial mención al mantenimiento de los compromisos por pensiones. 4. Conclusiones.

1. Introducción

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 85.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, los servicios públicos de titularidad municipal pueden gestionarse de forma directa (mediante gestión por la propia entidad local, organismo autónomo local o sociedad mercantil cuyo capital pertenezca íntegramente a la entidad local), o bien de forma indirecta (mediante concesión, gestión interesada, concierto o sociedad mercantil o cooperativa cuyo capital social sólo pertenezca parcialmente a la entidad local)².

¹ Versión provisional de la ponencia pronunciada el 15 de noviembre de 2017 en el *Seminari sobre Relacions Col·lectives*, organizado en Barcelona por la Federació de Municipis de Catalunya (texto en proceso de revisión).

² En este sentido, J.M^a. GIMENO FELIU, “La remunicipalización de Servicios públicos locales: la necesaria depuración de conceptos y los condicionantes jurídicos desde la óptica del derecho europeo”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 43, 2017, ISSN: 1696-0955, pàg. 53.

En este contexto el concepto de “remunicipalización” puede resultar engañoso ya que asumir la gestión directa de un servicio previamente gestionado de forma indirecta, no supone remunicipalizar nada: no se recupera la titularidad de un servicio que antes se hubiera liberalizado, sino que simplemente se incide en la forma de gestión de un servicio que ya era público³.

Así pues, recuperar la gestión directa de un servicio municipal no comporta ampliar el ámbito de los servicios públicos – remunicipalizar – sino simplemente internalizar la forma de prestar un servicio que ya era de titularidad pública.

Aunque los conceptos de “internalización” y de “remunicipalización” de servicios públicos locales no son sinónimos y han de ser, por tanto, oportunamente diferenciados desde una perspectiva de Derecho Administrativo, lo cierto es que se trata de dos fenómenos que plantean una misma problemática desde la perspectiva del Derecho del trabajo: cómo afecta la recuperación de la gestión directa del servicio por parte de la entidad local al personal que venía prestando servicios para la empresa concesionaria en régimen estrictamente laboral.

Más allá de la cuestión relativa a la aplicación en tales casos de la figura laboral de la transmisión de empresa, pretendemos responder en particular a la cuestión de si el paso de un sistema privado a un sistema público de regulación permitiría la inaplicación de aquellas reglas privadas que se opongan radicalmente a la regulación pública y, en su caso, cuál sería el alcance de esta adaptación o inaplicación, tratando de conjugar aquí los diversos intereses en conflicto.

2. Internalización del servicio y transmisión de empresa

De conformidad con el artículo 1 c) de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, la norma comunitaria “será aplicable tanto a empresas públicas como privadas que ejerzan una actividad económica, con o sin ánimo de lucro. La reorganización administrativa de las autoridades públicas administrativas y el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas administrativas no constituirán un traspaso en el sentido de la presente Directiva”.

De lo expuesto se deriva que el término “empresas” está empleado en un sentido amplio que incluye a cualquier persona física o jurídica que desarrolle una actividad económica, esto es, que participe en la vida económica de un país, con independencia de que persiga o no la obtención de beneficios, de donde resulta que la reorganización administrativa de las autoridades públicas administrativas y el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas administrativas queda excluida del ámbito aplicativo de la Directiva, por cuanto que se trata de situaciones que no presentan una dimensión económica, en el sentido de que no son susceptibles de participación en la vida económica o sólo con

³ TORNOS MAS, J., “La llamada remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 43, 2017, ISSN: 1696-0955, pàg. 24.

carácter accesorio, ya que implican ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.

Ello significa, *contrario sensu*, que cualquier actividad desarrollada por las Administraciones Públicas que no entrañe ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos podrá quedar, en su caso, incluida en el ámbito aplicativo de la Directiva, por cuanto que, incluso cuando nos situamos ante la prestación de servicios públicos que pretenden la satisfacción de intereses generales, aquéllas presentan un contenido económico no accesorio que las hace susceptibles de ser explotadas por empresarios particulares.

Consiguientemente, la circunstancia de que el servicio transmitido haya sido concedido por un organismo de Derecho público o el cesionario de la actividad sea un organismo de Derecho público no puede excluir la aplicación de la Directiva cuando la actividad de referencia no es propia del ejercicio del poder público. En nuestro derecho interno, no se ha recogido expresamente la exclusión establecida en el artículo 1 c) de la Directiva, de suerte que podría suscitarse la duda de si en los casos de reorganización administrativa y de traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas resulta o no imperativa la aplicación del art.44 TRLET. Con todo, a falta de expresa transposición a nivel interno, lo lógico es considerar que el citado precepto legal resulta de aplicación a todo tipo de transmisiones, sin distinción, como, de hecho, ha venido entendiendo nuestra jurisprudencia.

La posible aplicación de la figura laboral de la transmisión de empresa a la plantilla afectada por un supuesto de recuperación de la gestión directa de un servicio por parte de un ente público local resulta una cuestión pacífica a nivel doctrinal y jurisprudencial, siendo muy numerosos los pronunciamientos judiciales tanto del orden social⁴ como contencioso-administrativo en los que se viene asumiendo tal punto de partida, sin duda por efecto de una consolidada jurisprudencia comunitaria que no ha excluido la aplicación de la Directiva 2001/23/CE a los supuestos de traspaso de una actividad económica de una persona jurídica de derecho privado a una persona jurídica de derecho público (internalización de servicios)⁵.

⁴ Por todas, STS de 19 de septiembre de 2017, RUD núm. 2612/2016 (asunto MINISTERIO DE DEFENSA).

⁵ La sentencia del TJUE de 20 de enero de 2011 (asunto CLECE C-463/09) ha venido a reiterar, en línea con una consolidada doctrina jurisprudencial, que no puede excluirse que la Directiva 2001/23 se aplique a un supuesto en que un ayuntamiento decide unilateralmente poner fin al contrato que lo vinculaba a una empresa privada y hacerse cargo directamente de las actividades de limpieza que había encargado a ésta.

En un caso de reversión a una empresa pública del servicio de manipulación de unidades de transporte intermodal, el TJUE vuelve a reiterar la aplicabilidad de la Directiva 2001/23 (STJUE de 26 de noviembre de 2015, asunto AIRA PASCUAL, C-509/14).

Más recientemente, en un supuesto de cambio de empresa concesionaria en la gestión de un servicio de titularidad pública, véase STJUE de 19 de octubre de 2017 (asunto SECURITAS C-200/16).

Mayor debate ha planteado la cuestión relativa a la determinación de los efectos jurídicos anudados a una transmisión de empresa en los supuestos que analizamos – subrogación empresarial y mantenimiento provisional de las condiciones de trabajo del personal subrogado -.

En todo caso, y antes de entrar a analizar el alcance práctico de la subrogación, interesa repasar – siquiera brevemente - los requisitos exigidos por el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores para que se produzca una transmisión de empresa.

2.1. El supuesto de hecho de la transmisión de empresa

Hay que empezar señalando que son dos los elementos que integran el supuesto de hecho de la transmisión de empresa, cuya concurrencia desencadena la aplicación de los efectos jurídico-laborales previstos en la Directiva 23/2001 y en el citado art.44 TRLET: a) el cambio de titularidad y b) la transmisión de una entidad económica, en cuanto objeto mínimo de la transmisión.

2.1.1. El cambio de titularidad

Por lo que se refiere al elemento del “cambio de titularidad”, hay que indicar que tanto la jurisprudencia comunitaria como la nacional han propiciado una interpretación muy amplia de lo que debe entenderse por cambio de titularidad, admitiendo cualquier acto o hecho, *inter vivos* o *mortis causa*, que, en la práctica, determine el traspaso de una entidad económica, resultando irrelevante a tales efectos que el cambio de titularidad de la entidad económica sea o no voluntario, sin que tampoco se exija la existencia de una relación de tracto directo entre empresario cedente y cesionario ni la transmisión de la propiedad, aplicándose el régimen jurídico de la transmisión a todos los supuestos de cambio de la persona física o jurídica responsable de la explotación de la empresa que, por cualquier título, contrae las obligaciones de empresario.

Interesa referirse en este punto a la sentencia del TJUE, de 26 de noviembre de 2016 (asunto AIRA PASCUAL), donde el Tribunal europeo viene a establecer que está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23/CE una situación en la que una empresa pública, titular de una actividad económica de manipulación de unidades de transporte intermodal, confía mediante un contrato de gestión de servicios públicos la explotación de esa actividad a otra empresa, poniendo a disposición de ésta las infraestructuras y el equipamiento necesarios de los que es propietaria, y posteriormente decide poner fin a dicho contrato sin hacerse cargo del personal de esta última empresa porque en lo sucesivo va a explotar esa actividad ella misma con su propio personal. En tal caso, la circunstancia de que los elementos materiales indispensables para el desarrollo de la actividad de que se trata hayan pertenecido siempre a la entidad contratante -

En la misma línea se sitúa la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en sentencia de 19 de septiembre de 2017, RUD núm. 2612/2016 (asunto MINISTERIO DE DEFENSA).

empresa pública – no resulta relevante, por cuanto que la cuestión de si se ha transmitido la propiedad de los elementos materiales carece de pertinencia a efectos de aplicar la Directiva 2001/23⁶.

2.1.2. El objeto mínimo de la transmisión: el concepto de “entidad económica”

Respecto al segundo elemento referenciado, contamos con una abundante y consolidada jurisprudencia comunitaria sobre el objeto mínimo de la transmisión, que ha sido necesariamente tomada en consideración por las jurisdicciones nacionales.

El TJUE ha construido una noción autónoma del objeto de la transmisión tendente a simplificar la tarea aplicativa/interpretativa de la norma comunitaria, dada la disparidad de posiciones doctrinales y jurisprudenciales acerca del concepto de “empresa” y de otros que aluden a realidades socio-económicas de nivel inferior (“unidad productiva autónoma”). De este modo, la “entidad económica” consiste en un conjunto organizado de elementos (materiales, inmateriales y personales) que presenta una mínima autonomía funcional o aptitud productiva, con independencia de que se trate de una actividad accesoria o principal de la empresa.

En cuanto al requisito de que la entidad económica “conservase su identidad”, cabe indicar que la identidad viene dada por el fin productivo o utilidad económica de la entidad de que se trata, de suerte que sólo la afectación de ese conjunto de elementos materiales, inmateriales y personales dotado de autonomía productiva a la prosecución de la misma actividad económica u otra análoga puede determinar la aplicación del mecanismo subrogatorio, en la medida en que se conservan las mismas o similares posibilidades de empleo para los trabajadores/as.

Interesa puntualizar, asimismo, que para que se cumpla el criterio de la transmisión de los principales elementos materiales de explotación no se requiere que la nueva adjudicataria utilice los elementos de explotación en el marco de una facultad de disposición propia y de acuerdo con cálculos de costes propios, a fin de obtener una ventaja económica adicional. Basta con que la nueva empresa adjudicataria utilice tales elementos, con independencia de que ésta lo haga en ejercicio de sus propias facultades de disposición o de acuerdo con las instrucciones del organismo adjudicador.

Con todo, habida cuenta de la proliferación de los fenómenos de contrata y subcontrata de obras y servicios, una de las cuestiones más problemáticas que se han planteado en la práctica es la relativa a si es posible la aplicación de la Directiva 2001/23/CE, así como del artículo 44 TRLET, a los supuestos de sucesión de contratistas o concesionarias en una misma contrata o concesión, incluidos los casos de reversión de la gestión de servicios públicos.

⁶ En el mismo sentido, véase la reciente STJUE de 19 de octubre de 2017 (asunto SECURITAS C-200/16).

Al respecto debe señalarse que, de conformidad con la jurisprudencia comunitaria y española, la “empresa” a efectos de la aplicación de tales normas, se define como el conjunto de elementos de variada condición y naturaleza que, debidamente organizados, posee como finalidad la explotación de una actividad económica (empresa-organización). Se excluye, así, de entrada, la noción de empresa como actividad del empresario, que puede ser objeto de transmisión (empresa-actividad). Es por ello que la sucesión de contratistas o de concesionarios en la mera actividad objeto de la contrata o concesión no integra sin más el supuesto de hecho de las normas citadas.

Sin embargo, la jurisprudencia comunitaria evolucionó tempranamente hacia una concepción flexible o funcional de empresa. En efecto, el TJUE, aun rechazando que la mera circunstancia de que se prosiga idéntica o similar actividad sea suficiente para la aplicación de la Directiva, acoge una noción funcional del objeto de la transmisión, cuya apreciación debe modularse en atención al tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate. Resulta así que la falta de transmisión de elementos del activo no excluye necesariamente y en todos los casos la aplicación de la Directiva, debiendo tenerse en cuenta el tipo de actividad ejercida, pues, desde el punto de vista de sus elementos organizativos claves, no es lo mismo una empresa industrial que una empresa de servicios.

De ello resulta que la importancia respectiva que debe atribuirse a los distintos criterios de la existencia de una transmisión varía necesariamente en función de la actividad ejercida, o incluso de los métodos de producción o de explotación utilizados en la empresa, en el centro de actividad o en la parte de centro de actividad de que se trate. Así, en la medida en que sea posible que una entidad económica funcione, en determinados sectores, sin elementos significativos del activo material o inmaterial, la existencia o inexistencia de transmisión no puede depender, por definición, de la cesión de tales elementos.

Por consiguiente, el objeto mínimo de la transmisión se define en la jurisprudencia comunitaria (STJCE de 20 de noviembre de 2003, C- 340/01, asunto ABLER) como la entidad económica que conserva su identidad, ofreciéndose una lista no exhaustiva de los elementos de apreciación de la concurrencia de tales requisitos, que pueden agruparse en cinco categorías: a) el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate; b) la transmisión de elementos corporales; c) la transmisión de elementos incorporeales; d) el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores; y d) la continuidad de la actividad.

a) La “sucesión de plantilla” como entidad económica

Por lo que se refiere en particular al elemento de la transferencia de personal o, en otros términos, al hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores/as de la empresa saliente, conviene señalar que dicho elemento aparece tempranamente citado como criterio a tomar en consideración a la hora de valorar la existencia de una entidad económica en el asunto *Spijkers*⁷. Sin embargo, es lo cierto que

⁷ STJCE de 18 de marzo de 1986 (asunto 24/85).

hasta el asunto Süzen⁸ tal elemento no se había llegado a aplicar a un supuesto de sucesión de contratistas en la misma actividad en cuanto elemento determinante para valorar la existencia de una transmisión. En el citado caso, el Tribunal europeo va a señalar que la Directiva no se aplica a una situación de sucesión de contratistas en el servicio de limpieza de unas instalaciones si la operación no va acompañada de una cesión de elementos significativos del activo material o inmaterial “ni el nuevo empresario se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, de los trabajadores que su antecesor destinaba al cumplimiento de su contrata”.

Con tal planteamiento, el TJUE limita el margen de apreciación de los jueces y tribunales nacionales a la hora de valorar la concurrencia de una transmisión de empresa en los supuestos de empresas de servicios al concebir el elemento del traspaso de plantilla como un elemento particularmente relevante en esa tarea de interpretación. Consiguientemente, en aquellos sectores en que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, entre otras circunstancias fácticas, deberá tomarse en consideración el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, ya que un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica.

b) Sucesión de plantilla, sucesión convencional y sucesión contractual

Con todo, inicialmente esa doctrina se construye sobre la base de supuestos de hecho en los que la asunción de personal por el nuevo contratista o empresario entrante se lleva a cabo de forma voluntaria (asunto Sánchez Hidalgo), o bien en los que el nuevo contratista no asume personal del anterior, sin estar obligado a ello por convenio o pacto colectivo alguno (asuntos Süzen o Hernández Vidal), de suerte que tal doctrina planteaba la duda de si también cabía otorgar relevancia al elemento del traspaso de personal en los supuestos en que la asunción de plantilla venía impuesta por el convenio colectivo aplicable al nuevo contratista o empresario entrante o, en su caso, por el pliego de condiciones administrativo. Dicho de otro modo, restaba por resolver si la sucesión de plantilla podía o no derivarse de una sucesión convencional o de una sucesión contractual – pliego administrativo -.

Las dudas suscitadas parecieron quedar resueltas con la STJCE de 24 de enero de 2002 (asunto Temco), en la medida en que el Tribunal de Justicia concluyó que resultaba aplicable la Directiva en el caso de una asunción de plantilla por el nuevo concesionario en virtud de un convenio colectivo de trabajo, siempre que el mantenimiento del personal viniera referido a una parte esencial, en términos de número y de competencia, del personal que el subcontratista destinaba a la ejecución del subcontrato. Esta doctrina conllevaba un efecto jurídico de enorme repercusión en nuestro derecho interno, por cuanto que suponía que no procedía distinguir ya entre subrogación legal y subrogación convencional, debiéndose aplicar en ambos casos la Directiva, y, por tanto, el régimen legal previsto en materia de transmisión de empresa. Sin embargo, como abordaremos a continuación, el Tribunal Supremo español hizo una recepción incompleta de la doctrina

⁸ STJCE de 11 de marzo de 1997 (asunto 13795).

jurisprudencial comunitaria, limitando la potencialidad de sus efectos en el Derecho interno español.

Ciertamente, habida cuenta de la evolución de la jurisprudencia comunitaria, el Tribunal Supremo español se vio en la necesidad de atender al elemento de la sucesión de plantillas, esto es, al hecho de si el nuevo concesionario se hace o no cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencia, de los trabajadores que su antecesor destinaba al cumplimiento de su contrata o concesión. Así lo hizo en su sentencia de 20 de octubre de 2004, tras numerosos pronunciamientos previos sobre el mismo supuesto de hecho en los que se había obviado el elemento de que se trata. No obstante, tras reconocer que la jurisprudencia del TJUE vincula a los órganos judiciales españoles, el Alto Tribunal va a poner de manifiesto abiertamente sus reservas sobre el criterio de la sucesión de plantillas en un supuesto de sucesión de contratistas en el que se impone la continuidad de las relaciones de trabajo a través del pliego administrativo de condiciones.

La principal preocupación del Tribunal Supremo era la de evitar que, en los casos de subrogación pactada convencionalmente o impuesta a través del pliego de condiciones administrativo, la imperativa asunción por el nuevo contratista de la plantilla del anterior se considerase como una transmisión ex art.44 TRLET, y, por tanto, que se excluyese la aplicación del régimen jurídico *ad hoc* previsto en el convenio o pliego de condiciones administrativo a favor del más riguroso régimen legal que *«no implica sólo el mantenimiento de los contratos, sino la conservación de su contenido contractual y, sobre todo, la aplicación de un régimen muy severo de responsabilidad solidaria en las obligaciones laborales y de Seguridad Social»*. Con ello el Alto Tribunal alertaba del muy probable efecto de *«desincentivación de estas contrataciones y del establecimiento convencional de estas garantías, que acabarán privando de las oportunidades de empleo a los trabajadores que supuestamente se quiere proteger»*.

La segunda dificultad de la doctrina de la sucesión de plantillas apuntada por el Tribunal Supremo se relacionaba con la cesión de los contratos y con las garantías de los trabajadores frente a descentralizaciones productivas estratégicas. Así, se indicaba que: *«la subrogación en los contratos está vinculada a la transmisión de la empresa, porque de esta forma se establece una garantía frente a la pérdida del empleo que se produciría si los contratos se mantuviesen con un empresario que ya no cuenta con un establecimiento productivo. Esta garantía se invierte cuando, sin que exista ese soporte objetivo de la transmisión del establecimiento empresarial o de los «intangibles» que hacen posible su actividad, se sostiene que basta un acuerdo entre empresarios, transfiriendo de uno a otro a los trabajadores, para que los contratos de trabajo suscritos con el primero se transmitan al segundo. De acuerdo con la teoría general de las obligaciones, este cambio no es posible sin el consentimiento del trabajador, pues en la relación laboral empresario y trabajador son a la vez deudor y acreedor de salario y de trabajo, y el cambio de empresario (deudor de salario) sólo puede realizarse con el consentimiento del trabajador (acreedor de salario y de las restantes prestaciones a cargo del empresario), como dice claramente el artículo 1205 del Código Civil»*.

El Tribunal Supremo va a conclure que, en el supòsit de que se tracta – subrogació imposada pel plec administratiu de condicions -, no és possible aplicar el criteri de la successió en la plantilla, ja que *«lo que ha habido es una decisió de la empresa demandada Iberia de transferir part de su plantilla a otra empresa, fundándose en el plec de condiciones de una concesión administrativa. Ahora bien, la decisió de una empresa de transferir su plantilla a otra no equivale a la asunción de plantilla que la doctrina comunitaria considera como un supuesto de transmisión de empresa, porque tal asunción tiene que ser pacífica, efectiva y real, y esto no sucede cuando se trata de una mera decisió unilateral de una parte, que, como es conocido, ha sido impugnada por un gran número de trabajadores y que ha dado lugar incluso a conflictos colectivos»*.

Tal conclusió elevó la “voluntarietat en la asunció de plantilla per part de la empresa entrant”, así com el “caràcter pacífic de la successió de plantilla per part de los treballadors afectats” a elements decisoris de la existència de una transmissió de empresa, reinterpretant, así, el criteri de la “successió de plantilla”. No obstant, esta línia interpretativa semblava tenir un difícil encaje en el marc de la jurisprudència comunitaria, posat que en el citat cas Temco, el TJCE ja havia admès – al menys implícitament - que la asunció de personal per el empresari entrant no fos voluntaria sino que pogués venir imposada per un conveni col·lectiu, sent entons obligatori per el nou empresari, sin perjudici de que los treballadors afectats poguessin negarse a la cessió de sus contractes de treball com las conseqüències previstes en la legislació nacional que resultara aplicable.

Com tot, la línia jurisprudencial iniciada en el any 2004 se ha vist consolidada en posteriors pronunciaments del Tribunal Supremo, donde se han venut a perfilar com més detall els contorns del criteri de la “successió de plantilla”⁹, exigint que la

⁹ Así sucede en el supuesto resuelto por la STS de 8 de julio de 2014, donde se estima la aplicación del artículo 44 ET a un supuesto de sucesión de plantilla donde la asunción de personal de la empresa saliente no se derivó de obligación convencional alguna sino de una decisión voluntaria de la nueva contratista quien, previa selección de los candidatos/as que más le convinieron, contrató con igual categoría profesional a la gran mayoría del personal que prestaba servicios a la anterior empresa (más del 70%), sin reconocerles antigüedad alguna y abonándoles un salario inferior al que cobraban, al ser inferiores las retribuciones que para la misma categoría profesional establecía el convenio colectivo de esta empresa.

El Tribunal Supremo argumenta que la nueva empleadora, aparte de algún trabajador propio, no aportó elementos materiales que fuesen necesarios para el desarrollo de la actividad, lo que evidencia que lo esencial para los “servicios auxiliares” que presta es la cualificación y experiencia profesional de los trabajadores que emplea y no la aportación de elementos materiales necesarios para la producción, máxime cuando tal aportación no consta.

Además, el Alto Tribunal añade otra precisión de indudable interés práctico como es el ámbito de cómputo del criterio de la asunción de la mayoría de la plantilla. En el supuesto analizado se trataba de una contrata de servicios auxiliares que afectaba a los 71 centros de trabajo de la empresa principal repartidos por todo el territorio nacional. El litigio se plantea por parte de un trabajador que prestaba servicios en uno de los centros de trabajo – Madrid – ante la negativa de la nueva contratista a continuar con sus servicios. El Tribunal concluye que en los supuestos de sucesión de plantillas las obligaciones que impone el artículo 44 ET operan

asunción de plantilla fuera voluntaria, pacífica y afectara a una parte esencial de la plantilla, en términos de número y competencias, descartando, por tanto, que puedan considerarse subsumibles en la figura de la sucesión de plantillas los supuestos de sucesión convencional y de sucesión contractual (pliego administrativo de condiciones).

Ciertamente, la doctrina jurisprudencial ha sido constante en señalar que, cuando no se dan los requisitos legalmente previstos, la subrogación puede producirse por mandato del convenio colectivo y para estos supuestos no se aplica el régimen previsto en la ley, sino el previsto en el convenio con sus requisitos y consecuencias; la subrogación sólo se producirá si se cumplen las exigencias previstas en el convenio y con los efectos que allí se dispongan. Y ello porque no estamos ante el supuesto regulado en el artículo 44 ET, pues ni se ha producido una transmisión de activos materiales ni tampoco una "sucesión de plantillas", por lo que la única vía por la que, en su caso, procedería imponer la subrogación a la empresa entrante, respecto a los trabajadores de la saliente, sería la establecida en el convenio colectivo aplicable y con los requisitos y límites que el mismo establece.

En esta línea se sitúa la reciente sentencia de 7 de abril de 2016 (asunto EULEN SEGURIDAD)¹⁰, dictada en un supuesto de sucesión convencional, donde el Tribunal Supremo sostiene ya de forma expresa que, para que exista una sucesión de plantilla, es preciso que la empresa entrante asuma *voluntariamente* – por su decisión o conveniencia - a una parte esencial de la plantilla de la anterior contratista o concesionaria, y que la actividad descansa esencialmente en el factor humano. Circunstancia que no se da cuando la asunción de plantilla viene impuesta por el convenio colectivo aplicable a las empresas entrante y saliente. En base a tal argumentación el Tribunal viene a descartar la aplicación al caso de la responsabilidad solidaria de las empresas entrante y saliente por deudas laborales y de seguridad social anteriores a la sucesión, en la medida en que, descartada la existencia de transmisión de empresa ex art. 44 ET y de sucesión de plantillas, tal efecto queda expresamente excluido por el convenio colectivo aplicable.

El interés de este pronunciamiento judicial radica fundamentalmente en el hecho de que el Alto Tribunal viene a sostener que no constituye óbice alguno para la expresada conclusión la doctrina del TJCE dictada en el caso Temco, apoyándose en el argumento de que la sentencia comunitaria se refiere a los efectos derivados directamente de la Directiva – continuidad de los contratos de trabajo - y no a los efectos singulares previstos en el artículo 44 ET – responsabilidad solidaria de las empresas entrante y saliente por deudas laborales y de seguridad social anteriores a la transmisión -.

Cierto es que el caso Temco aparece referido a un supuesto donde se plantea la continuidad de los contratos de trabajo en el marco de una asunción de plantilla impuesta

en el ámbito en que esta sucesión tenga lugar, esto es, a nivel de empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma.

¹⁰ Por todas, véase la STS de 7 de abril de 2016, RUD núm. 2269/2904, asunto EULEN SEGURIDAD, S.A.

por convenio colectivo, y no así la cuestión de la posible responsabilidad solidaria de las empresas entrante y saliente, sin embargo, no es menos cierto que en el considerando núm. 27 de la sentencia europea, el Tribunal establece que, si bien Temco – empresa entrante - sostuvo en la vista que un convenio colectivo sectorial le obligaba a hacerse cargo de una parte del personal de GMC – empresa saliente -, dicha circunstancia, en todo caso, *carece de incidencia sobre el hecho de que la transmisión se refiere a una entidad económica*. Dicho de otro modo, la sucesión de plantilla se dará cuando se produzca la transmisión de una entidad económica – parte esencial de la plantilla -, con independencia del origen voluntario o no de dicha transmisión o asunción de plantilla.

Con todo, lejos de considerarse zanjada, la cuestión relativa a si la sucesión de plantillas puede derivarse de una obligación de subrogación impuesta por un convenio colectivo y si la sucesión convencional puede o no regirse por sus propias reglas, ha sido sometida a la consideración del TJUE mediante la petición de decisión prejudicial presentada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, el 6 de febrero de 2017, en el asunto Ángel Somoza Hermo e Ilunión Seguridad S.A. / Esabe Vigilancia S.A. y Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) (Asunto C-60/17).

En concreto, la primera cuestión prejudicial plantea la aplicación de la Directiva 2001/23/CE en un supuesto en que una empresa cesa en la adjudicación de los servicios contratados de un cliente por rescisión del contrato de arrendamiento de servicios donde la actividad se funda predominantemente en la mano de obra (vigilancia de las instalaciones), y la nueva adjudicataria del servicio se hace cargo de una parte esencial de la plantilla destinada en la ejecución de tal servicio, cuando tal subrogación en los contratos laborales se hace por imperativo de lo pactado en el convenio colectivo de trabajo del sector de seguridad. La segunda cuestión, en caso de respuesta afirmativa a la primera, parte de considerar que la legislación española dictada para incorporar la Directiva ha dispuesto, en aplicación del artículo 3.1 de la misma, que después de la fecha del traspaso, el cedente y el cesionario son responsables solidariamente de las obligaciones, incluidas las retributivas, que tienen su origen, antes de la fecha del traspaso, en los contratos de trabajo existentes en la fecha del traspaso. Teniendo en cuenta lo anterior, se pregunta si es conforme con el citado artículo 3.1 de la Directiva una interpretación que sostenga que la solidaridad en las obligaciones anteriores no se aplica cuanto la asunción de mano de obra en términos esenciales por la nueva contratista le vino impuesta por las previsiones del convenio colectivo del sector y dicho convenio excluye en su texto esa solidaridad respecto de las obligaciones anteriores a la transmisión.

Mucho me temo que, con base en la doctrina vertida en el caso Temco, el TJUE volverá a concluir que, en las actividades basadas fundamentalmente en la mano de obra, la asunción de plantilla por imperativo de lo dispuesto en el convenio colectivo aplicable supone la transmisión de una entidad económica y entraña, por tanto, un supuesto de sucesión de plantilla. Más novedosa y trascendental resultará la respuesta a la segunda cuestión donde, por primera vez, el TJUE deberá pronunciarse sobre el régimen jurídico

aplicable a la sucesión convencional. En buena lógica, si el carácter obligatorio del convenio no obsta a la consideración de la subrogación convencional como un supuesto de sucesión de plantilla, procedería en tales casos la aplicación del entero régimen jurídico previsto para la transmisión de empresa ex artículo 44 ET, de modo que el convenio colectivo, en virtud del principio de jerarquía normativa, no podría excluir los efectos jurídicos allí previstos, y, significativamente, la responsabilidad solidaria de las empresas entrante y saliente. Conclusión que supondría enmendar la plana a nuestro Tribunal Supremo y acarrearía la ilegalidad – nulidad parcial - de buena parte de las cláusulas subrogatorias previstas en numerosos convenios colectivos de sectores de actividad basados fundamentalmente en la mano de obra.

Por lo pronto, y a la espera de que se resuelvan las cuestiones prejudiciales antes expuestas, el TJUE ya ha tenido ocasión de poner freno al ámbito de disposición del convenio colectivo en su reciente sentencia de 19 de octubre de 2017 (asunto SECURITAS) concluyendo que, si bien la simple pérdida de una contrata de servicios en beneficio de un competidor no revela, por sí sola, la existencia de una transmisión de empresa, sin embargo, un convenio colectivo que excluye con carácter general de ese concepto la pérdida de un cliente por parte de un operador debida a la adjudicación del servicio a otro operador no permite que se tomen en consideración todas las circunstancias de hecho que caracterizan la situación de que se trata y, por tanto, dicha norma nacional se opone a la Directiva 2001/23/CE.

2.2. Transmisión de empresa y sector público

De forma resumida, y a la luz de todo lo expuesto, cabría distinguir dos grandes supuestos de reversión o internalización de servicios públicos susceptibles de integrar un supuesto de transmisión de empresa:

- a) Internalización de un servicio público basado en una actividad que descansa fundamentalmente en la mano de obra cuando la entidad pública asuma una parte esencial de la plantilla de la empresa saliente, en términos de número y competencias (sucesión de plantilla); o bien,
- b) Internalización de un servicio público basado en una actividad que requiera para su desarrollo fundamentalmente activos materiales, inmateriales, incluyendo la clientela, cuando la reasunción de la actividad por parte de la Administración vaya acompañada de la transmisión de tales elementos, sin que resulte relevante a tales efectos que dicha infraestructura no perteneciera a la empresa antecesora, sino que simplemente hubiera sido puesta a disposición inicialmente por la propia entidad pública contratante.

Sin embargo, resta por determinar hasta qué punto la Administración pública que pasa a prestar de forma directa el servicio público vendría obligada a asumir a la plantilla de la empresa saliente en los supuestos de internalización de un servicio público basado en una

actividad que descansa fundamentalmente en la mano de obra. Dicho de otro modo: ¿puede resultar obligada una administración pública local por un convenio colectivo sectorial, que regula las relaciones entre las empresas de servicios y sus trabajadores, y que impone una cláusula de subrogación de personal en casos de cambio de concesionario?; ¿puede el órgano de contratación imponer mediante el pliego administrativo de condiciones la subrogación de personal en casos de cambio de concesionario, incluidos los supuestos de recuperación del servicio por parte de la administración pública local?.

Respecto a la primera cuestión, la jurisprudencia social más reciente excluye la posibilidad de aplicar a una entidad pública el convenio sectorial que venía regulando las relaciones entre la empresa saliente y sus trabajadores, por cuanto que el convenio colectivo no puede en su contenido normativo establecer condiciones de trabajo – subrogación de plantilla – que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación; ámbito en el que sólo pueden estar comprendidos quienes estuvieron representados por las partes intervinientes en la negociación del convenio, debiéndose destacar a este respecto que las Administraciones Públicas no pueden formar parte de una organización empresarial, de modo que parece lógico considerar que no resulta posible aplicarles un convenio sectorial que no han podido negociar y que no les representa. Además, en los supuestos de internalización de servicios públicos, cuando una entidad local asume directamente la ejecución del servicio público, no actúa como otro contratista del sector que obtenga una nueva adjudicación ni que suceda en la contrata a otro contratista anterior¹¹.

Por lo que se refiere a la segunda cuestión, es preciso referirse a la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), que deroga el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre. Aunque la nueva Ley entrará en vigor el 9 de marzo de 2018, entendemos que la cuestión relativa a la delimitación del ámbito de actuación del pliego de cláusulas administrativas en materia de subrogación de personal debe abordarse ya tomando como referencia el nuevo texto legal.

Así, pese a que el artículo 122.2 de la LCSP admite que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se puedan incluir como criterios de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución consideraciones laborales, lo que podría llevarnos a interpretar que, de entrada, cabría la imposición de obligaciones de subrogación de plantilla, es lo cierto que tal precepto legal debe coherenciarse con lo dispuesto en el artículo 130.1 del mismo cuerpo legal, donde claramente se establece que *“cuando una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones*

¹¹ SSTS de 21 de abril de 2015 (rec. núm. 91/2014) y de 26 de julio de 2012 (RUD núm. 3627/2011).

de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida”.

De lo expuesto se deriva sin dificultad que el órgano de contratación sólo puede imponer la subrogación de plantilla cuando una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales. En particular, abundando en esta interpretación, el artículo 130.3 de la LCSP expresamente indica que en caso de que una Administración Pública decida prestar directamente un servicio que hasta la fecha venía siendo prestado por un operador económico, vendrá obligada a la subrogación del personal que lo prestaba *si así lo establece una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general.*

En conclusión, el órgano de contratación no podrá imponer la subrogación de plantilla al margen de los supuestos de subrogación legal o convencional, excluyéndose asimismo la asunción voluntaria de plantilla por parte de la Administración pública.

A propósito de los supuestos de internalización de servicios públicos, añade el citado artículo 130.6 LCSP una nueva previsión que, en mi opinión, puede llegar a entrar en contradicción con la jurisprudencia comunitaria si se confirma, en una próxima sentencia del TJUE, que el convenio colectivo no es soberano para excluir los efectos jurídicos de la transmisión de empresa previstos en el artículo 44 TRLET cuando se trata de una asunción de plantilla impuesta por el propio convenio. Así, el citado precepto legal establece que *“sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de lo establecido en el artículo 44 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, el pliego de cláusulas administrativas particulares siempre contemplará la obligación del contratista de responder de los salarios impagados a los trabajadores afectados por subrogación, así como de las cotizaciones a la Seguridad social devengadas, aún en el supuesto de que se resuelva el contrato y aquellos sean subrogados por el nuevo contratista, sin que en ningún caso dicha obligación corresponda a este último”.*

La exclusión de la aplicación del régimen de responsabilidad solidaria de las empresas entrante y saliente previsto en el artículo 44 TRLET debe interpretarse a la luz de la lógica interpretativa imperante en materia de sucesión convencional en nuestra jurisprudencia: la sucesión convencional debe distinguirse de la sucesión legal, pudiendo aquélla reducir el alcance de las garantías previstas en el artículo 44 TRLET y, en particular, excluir la aplicación de la responsabilidad solidaria de que se trata. Consiguientemente, en línea con tal doctrina jurisprudencial, el artículo 130.6 LCSP excluye la responsabilidad solidaria de las empresas entrante y saliente por las deudas laborales y de seguridad social anteriores a la transmisión; exclusión que sólo aplica a los supuestos de sucesión convencional y, por ende, a los supuestos en que el pliego administrativo impone tal subrogación como consecuencia de obligaciones derivadas de convenio o acuerdo colectivo, quedando

incólumes los supuestos de transmisión legal donde sigue operando el entero régimen jurídico previsto en el artículo 44 ET, incluida la responsabilidad solidaria de las empresas entrante y saliente (*“sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de lo establecido en el artículo 44 del TRLET...”*).

Como se ha tratado de exponer en el anterior epígrafe, la arquitectura argumental sobre la que se asienta la distinción entre subrogación legal y subrogación convencional se basa en una consolidada jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, sin embargo, la nueva petición prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de la que se ha dado cuenta líneas atrás, de ser estimada positivamente por el TJUE, puede hacer colapsar esa doctrina jurisprudencial y, de paso, arrastrar consigo la nueva previsión del artículo 130.6 LCSP.

3. Los efectos jurídicos de la transmisión de empresa: problemática derivada del carácter público del ente que asume la internalización del servicio

De conformidad con la Directiva 2001/23/CE, los principales efectos jurídicos derivados de una transmisión de empresa son dos. Por un lado, la continuidad de las relaciones laborales de los trabajadores afectados por el cambio de titularidad y, de otro, el mantenimiento provisional de las condiciones de trabajo de que venían disfrutando aquéllos. Ambos efectos se inscriben en la propia idea de “subrogación” empresarial, que viene a constituir la principal consecuencia jurídica asociada a los cambios de titularidad de una entidad económica.

Junto a ello, la Directiva comunitaria prevé otro efecto jurídico adicional, que sólo aplicará en la medida en que así lo dispongan los legisladores nacionales en su normativa de transposición: la responsabilidad solidaria de las empresas entrante y saliente por las deudas laborales y de seguridad social anteriores a la transmisión¹². Previsión que ha sido

¹² La previsión legal del art. 44.3º ET va mucho más allá de limitar la responsabilidad solidaria de ambas empresas a las deudas con sus trabajadores que pudiese tener pendiente de pago la anterior empresa. La expresión que utiliza el legislador no se constriñe simplemente a las obligaciones pecuniarias que no hubieren sido satisfechas por la empresa cedente- deudas por salario o indemnizaciones-, sino que abarca todas *“las obligaciones laborales nacidas con anterioridad”*, entre las que sin duda se encuentran las que puedan derivarse de un despido disciplinario anterior.

Cuando la sentencia referencial razona que no puede *“ confundirse la obligación de asumir las deudas de la empresa saliente con la subrogación en las consecuencias del despido mismo, que no implica solo efectos económicos si se declara su improcedencia”*, está olvidando que el precepto impone dicha responsabilidad en todo tipo de obligaciones laborales y cualquiera que sea su naturaleza jurídica.

Y entre tales obligaciones laborales están incluidas todas las derivadas de la eventual declaración de improcedencia o nulidad de un despido anterior a la sucesión y que no hubieren sido satisfechas.

Bien es verdad, que al ser tan dilatado el periodo legal de tres años al que se extiende esa responsabilidad solidaria, tales obligaciones laborales dimanantes del despido van a quedar de ordinario circunscritas exclusivamente a las deudas por salario o indemnizaciones, cuando ya se hubieren agotado las posibilidades de

acogida en nuestro derecho interno, a través del artículo 44 TRLET, y cuya aplicabilidad al sector público ya ha sido objeto de comentario en el apartado anterior.

Interesa subrayar que la subrogación del nuevo empresario en todos los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior significa que se mantienen los derechos y obligaciones ya generados y que continúan las relaciones de trabajo existentes al tiempo de la transmisión, incluyéndose de forma expresa dentro del efecto subrogatorio los compromisos de pensiones y cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.

El artículo 44 TRLET opta por una alternativa notablemente más amplia que la propia normativa comunitaria, en tanto que no sólo se limita a otorgar continuidad respecto a lo que genéricamente denomina “compromisos por pensiones” cuyo epicentro viene dado, sin duda, por lo contemplado en la normativa sobre Planes y Fondos de Pensiones, sino que, además, teniendo en cuenta el sentido más limitado que esta expresión tiene respecto a la de “Seguridad Social” o “protección social complementaria” acoge a esta última en su sentido más amplio, al incluir todo tipo de “mejoras voluntarias”.

Dejando a un lado las mejoras voluntarias de la Seguridad Social más “coyunturales”, como puedan ser las relacionadas con la incapacidad temporal, lo cierto es que la subrogación en materia de prestaciones de más largo plazo, como puedan ser las pensiones, plantea un nivel de complejidad mucho más acentuado. En efecto, teniendo en cuenta que en el precepto no se distingue según la fuente origen de tales obligaciones en materia de protección social complementaria, el mantenimiento de los derechos relacionados con este ámbito de pensiones ha de armonizarse con dos datos: el que la fuente de regulación originaria es, en principio y por regla general, un instrumento tan susceptible de variación como es el convenio colectivo y el que, además, tales convenios colectivos cuentan con una vigencia limitada para los trabajadores afectados por la cesión.

En todo caso, si la protección social complementaria se ha articulado mediante un plan de pensiones, habrá que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 5.4 f) del Texto Refundido de la Ley de regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por cuanto que señala que, salvo acuerdo en

rehabilitar la relación laboral en un despido declarado improcedente o nulo, por haber precluido los plazos hábiles para instar u optar por una eventual readmisión que pudiese mantener en vigor el contrato de trabajo.

Pero no es esa la única situación que puede llegar a producirse, porque también es perfectamente posible, y así justamente ocurre en el caso de autos, que se dicte con posterioridad a la sucesión la sentencia de despido que condena solidariamente a las dos empresas y abre el plazo para optar por la readmisión, con lo que tal condena solidaria habilitaría a la cesionaria para activar esa facultad de readmitir al trabajador y dar cumplimiento de esta forma a las obligaciones laborales anteriores a la subrogación que no hubieren sido satisfechas, cuando

ya hemos dicho que no se discute en este caso que el demandante era uno de los trabajadores adscritos a la contrata. STS de 30 de noviembre de 2016, RUD núm. 825/2015, Cremonini Raíl Ibérica.

contrario, no será causa de terminación del plan de pensiones la cesión global del patrimonio, subrogándose la entidad resultante o cesionaria en la condición de promotor del plan de pensiones. Además, conviene precisar que, si a consecuencia de la transmisión de empresa, una misma entidad resulta promotora de varios planes de pensiones del sistema de empleo, será preciso integrar en un único plan de pensiones a todos los partícipes y sus derechos consolidados, y en su caso a los beneficiarios, en el plazo de doce meses desde la fecha de efecto de la transmisión.

3.1. La continuidad de las relaciones laborales

3.1.1. La integración del personal subrogado en la entidad pública que internaliza el servicio

Un primer obstáculo para hacer efectiva la continuidad de las relaciones laborales en el marco de procesos de internalización de servicios públicos donde se ha producido la transmisión de una entidad económica lo constituyen las leyes presupuestarias que vienen a limitar el incremento de efectivos en las plantillas públicas, habida cuenta que todo proceso de subrogación de personal resulta ser un proceso de incremento de efectivos.

Sin embargo, partiendo de la idea ampliamente defendida a nivel doctrinal y jurisprudencial de que en el sector público los procesos de subrogación no resultan equivalentes a los procesos de contratación de nuevo personal, sino que entrañan simplemente el cumplimiento de una obligación legal (MAURI MAJÓS¹³), cabe defender que no resultan de aplicación a estos supuestos las limitaciones de las leyes presupuestarias que condicionan la incorporación de personal de nuevo ingreso y, por tanto, el personal subrogado no computa a efectos de la aplicación de la tasa de reposición de efectivos.

Más compleja resulta la cuestión relativa al estatus profesional de la plantilla laboral afectada por la internalización del servicio y por la subrogación consiguiente, en la medida en que los principios de igualdad, mérito y capacidad exigibles en el acceso al empleo público, de conformidad con el artículo 55 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (en adelante TRLEBEP), parecen impedir que los trabajadores subrogados puedan acceder directamente a la condición de empleados públicos.

En esta línea se sitúa la Disposición Adicional Vigésimo Sexta de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017 (LGPE 2017), en la que expresamente se prevé que:

*“Uno. Con efectos desde la entrada en vigor de esta Ley y **vigencia indefinida**, las Administraciones Públicas del artículo 2 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, **no podrán***

¹³ MAURI MAJÓS, J., “Consecuencias de la remunicipalización en materia de personal”, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 43, febrero de 2017, Fundación Democracia y Gobierno Local, págs. 105-6.

considerar como empleados públicos de su artículo 8, ni podrán incorporar en dicha condición en una Administración Pública o en una entidad de derecho público:

a) A los trabajadores de los contratistas de concesiones de obras o de servicios públicos o de cualquier otro contrato adjudicado por las Administraciones Públicas previstas en el artículo 2.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, cuando los contratos se extingan por su cumplimiento, por resolución, incluido el rescate, o si se adopta el secuestro o intervención del servicio conforme a la legislación de contratos del sector público que resultase aplicable a los mismos.

b) Al personal laboral que preste servicios en sociedades mercantiles públicas, fundaciones del sector público, consorcios, en personas jurídicas societarias o fundacionales que vayan a integrarse en una Administración Pública.

Al personal referido en los apartados anteriores le serán de aplicación las previsiones sobre sucesión de empresas contenidas en la normativa laboral”.

De la regulación expuesta se deriva la clara voluntad legislativa de impedir que el personal objeto de transmisión, como consecuencia de un proceso de internalización de un servicio público, pueda ser directamente incorporado en una administración pública o entidad de derecho público como empleado público, sin perjuicio de la aplicación a dicho personal de las previsiones sobre sucesión de empresa previstas en la normativa laboral; precisión esta última (“normativa laboral”) que incluiría los supuestos de sucesión convencional, en la medida en que el convenio colectivo de eficacia general se erige en fuente del Derecho del Trabajo en el ordenamiento jurídico-laboral y en ese sentido es norma (contrato normativo).

En definitiva, el legislador trata de alcanzar un equilibrio entre los diversos intereses en juego: por un lado, la salvaguarda de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público y, por otro, la garantía de la estabilidad en el empleo de los trabajadores afectados por procesos de reversión de servicios públicos. Con todo, el legislador no ofrece una solución acabada que permita dar por zanjada la cuestión, habida cuenta que parece situar a la plantilla objeto de transmisión en un limbo jurídico, a medio camino entre la categoría de personal estrictamente laboral y la de empleado público, sin definir un régimen profesional preciso para dicho personal.

Esa indefinición de estatus profesional podría haberse resuelto reconduciendo a dicho personal a la categoría de creación jurisprudencial del “indefinido no fijo”; categoría que parece encontrar acomodo en el artículo 8.2 c) del TRLEBEP, y que, en todo caso, ha sido elevada a categoría legal por la Disposición Adicional decimoquinta del TRLET. Así, en los supuestos en que se superen los límites de duración del contrato por obra o servicio determinado o se cumplan los parámetros temporales relativos al encadenamiento de contratos en las Administraciones Públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes, los trabajadores afectados pasarán a adquirir la condición de indefinidos, sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, por lo que ello no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable. En cumplimiento de esta previ-

sión, los trabajadores continuarán desempeñando el puesto que venían ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos antes indicados, momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda a un empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo.

Téngase en cuenta, sin embargo, que la aplicación de la categoría de “indefinido no fijo” en los casos que acaban de exponerse parte de un supuesto en que el personal ya había sido contratado previamente por la Administración pública como personal temporal y, por tanto, ya formaba parte de su plantilla y había accedido a la condición de empleado público, aunque de carácter temporal. Elementos fácticos que alejan este supuesto del supuesto que es objeto de nuestro estudio: el traspaso de plantilla en el marco de la internalización de un servicio público, sin existencia de una previa relación contractual de la entidad local con los trabajadores subrogados.

Más próximos a los supuestos de que tratamos se sitúan los casos de cesión ilegal de trabajadores, en los que la empresa cesionaria es una Administración pública, y en los que tampoco se ha formalizado una relación contractual previa entre los trabajadores de la empresa cedente y la Administración pública cesionaria. El artículo 43 TRLET contempla como efectos jurídicos de la cesión ilegal, por un lado, la responsabilidad solidaria de las empresas cedente y cesionaria respecto de todas las deudas laborales y de seguridad social afectantes a los trabajadores objeto de cesión ilícita, y, por otro, el derecho de los trabajadores afectados a optar, a su elección, entre adquirir la condición de fijos en la empresa cedente o cesionaria. En tales casos, la jurisprudencia social también ha venido aplicando en la práctica la figura del indefinido no fijo cuando la empresa cesionaria es una entidad pública.

Aunque los supuestos de cesión ilegal de trabajadores tienen como telón de fondo una conducta ilícita de las empresas cedente y cesionaria, a diferencia de los casos de traspaso de plantilla en el marco de procesos de internalización de servicios públicos, es lo cierto que puede trazarse una notable analogía entre los mismos en relación con las condiciones de acceso a la condición de indefinidos en la Administración pública, por cuanto que dicho personal no fue contratado inicialmente por la Administración ni formaba por ello parte de su plantilla.

Con todo, conviene tener presente que en los supuestos de cesión ilegal de trabajadores sí ha existido en realidad una relación laboral *de facto* con la Administración pública, ejerciendo ésta de empresario real de los trabajadores objeto de cesión ilícita; situación que no se produce – ni poco ni mucho – en los supuestos de contrataciones o concesiones reales.

El supuesto que nos ocupa – internalización de servicios públicos - obedece, en verdad, a una lógica muy diferente: ni se trata de una situación patológica ni los trabajadores de la concesionaria saliente habían accedido, ni directa ni indirectamente, a la plantilla de la

entidad pública con anterioridad a la transmisión. Y lo que es más importante: la continuidad de las relaciones laborales y el mantenimiento de las condiciones de trabajo de origen constituyen garantías laborales de obligado cumplimiento en el marco de los fenómenos de transmisión de empresa, a tenor de lo dispuesto en la Directiva 2001/23/CE y en el artículo 44 TRLET, de tal manera que, de entrada, no parece jurídicamente defendible aplicar a los trabajadores subrogados una condición resolutoria en sus contratos de trabajo por el mero hecho de la sucesión, pasando de ser trabajadores fijos a trabajadores indefinidos no fijos.

Además, la aplicación a los casos de que tratamos de la figura del “indefinido no fijo” presenta el escollo de que requiere una resolución judicial previa de reconocimiento de la condición de “indefinido no fijo” o bien la existencia de una norma legal que ampare tal reconocimiento por parte de una decisión administrativa (así sucede en los casos que contempla la citada D.A. 15ª TRLET). Si atendemos a la LPGE 2017, es lo cierto que el legislador no ha acogido la solución de aplicar la figura del “indefinido no fijo”, de modo que la norma legal presupuestaria no puede servir de cobertura argumental para aplicar tal categorización al personal transferido en el marco de un proceso de internalización de servicios públicos.

De todo lo expuesto parece derivarse que el personal subrogado no puede ser reconducido a las ya existentes categorías de personal al servicio de las Administraciones Públicas, debiéndose considerar como una categoría de personal “ad hoc”.

En esta línea se sitúa buena parte de la doctrina científica y judicial, que han acuñado la categoría de “personal subrogado”, dando cuerpo a un *tertium genus* cuyo principal efecto práctico es la aparición de una segmentación específica de personal (MAURI MAJÓS¹⁴), con un estatuto de derechos diferenciado. Dicho de otro modo, el personal subrogado es considerado como personal laboral al servicio de la Administración Pública, con la particularidad de que no se rige por el Estatuto Básico del Empleado Público.

Con tal planteamiento se pretender garantizar la fijeza del personal subrogado, de un lado, y el respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad que deben presidir el acceso a la condición de empleado público, de otro.

Sin embargo, la “integración” del personal subrogado en el ámbito de la Administración pública se suele concebir como un punto de partida para la aplicación del ordenamiento administrativo, lo que significa que la Administración, en aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad que deben presidir el acceso al empleo público, tiene la obligación de incorporar las correspondientes plazas a las ofertas públicas pertinentes y celebrar las convocatorias selectivas (MAURI MAJÓS¹⁵), pudiendo el personal subrogado

¹⁴ Ob. cit., pág. 118.

¹⁵ Ob. cit., pág. 121.

acceder a la condició de empleado público fijo, o bien, en caso de no superar estos procesos selectivos, ver extinguida su relación laboral con derecho a la indemnización prevista para los despidos objetivos¹⁶.

La STSJ de Andalucía (Sala de lo contencioso-administrativo) de 29 de octubre de 2012 (rec. núm. 1315/2011), expresa muy bien el núcleo argumental de tal posicionamiento sosteniendo, en esencia, que una cosa es la subrogación empresarial de las normas laborales y otra bien distinta la integración automática y directa del personal subrogado en la Administración pública como personal laboral, por cuanto que lo que se considera improcedente es la integración de plano o en bloque de aquel personal laboral en el empleo público, es decir, en la condición de empleado laboral para la Administración, sin que resulte posible la creación de una categoría especial de empleados públicos ajena al Estatuto Básico del Empleado Público, que en su artículo 8 no contempla tal posibilidad.

De conformidad con tales postulados, la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede Granada) concluye que *“el acceso a la condición de empleado público sin superación de proceso selectivo alguno, directamente por razón de la subrogación pretendida no puede juzgarse conforme a derecho pues ello es una consecuencia que excede de tal subrogación prevista en el art 44 del Estatuto de los trabajadores. Tal solución desconoce absolutamente la existencia del derecho administrativo, su especialidad respecto del derecho privado, e implica la traslación sin más*

¹⁶ La sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 28 de marzo de 2017 (RUD núm. 1664/2015) viene a establecer que, pese a ser común este tipo de personal indefinido no fijo en el ámbito de las Administraciones Públicas, existe un vacío normativo respecto a su especial régimen jurídico, sin que resulte justificado equiparar la indemnización por finalización de contrato de este personal derivada de la cobertura de la plaza con la de los temporales. Se aumenta, así, la cuantía a 20 días por año de servicio, con el límite de 12 mensualidades, asemejándose al despido por causas objetivas. En concreto, se señala que *“la figura jurídica del contrato indefinido-no fijo es diferente del contratado temporal y del fijo, lo que plantea el problema de cuál debe ser la indemnización que le corresponda por la rescisión de su contrato por la cobertura reglamentaria de la plaza ocupada, por cuanto, al no tratarse de un contrato temporal, parece insuficiente la que hasta ahora le hemos venido reconociendo con base en el art. 49-1-c) del ET, pues, dadas las causas que han motivado la creación de esta institución, parece necesario reforzar la cuantía de la indemnización y reconocer una superior a la establecida para la terminación de los contratos temporales, pues el vacío normativo al respecto no justifica, sin más, la equiparación del trabajador indefinido-no fijo a temporal como hemos venido haciendo. (...) La ausencia de un régimen jurídico propio del contrato indefinido no fijo, que el EBEP se ha limitado a reconocer sin establecer la pertinente regulación de sus elementos esenciales -en este caso, el régimen extintivo- obliga a la Sala a resolver el debate planteado en torno a la indemnización derivada de la extinción de tal contrato, cuando la misma se produce por la cobertura reglamentaria de la plaza. En este sentido, acudiendo a supuestos comparables, es acogible la indemnización de veinte días por año de servicio, con límite de doce mensualidades, que establece el artículo 53.1-b) del ET en relación a los apartados c) y e) del artículo 52 del mismo texto legal para los supuestos de extinciones contractuales por causas objetivas. La equiparación no se hace porque la situación sea encajable exactamente en alguno de los supuestos de extinción contractual que el referido artículo 52 ET contempla, por cuanto que ese encaje sería complejo, sino porque en definitiva la extinción aquí contemplada podría ser asimilable a las que el legislador considera como circunstancias objetivas que permiten la extinción indemnizada del contrato”*.

de previsiones propias de la legislación laboral a la regulación del empleo público y, por tanto, al régimen de las Administraciones Públicas. Así resulta posible la conciliación de ambos principios, de un lado, el respeto a las relaciones laborales en que se subroga la Administración y el principio de mérito y capacidad en el acceso al empleo público, de otro, de tal manera que, partiendo de la subrogación, se impongan pruebas de aptitud a los trabajadores que vinculados con las entidades extinguidas, pretendan el acceso al empleo público, y acudiendo a las vías ofrecidas por la legislación laboral para la extinción en su caso de la relación laboral de aquellos empleados de tales entidades que no superen las pruebas de aptitud requeridas para el acceso al empleo público, pues extinguir sobrevenidamente por tales razones las relaciones laborales, no supone desconocimiento de la subrogación ya que la Administración desde luego no puede desentenderse sin más de tales trabajadores, pero ello tampoco puede suponer el mantenimiento de la relación laboral y su conversión en empleo público para aquellos que no superasen las pruebas de aptitud de que se trata”.

Más matizada resulta la posición doctrinal que defiende que el personal subrogado continuará prestando servicios para la Administración Pública hasta que finalice el contrato de trabajo por jubilación, dimisión, despido u otras causas de extinción, o bien hasta que la entidad pública convoque las plazas ocupadas por dicho personal, sin que pese propiamente sobre la Administración Pública la obligación de convocar las plazas ocupadas por el personal subrogado. En este sentido puede decirse que se trata de personal subrogado no a extinguir: sus contratos de trabajo no se ven sometidos a una condición resolutoria sobrevenida – la cobertura legal de la plaza – por el mero hecho de la internalización del servicio público, lo que no impide que la Administración Pública pueda amortizar las plazas – si tiene causa para ello (artículos 52 c) y 51 TRLET – o convocar los correspondientes procesos selectivos para la cobertura de dichas plazas y, en su caso, recurrir al despido por causas organizativas en caso de no superación del proceso selectivo en cuestión. COMPLETE

Las soluciones que se comentan tratan de evitar la aplicación de la figura del “indefinido no fijo” al personal subrogado a fin de dar cumplimiento a la garantía subrogatoria, que exige el mantenimiento del estatus profesional de origen – fijeza -, sin embargo, en la práctica, dicho mantenimiento es más formal que real, por cuanto que la Administración Pública podrá siempre cubrir las plazas ocupadas por el personal subrogado a través de los correspondientes procesos selectivos, de tal manera que, en última instancia, sigue recayendo sobre el personal subrogado la espada de Damocles de tal convocatoria.

En este sentido puede sostener que el personal subrogado padece una doble penalización: por un lado, sus contratos de trabajo se ven materialmente sometidos a una condición resolutoria sobrevenida – la cobertura legal de su plaza -, y, por otro lado, a diferencia del personal indefinido no fijo, no van a ser considerados como empleados públicos al no encontrar acomodo en las categorías de empleados públicos del artículo 8 TRLEBEP, lo que no solamente conlleva que no puedan ejercitar aquellos derechos ligados al mérito y a

la capacidad (por ejemplo, la movilidad funcional vertical) sino que, además, sus derechos laborales (por ejemplo, la movilidad voluntaria – concurso de traslados -) quedan estrictamente circunscritos a la unidad transmitida.

Más compleja resulta aún la cuestión de determinar cuál es la situación en que quedan tales trabajadores por lo que se refiere al ejercicio de sus derechos colectivos, y, en particular, a la participación a través de órganos de representación unitaria, aunque me atrevo a avanzar que no cabría articular unidades electorales diferenciadas con base en la mera existencia de personal subrogado, por cuanto que nuestro sistema laboral de órganos de representación unitaria toma como elemento organizativo básico el centro de trabajo o la empresa y no así las categorías de personal existentes.

En los supuestos de internalización de servicios públicos, es dudoso afirmar que la Administración tiene una obligación de “regularizar” al personal subrogado, ya que no estamos, en verdad, ante una situación irregular de partida, máxime si se tiene en cuenta que la transmisión de empresa conlleva, en línea de principio, el mantenimiento de las condiciones laborales de origen y, por consiguiente, no deja de resultar paradójico que pueda someterse a las relaciones laborales transmitidas a una condición resolutoria sobrevenida. Sin embargo, también es cierto que el personal subrogado ocupa de *facto* una “plaza” en la Administración Pública que debería acabar reflejándose en la relación de puestos de trabajo – o en su caso, amortizándose a través de los procedimientos previstos en los artículos 52 c) o 51 TRLET - y que, por tanto, debería cubrirse de manera regular, en aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, contemplados en el artículo 55 TRLEBEP.

Ahora bien, aun aceptando el respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, la Administración pública se encuentra sometida en su actuación como empleadora al principio de igualdad de trato, lo que exige que no se introduzcan diferencias en las condiciones de trabajo del personal a su servicio que no vengan estrictamente justificadas por causas objetivas, razonables y proporcionadas. Entiendo, al contrario, que la integración del personal laboral subrogado deriva del estricto cumplimiento de una Directiva comunitaria y, por lo tanto, no debería penalizar la situación del personal subrogado más allá de lo imprescindible – sujetar sus contrataciones a una condición resolutoria -. Es más, el respeto al principio de igualdad de trato entre trabajadores al servicio de una Administración pública exigiría extender la aplicación de la figura del indefinido no fijo a los trabajadores subrogados, posibilitando su consideración como empleados públicos del artículo 8 TRLEBEP, por cuanto que, a pesar de que dicho personal subrogado accedería a tal condición sin superar proceso selectivo alguno, es lo cierto que ello se produce también en los supuestos de cesión ilegal de trabajadores y, de todos modos, su acceso a un empleo público fijo quedaría condicionado a la superación de los correspondientes procesos selectivos públicos.

Parece dudoso, desde la perspectiva del principio de igualdad de trato, que trabajadores que prestan servicios iguales o similares para una misma Administración pública dispongan de estatutos jurídicos diferenciados por el mero hecho de que su integración se produzca como consecuencia de un previo proceso de transmisión de empresa o, por ejemplo, de la aplicación del límite de encadenamiento de contratos temporales sucesivos – que tampoco responde necesariamente a una conducta irregular de la Administración -, todo ello sin perjuicio de las diferencias de régimen jurídico que pudieran derivarse del mantenimiento provisional de las condiciones de trabajo de origen, que es una consecuencia jurídica legalmente impuesta a la empresa cesionaria en casos de transmisión de empresa.

La tendencia a nivel normativo y jurisprudencial es la de aproximación entre los diversos estatutos jurídicos del personal al servicio de las Administraciones Públicas. En particular, es preciso tener en cuenta a este respecto que la doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha venido aproximando el régimen jurídico del personal indefinido no fijo al del personal fijo, en especial a partir de la sentencia del Pleno de la Sala de 24 de junio de 2014 (RUD núm. 217/2013), al igual que lo ha hecho el legislador a través de la Disposición Adicional 16ª del TRLET, de forma que *"el alcance real de la distinción entre fijeza e indefinición temporal de la relación se refiere esencialmente a la extinción del vínculo porque, a diferencia de lo que sucede con los trabajadores fijos, los indefinidos pueden ser lícitamente cesados cuando la plaza que ocupan sea cubierta por el oportuno procedimiento reglado (...) La diferencia, pues, entre "indefinido no fijo" y "fijo" puede estar, en su caso, en la causa de extinción del vínculo contractual. Sin embargo, durante la vigencia del vínculo, el trabajador "indefinido no fijo" no puede ver mermado ningún derecho laboral o sindical por el mero hecho de ostentar dicha condición. A este respecto conviene recordar, que el artículo 15.6 TRLET establece que los trabajadores con contratos temporales y de duración determinada tendrán los mismos derechos que los trabajadores con contratos de duración indefinida. Esta protección resulta sin duda de aplicación -con mayor razón si cabe- a los denominados trabajadores "indefinidos no fijos".* Con tal argumentación de fondo, el Tribunal Supremo ha venido a reconocer en su sentencia de 21 de julio de 2016 (rec. núm. 134/2015), asunto ADIF, que los trabajadores indefinidos no fijos tienen derecho al traslado – movilidad voluntaria - en las mismas condiciones que los trabajadores fijos de una entidad pública, por cuanto que el trabajador indefinido no fijo trasladado sigue siendo indefinido no fijo y no se convierte en trabajador fijo.

Aplicando la tesis jurisprudencial expuesta al ámbito que nos ocupa, entiendo que la aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad a la integración del personal subrogado en la entidad pública cesionaria exigiría sujetar sus contratos de trabajo a una condición resolutoria – cobertura legal de la plaza -, si bien ello únicamente debería afectar a la causa de extinción del contrato laboral del personal subrogado y no así al resto de derechos laborales durante la vigencia del vínculo contractual del personal subrogado. Diferencia de trato injustificada que actualmente se produce al no reconocerles el estatus de empleados públicos. Es por ello que considero que la mejor solución hubiera sido que el

legislador hubiera extendido expresamente la figura del indefinido no fijo al personal subrogado, permitiendo – eso sí - su consideración como empleados públicos.

3.1.2. Alcance de la garantía de continuidad del empleo en los supuestos de trabajadores con contratos temporales para obra o servicio determinado

Llegados a este punto, cabe plantearse en qué situación quedarían los trabajadores de la empresa saliente con contratos temporales para obra y servicio determinado, cuya vigencia queda condicionada a la vigencia de la propia contrata o concesión. Dicho de otro modo: ¿alcanza la garantía subrogatoria a estos trabajadores o debe entenderse válidamente finalizado el contrato temporal con ocasión de la reversión del servicio a la Administración pública?

Existe una consolidada jurisprudencia que viene admitiendo desde hace años la celebración de contratos por obra o servicio determinado cuyo objeto sea la realización de actividad contratada con un tercero por tiempo determinado en el marco de procesos de descentralización productiva, extendiéndose su duración por el tiempo que abarca la contrata, *“sin que pueda argumentarse que la realización de este tipo de trabajos constituye la actividad normal de la empresa contratista o concesionaria porque esa normalidad no altera el carácter temporal de la necesidad de trabajo. Y tampoco es decisivo para la apreciación del carácter objetivo de la necesidad temporal de trabajo el que éste pueda responder también a una exigencia permanente de la empresa comitente, pues lo que interesa es la proyección temporal del servicio sobre el contrato de trabajo y para ello, salvo supuestos de contrata ilícita, lo decisivo es el carácter temporal de la actividad para quien asume la posición empresarial en ese contrato”*.

Ahora bien, tal doctrina jurisprudencial ha sido matizada en el sentido de considerar que no procederá la finalización del contrato por obra o servicio determinado cuando la contrata o concesión se prorrogue o se produzca una transmisión de empresa – legal, convencional o contractual – que suponga la continuidad del servicio objeto de la contrata. En este sentido, interesa referirse a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 9 de febrero de 2016 (RUD núm. 400/2014, asunto MONCOBRA-CLECE), en la que el Alto Tribunal, en un supuesto de internalización del servicio por parte de una Administración pública, viene a establecer que *“en la actividad de que tratamos no existe obligación de subrogarse en la contrata, ni por prescribirlo el convenio colectivo ni por imponerlo el pliego de condiciones, y en innegable aplicación de la doctrina jurisprudencial que considera que la finalización de la obra o servicio pactado son legítima causa de extinción del contrato de obra y servicio ex art. 49.1 c) ET, si puede entenderse realizada la obra o servicio objeto del contrato, estaremos ante la terminación natural del contrato temporal”*¹⁷.

¹⁷ Entre otras, STS de 15 de enero de 1997, RUD núm. 3827/95; STS de 4 de octubre de 1997, RUD núm. 1505/06; STS de 8 de noviembre de 2010, RUD núm. 4173/09; STS de 17 de septiembre de 2014, RUD núm. 2069/13; STS de 22 de diciembre de 2014, RUD núm. 1452/13; y STS de 9 de febrero de 2016, RUD núm. 400/14.

De lo expuesto se deriva que los contratos temporales por obra o servicio determinado celebrados por la empresa saliente no podrán darse por válidamente finalizados con ocasión de la subrogación sino al contrario, deberán continuar en tanto continúe el servicio que constituye el objeto del contrato temporal. Esa continuidad provocará, sin embargo, la superación de los límites de duración máxima del contrato por obra y servicio determinado previstos en el artículo 15.1 a) TRLET, desencadenando la conversión del contrato temporal en contrato indefinido.

3.2. El mantenimiento provisional de las condiciones de trabajo de origen

El artículo 44 del TRLET establece la siguiente regulación respecto al mantenimiento de las condiciones de trabajo de origen:

“1. El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.

(...)

4. Salvo pacto en contrario, establecido mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores una vez consumada la sucesión, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida.

Esta aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida”.

Interesa, por tanto, analizar el alcance de la garantía de mantenimiento de las condiciones de trabajo de origen partiendo de trazar una distinción de supuestos en función del tipo de fuente donde se crea y regula la condición de trabajo cuyo mantenimiento se pretende. Interesa, asimismo, considerar en estos distintos escenarios la posibilidad de llevar a cabo una modificación sustancial de condiciones de trabajo por parte de la Administración pública cesionaria, una vez producida la subrogación de plantilla.

3.2.1. Mantenimiento provisional del convenio colectivo de origen

De conformidad con lo dispuesto en el apartado 4º del artículo 44 TRLET, *“salvo pacto en contrario, establecido mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores una vez consumada la sucesión, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida. Esta aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida”*.

La previsión expuesta permite el mantenimiento del convenio colectivo de origen, siendo claro que dicho convenio es aquel que fuere de aplicación a los trabajadores en el momento de perfeccionarse el negocio sucesorio, fuere cual fuere el ámbito geográfico de aplicación del mismo. Además, la regla comentada se refiere únicamente a los “convenios colectivos”, empleando el legislador un término con un contenido muy preciso en el ámbito social y que aparece referido únicamente a los convenios colectivos estatutarios, es decir, negociados con arreglo a las reglas previstas en el Título III TRLET, dejando al margen de esta regla de sucesión impropia de convenios a los acuerdos colectivos alcanzados en el marco de decisiones empresariales adoptadas con arreglo al Título I TRLET y a los pactos extraestatutarios, de naturaleza contractual y eficacia personal limitada.

No tan sencillas son las reglas temporales que delimitan la transitoriedad del régimen de aplicación del convenio. Según el artículo 44.4 TRLET, salvo pacto en contrario, el mantenimiento de las condiciones contenidas en el convenio colectivo se extenderá bien “hasta la fecha de expiración” del convenio de origen, bien “hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo” que resulte aplicable a la empresa, centro o unidad transmitida.

a) Expiración del convenio de origen

Empezando por el primer supuesto descrito, la fecha de expiración del convenio de origen, es de interés subrayar que el artículo 86 TRLET contempla mecanismos jurídicos que permiten extender la vigencia del convenio más allá de la fecha inicialmente pactada: la prórroga y la ultraactividad.

En concreto, el artículo 86 TRLET dispone que:

“2. Salvo pacto en contrario, los convenios colectivos se prorrogarán de año en año si no mediara denuncia expresa de las partes.

3. La vigencia de un convenio colectivo, una vez denunciado y concluida la duración pactada, se producirá en los términos que se hubiesen establecido en el propio convenio.

Durante las negociaciones para la renovación de un convenio colectivo, en defecto de pacto, se mantendrá su vigencia (...) Transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquel perderá, salvo pacto en

contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación”.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta particular cuestión, considerando que el convenio colectivo de origen mantiene su vigencia tanto en las situaciones de prórroga automática, en las que no se ha producido la denuncia del convenio, como en las situaciones de ultraactividad, si bien, transcurrido un año desde la denuncia del convenio sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquél perderá vigencia, salvo pacto en contrario.

La figura de la prórroga automática del convenio podría situarnos en un escenario de dilatada duración del mismo, muy por encima de la vigencia inicialmente pactada, en tanto que, salvo pacto en contrario, los efectos de la ultraactividad o vigencia provisional del convenio únicamente se extienden hasta un año después de su denuncia.

Ante este escenario de extinción de la vigencia del convenio de origen, cabe plantearse qué convenio resultará de aplicación a los trabajadores de la unidad transmitida.

Para dar respuesta a la cuestión planteada es preciso partir de la idea de que, en los supuestos de internalización de servicios públicos, el personal subrogado no puede acceder a la condición de empleado público y debe mantener, por tanto, un estatuto profesional diferenciado, de modo que, como precisa MAURI MAJOS¹⁸, *“no se le pueden reconocer aquellos derechos y expectativas laborales que queden estrictamente vinculados a un inicial procedimiento de acceso en condiciones de igualdad y mérito al empleo público, lo que implica que su horizonte de carrera y movilidad ha de quedar circunscrito al ámbito estricto de la unidad transmitida y a la estructura de puestos de trabajo en la que venían desarrollándose sus funciones”*. En tales circunstancias, lo más apropiado sería que la entidad pública cesionaria negociara un convenio colectivo específico para el personal subrogado.

Sin embargo, como he expuesto líneas atrás, cabría plantearse la adecuación de tal solución – actualmente amparada en la Disposición Adicional Vigésimo Sexta de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017 - al principio de igualdad de trato entre trabajadores que prestan servicios similares para una misma entidad pública empleadora. Como ha precisado CRUZ VILLALÓN¹⁹, ha de tenerse bien presente la fuerte impronta derivada del principio de igualdad cuando el llamado a respetarlo es un poder público; principio que exige que la negociación colectiva no pueda convertirse en un instrumento de fijación diferenciada de condiciones de trabajo y de empleo respecto de empleados públicos que efectúan tareas similares prestando servicios para una misma Administración.

¹⁸ Ob. cit., pág. 119.

¹⁹ CRUZ VILLALÓN, J., “Personal laboral: la inaplicación o modificación de los pactos o acuerdos y convenios colectivos vigentes: alternativas y opciones”, *Seminari sobre Relacions Col·lectives*, Federació de Municipis de Catalunya, diciembre 2012, pág. 7.

Más dudas plantea la cuestión relativa a qué sujetos colectivos estarían legitimados para negociar dicho convenio colectivo específico: ¿podrían los órganos de representación del personal laboral del organismo público llegar a asumir la representación del personal subrogado?.

Entiendo que cuando la unidad transmitida mantenga su autonomía funcional y organizativa respecto del resto de unidades del ente público, dicha unidad debería considerarse como unidad electoral autónoma y dotarse de órganos de representación unitaria propios, manteniéndose, en su caso, el mandato representativo de los representantes unitarios objeto de cesión. Por el contrario, cuando la unidad transmitida no conserve su autonomía, integrándose en otras unidades electorales laborales del ente público, lo lógico sería considerar que el personal subrogado será representado por los órganos de representación unitaria ya existentes en la empresa cesionaria, sin perjuicio de convocar, en su caso, elecciones parciales (por incremento de plantilla). Esta última posibilidad parece que chocaría, sin embargo, con la falta de consideración del personal subrogado como empleados públicos, lo que plantea la duda de hasta qué punto el personal laboral de la entidad pública y el personal laboral subrogado pueden compartir los mismos órganos de representación unitaria del personal.

Otra opción sería la de aplicar, en su caso, el convenio colectivo del personal laboral vigente en la entidad pública o bien negociar un convenio colectivo conjunto para el personal laboral y el personal subrogado, aunque tal solución muy probablemente entraría en contradicción, como se ha expuesto, con la falta de consideración de los trabajadores transferidos como empleados públicos.

b) Entrada en vigor de un convenio colectivo nuevo aplicable a la unidad transmitida

El mantenimiento provisional del convenio de origen – sea más o menos dilatado en el tiempo – puede verse cortocircuitado por la entrada en vigor de *“otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la empresa, centro o unidad transmitida”*. El Tribunal Supremo ha venido a clarificar esta previsión estableciendo que no puede considerarse como “nuevo convenio colectivo” el que ya se viniera aplicando en la empresa cesionaria al tiempo de la transmisión sino, en todo caso, un nuevo convenio que se negocie *ex post*.

En efecto, en su sentencia de 12 de abril de 2011 (rec. núm. 132/2010), INDRA SISTEMAS, el Alto Tribunal ha precisado que *“el convenio en fase de ultraactividad sigue obligando a la cesionaria, hasta que, después de producida la subrogación, se alcance un pacto al respecto o entre en vigor otro convenio que sea aplicable a dicha empresa. Cuando la Directiva habla de “aplicación de otro convenio colectivo”, no se refiere al que ya estaba vigente “ex ante” la subrogación, sino al que pueda entrar en vigor o resulte aplicable con posterioridad a aquella y afecte a la nueva unidad productiva integrada por los trabajadores de la cedida y la cesionaria. Conclusión que se refuerza a la vista del*

contenido del número 4. del art. 44 TRLET, donde se alude expresamente al "nuevo" Convenio Colectivo que resulte aplicable tras la transmisión".

Como ya se ha avanzado en el apartado anterior, en los supuestos de internalización de servicios públicos, parece que la entidad pública cesionaria podría negociar un "nuevo" convenio colectivo específico para dicho personal tras la subrogación, sin esperar a la finalización de la vigencia del convenio de origen, evitando de este modo que dicho convenio mantenga sus efectos. Convenio que podría encontrar encaje jurídico en el artículo 87.1 TRLET, que permite los convenios dirigidos a un grupo de trabajadores con perfil profesional específico (los denominados convenios de franja).

No impediría – jurídicamente hablando – la negociación de un convenio colectivo específico para el personal subrogado la vigencia en la entidad local cesionaria al tiempo de la transmisión de uno o varios convenios colectivos laborales sectoriales, en la medida en que el convenio de empresa o ámbito inferior tiene preferencia aplicativa con respecto a determinadas materias, de conformidad con lo previsto en el artículo 84.2 TRLET.

En todo caso, como he defendido en el apartado anterior, entiendo que podría defenderse la negociación de un nuevo convenio colectivo aplicable a ambos colectivos de personal: personal laboral y personal subrogado.

c) Pacto en contrario

El artículo 3.3 de la Directiva 2001/23 limita el alcance temporal de la garantía del mantenimiento del convenio colectivo de origen hasta la fecha de "extinción o de expiración" de éste, o de la "entrada en vigor" o, alternativamente, de "aplicación" de otro convenio colectivo. Esta última posibilidad ha sido acogida por el legislador español y regulada en el apartado 4º del artículo 44 ET, posibilitándose, así, la inmediata sustitución del convenio colectivo de origen por el convenio vigente en la empresa cesionaria al tiempo de la transmisión mediante un acuerdo de empresa, entre el cesionario y los representantes de los trabajadores una vez consumada la sucesión, sin necesidad de esperar a la extinción o expiración del convenio de origen, ni a la entrada en vigor de un nuevo convenio colectivo aplicable a la empresa cesionaria.

Dicho precepto legal parece habilitar a la empresa cesionaria a alcanzar un acuerdo de empresa para sustituir con carácter inmediato respecto de los trabajadores transmitidos el convenio colectivo de origen y aplicarles el convenio colectivo vigente en la empresa cesionaria, a condición de que tal pacto se realice una vez sea efectiva la subrogación y se negocie con la representación del personal transferido.

c.1) Sujetos legitimados para negociar el pacto en contrario y momento temporal del pacto

En este sentido, interesa destacar que el Tribunal Supremo²⁰ ha tenido ocasión de valorar la validez de acuerdos modificatorios de condiciones de trabajo (jornada y salario) afectantes al personal transferido y negociados sobre la base de los artículos 41 y 44.4 TRLET, en una serie de asuntos relativos a la misma empresa, OMBUDS SEGURIDAD, S.A., y a la misma cuestión litigiosa en relación con unos trabajadores provenientes de otra entidad que pasaron a prestar servicios en aquélla.

En los asuntos analizados, los acuerdos se empezaron a negociar con antelación a la subrogación y se formalizaron y aplicaron inmediatamente después de la misma y sin dar ocasión a la participación del personal transferido.

En este escenario, el Tribunal Supremo declara la nulidad de las medidas modificatorias de condiciones de trabajo porque *“no sólo se trata de un acuerdo cerrado en un cortísimo lapso de tiempo inmediato posterior a la subrogación, sino que, además, incluye un efecto retroactivo que hace que, a la plantilla objeto de la subrogación, se le apliquen las nuevas condiciones desde el primer día de la prestación de servicios para la empresa entrante. Hemos de afirmar que de este modo se elude una de las garantías inherentes al mecanismo subrogatorio. De esta forma la sucesión empresarial se produce con alteración de las condiciones para los trabajadores, contraviniendo así las disposiciones convencionales y legales que consagran aquellas garantías. En segundo lugar, no consta que el acuerdo hubiera sido adoptado tras incluir la negociación con la representación de la plantilla subrogada; circunstancia, por otra parte, difícil, dada la premura en su adopción. Por último, en ningún momento en el acuerdo se hace alusión a la utilización de la vía del art. 41 ET ni se mencionan algunas de las causas legales, ni consta que se siguiera el periodo de consultas en los términos que dicha disposición impone. Por el contrario, las negociaciones tenían como objeto revisar pactos suscritos en 16 de diciembre de 2010, derogándolos. El periodo de consultas, debiera de haberse iniciado una vez integrada la plantilla subrogada y, por tanto, con la posibilidad de que dicha plantilla estuviera representada. Es cierto que cabe la posibilidad de que dicha integración de trabajadores acabara arrojando el mismo resultado de representatividad social, pero ello solo sería constatable una vez tal subrogación se hubiera hecho efectiva (...) En realidad lo que ha sucedido es que a los trabajadores provenientes de EULEN se les han aplicado desde el inicio de su integración a la plantilla de la empresa sucesora las condiciones pactadas en el seno de ésta, sin respetar las que traían de origen y sin haberse iniciado, una vez producida la subrogación, el trámite pertinente para que, en su caso, pudiera llevarse a cabo una modificación sustancial de condiciones de carácter colectivo”*.

El supuesto resuelto por la STS de 21 de diciembre de 2016 (rec. núm. 3245/2015), aunque trae causa igualmente de un proceso de homogeneización de condiciones de trabajo de personal transferido en la empresa OMBUDS, presenta elementos fácticos diferencia-

²⁰ SSTS de 9 de marzo de 2015 (rec. núm. 471/2014); de 11 de febrero de 2015 (rec. núm. 2613/2013); de 27 de enero de 2015 (rec. núm. 3235/2013); y de 14 de mayo de 2014 (recs. núms. 2232/2013 y 2143/2013).

dos en la medida en que la empresa pretende corregir las deficiencias achacadas por el propio Tribunal Supremo en anteriores pactos de igualación de condiciones de trabajo. En dicho asunto, el inicio del periodo de consultas para introducir la modificación del sistema de trabajo, jornada y retribución tuvo lugar un mes después de la subrogación empresarial, dándose por finalizado con acuerdo tal período dos semanas más tarde de su inicio. Sin embargo, aunque existía un trabajador representante unitario de los trabajadores en el colectivo afectado, la negociación de la modificación únicamente se llevó a cabo con el comité de empresa de la empresa cesionaria.

Como el propio Tribunal Supremo se encarga de subrayar, en este supuesto:

“existe una diferencia cronológica evidente, aunque de escasa entidad, que parece impide, en principio, aplicar directamente nuestro argumento doctrinal de que el pacto “es el fruto de un proceso negociador iniciado antes de que se produjera la subrogación de la demandada en la plantilla de la saliente”. Tampoco se produce en el presente caso el efecto de que, el acuerdo “ incluye un efecto retroactivo que hace que, a la plantilla objeto de la subrogación, se le apliquen las nuevas condiciones desde el primer día de la prestación de servicios para la empresa entrante” como figura en el texto de nuestras sentencias anteriores, por lo que - igualmente en principio- cabría sostener que nuestra doctrina no es aplicable, al haber corregido la empresa los incumplimientos o deficiencias que se le achacaban en ella.

Ahora bien, el proceder empresarial, aunque cronológicamente se adecuaba posteriormente a la sucesión, enmascara la misma situación que en los pactos anteriores. Aunque respeta ab initio la empresa el acceso de los trabajadores y la subrogación, inmediatamente provoca un cambio que vuelve a incidir en los mismos defectos que los anteriores pactos analizados ya por la Sala: se negocia con la finalidad de la homogeneidad de las condiciones de trabajo de todos los trabajadores, con independencia de su origen y subrogación; participa su única representación de los trabajadores en Ombuds; y, por último, provoca un cambio que redundará en una expansión de las condiciones del colectivo perteneciente a la empresa con anterioridad respecto a los demás que han accedido posteriormente, a los que se les equipara. Claramente se observa que esas nuevas condiciones que se establecen, con independencia de su incidencia concreta, intentan soslayar el mantenimiento no sólo de los pactos colectivos sino de las propias condiciones individuales de cada trabajador, igualando colectivos sin atender a los verdaderos mecanismos de producción o causalización del cambio (mecanismos ya citados del art. 44 en relación al 41 ET), y que en cualquier caso exigen esa participación de la representación de los trabajadores. Esta participación es la expresión de los derechos del colectivo afectado, pues poca incidencia pueden tener en los que ya pertenecían a la empresa las nuevas modificaciones, si lo que se hace es, precisamente, fijar el marco de obligaciones laborales para aquellos que acceden procedentes del fenómeno subrogatorio en igualdad con los que ya pertenecían a la empresa.

No ha existido, pues, más que una corrección en lo formal y no en lo sustancial, al no haber dado siquiera tiempo a los trabajadores transferidos a su afianzada incorporación a la nueva empresa con respeto inicial, igualmente efectivo, de sus condiciones en la anterior, sino que, observando un mínimo cronológico indispensable, se ha procedido del mismo modo ya censurado por esta Sala, de manera que sólo aparentemente -pero no realmente- puede

decirse que se cumple con la doctrina de la misma, por lo que se está en el caso de, siguiendo su filosofía”.

De lo expuesto se deriva que el Tribunal Supremo ha negado validez a acuerdos homogeneizadores de condiciones de trabajo afectantes al personal transferido, pretendidamente negociados sobre la base de los artículos 44.4 y 41 TRLET, en la medida en que tales acuerdos o bien se empezaron a negociar con antelación a la subrogación y se formalizaron y aplicaron inmediatamente después de la misma y sin dar ocasión a la participación del personal transferido, o bien fueron negociados tras la transmisión, pero en un plazo temporal muy próximo a la sucesión y sin participación del personal transferido, al negociarse con el comité de empresa ya existente en la empresa cesionaria.

En todos los asuntos resueltos por el Alto Tribunal se constata que el elemento central sobre el que pivota la validez de los acuerdos igualatorios/modificatorios de condiciones de trabajo afectantes al personal subrogado se sitúa en la posibilidad de garantizar la participación de tales trabajadores a través de sus representantes. Conclusión que se sitúa en la línea de la Directiva 2001/23/CE, cuyo artículo 6.1 dispone que *“los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que los trabajadores traspasados que estuvieran representados antes del traspaso se hallen debidamente representados, de conformidad con la legislación o prácticas nacionales vigentes, durante el período necesario para la constitución de una nueva formación o designación de la representación de los trabajadores”.*

Sin embargo, más allá de la previsión relativa al mantenimiento del mandato de los representantes legales de los trabajadores cuando la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma objeto de la transmisión conserve su autonomía, el artículo 44.5 TRLET no ofrece soluciones concretas para garantizar la participación del personal subrogado ni en los casos en que la entidad económica transferida no conserve su autonomía ni en los casos en que no existieran órganos de representación unitaria en la entidad cesionaria.

De este modo, como se avanzó, si entre el personal subrogado existiesen representantes de los trabajadores, éstos podrían seguir manteniendo su mandato representativo a condición de que la unidad económica transmitida preservara su autonomía y no quedara integrada y diluida en la empresa cesionaria por efecto de la transmisión; situación esta última que se produciría cuando la transmisión supusiera la integración de la unidad transmitida en una unidad electoral de la empresa cesionaria que ya cuenta con órganos de representación.

Así pues, si la unidad transmitida (empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma) subsiste bajo condiciones de autonomía, pervive la función representativa. Por el contrario, si la unidad transmitida tomada en consideración como unidad electoral

desaparece tras integración en una nueva organización empresarial, los mandatos representativos se extinguen.

En caso de que la unidad transmitida no conservase la autonomía de la que gozaba de origen o bien la transmisión afectase a la integridad de la unidad electoral de origen, fragmentándose ésta, debería considerarse extinguido el mandato representativo y los trabajadores provenientes de la empresa cedente pasarían a ser representados por los órganos de representación unitaria de la empresa cesionaria, sin perjuicio de que se procediera, en su caso, a la adecuación de los órganos de representación a través del proceso electoral (promoción de elecciones parciales por incremento de plantilla).

Sin embargo, tal solución no parece adecuarse a las prescripciones de la Directiva ni tampoco a la doctrina del Tribunal Supremo que vienen a exigir que se asegure la efectiva representación de los trabajadores de la empresa cedente durante el proceso sucesorio. Así pues, y sin perjuicio de que se pudiera desencadenar, en su caso, un nuevo proceso electoral para adecuar la representación de la nueva unidad resultante de la sucesión, lo más adecuado sería considerar que, transitoriamente, se mantiene el mandato representativo de los representantes de la empresa cedente. Y, por consiguiente, la negociación respecto de la homogeneización de condiciones de trabajo debería llevarse a cabo con participación efectiva de tal representación.

Igual solución debería darse en los supuestos en que la unidad transmitida constituyera una unidad electoral con órganos de representación propios y ésta no conservara su autonomía tras la transmisión, careciendo la unidad cesionaria de órganos de representación.

En los casos en los que en la unidad transmitida no existieran representantes de los trabajadores, asumirían la representación de los trabajadores subrogados los órganos de representación unitaria de la entidad donde aquélla se integrase, sin perjuicio de ajustar, en su caso, por incremento de plantilla el número de representantes unitarios a través de la convocatoria de elecciones parciales.

En cambio, si tampoco existiera representación legal en la unidad de destino, el pacto de homogeneización de condiciones de trabajo no sería posible al no preverse expresamente la posibilidad de alcanzar tal acuerdo de empresa a través de la designación de una comisión de trabajadores “ad hoc” (el artículo 44.4 TRLET se refiere expresamente al “*acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores*”).

Con todo, la homogeneización/modificación de condiciones de trabajo sería igualmente posible, si bien debería llevarse a cabo a través del procedimiento de descuelgue del artículo 82.3 TRLET o bien, si la modificación afecta a condiciones de trabajo no reguladas en convenio colectivo estatutario, a través del procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo del artículo 41 TRLET; ambos procedimientos, que exigen la

acreditación de causas empresariales específicas, permiten sustanciar el período de consultas mediante una representación “ad hoc” de trabajadores, precisamente cuando no existan órganos de representación unitaria y sindical.

En definitiva, el pacto homogeneizador de condiciones de trabajo del artículo 44.4 TRLET no es un pacto sujeto a causalización alguna, a diferencia de los supuestos de descuelgue o modificación sustancial de condiciones de trabajo, sin embargo, exige la participación del personal afectado por la transmisión; participación que no puede articularse a través de una representación “ad hoc” de trabajadores como la prevista en los artículos 41.4 y 82.3 TRLET, sino a través de órganos de representación institucionalizados que permitan la participación real de la nueva plantilla subrogada.

c.2) ¿Cabe un pacto en contrario “in peius”?

Para la validez del pacto en contrario de que tratamos, considero que debe cumplirse un requisito adicional, que no se recoge expresamente en el artículo 44.4 ET, como es que la inmediata sustitución del convenio colectivo de la empresa de procedencia no suponga la aplicación de condiciones de trabajo globalmente menos favorables para los trabajadores transferidos. Efectivamente, esta interpretación es la única que se acomoda a la jurisprudencia comunitaria, exponente máximo de la cual es la sentencia del Tribunal de Justicia, de 6 de septiembre de 2011, dictada en el asunto Scattolon.

En tal sentencia, el Tribunal de Justicia parte de considerar que *“la regla prevista en el artículo 3 de la Directiva sobre transmisión de empresa, según la cual el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en la misma medida en que éste las previó para el cedente, hasta la fecha (...) de aplicación de otro convenio colectivo, debe entenderse en el sentido de que el cesionario está facultado para aplicar desde la fecha de la transmisión las condiciones de trabajo previstas por el convenio colectivo vigente en su empresa, incluidas las referidas a retribución”*.

Ahora bien, el Tribunal de Justicia de la UE limita tal posibilidad argumentando que *“el ejercicio de la facultad de sustituir con efecto inmediato las condiciones de las que disfrutaban los trabajadores transferidos en virtud del convenio colectivo vigente en la empresa del cedente por las previstas en el convenio colectivo vigente en la del cesionario no puede tener por objeto ni por efecto imponer a esos trabajadores condiciones globalmente menos favorables que las aplicables antes de la transmisión. En caso contrario, la realización del objetivo pretendido por la Directiva podría ser fácilmente frustrada en cualquier sector regido por convenios colectivos, lo que perjudicaría el efecto útil de esa Directiva”*.

Consiguientemente, de la doctrina Scattolon se deriva que no cabe la inmediata sustitución “in peius” del convenio colectivo de origen por el convenio colectivo vigente en la empresa cesionaria al tiempo de la transmisión. Con todo, es preciso establecer el alcance temporal

de esa garantía de mantenimiento del convenio colectivo de origen cuando éste resulta globalmente más favorable para los trabajadores transferidos que el convenio colectivo de la empresa cesionaria. Ciertamente, no se trata de una garantía absoluta, sino que la propia Directiva y el propio artículo 44 ET nos ofrecen la solución al establecer que el mantenimiento del convenio colectivo de origen es sólo provisional, hasta que finalice su vigencia o hasta que entre en vigor un nuevo convenio colectivo aplicable a la empresa cesionaria.

En definitiva, la facultad que otorga el artículo 44.4 ET al empresario cesionario para celebrar un pacto en contrario que permita sustituir de forma inmediata el convenio de origen, viene limitada a los pactos “in melius”, es decir, a los supuestos en que la aplicación inmediata del convenio de la empresa cesionaria resulta globalmente más favorable para los trabajadores transferidos. De no ser así, el pacto en contrario no será posible, y continuará aplicándose el convenio colectivo de origen a los trabajadores transferidos hasta que éste finalice su vigencia o hasta que entre en vigor un nuevo convenio colectivo en la empresa cesionaria.

Considero, sin embargo, que en el caso de que se pretenda la sustitución inmediata de un convenio por otro “in peius”, tal sustitución podría operarse a través de la vía del artículo 82.3 ET, iniciando a tal fin un procedimiento de inaplicación de convenio, que, además de estar materialmente limitado en cuanto a las condiciones de trabajo que pueden ser objeto de “descuelgue”, requerirá, entre otras cosas, la acreditación de una específica necesidad empresarial independiente del hecho mismo de la transmisión para proceder a tal inaplicación.

c.3) Virtualidad del “pacto en contrario” en los supuestos de personal subrogado del sector público

La vía del pacto en contrario consiste en un acuerdo de fijación por el que se decide la aplicación de otro convenio regulatorio de condiciones de trabajo, con vistas a facilitar la integración de la nueva plantilla en la empresa de destino. La función del pacto no es, por consiguiente, la de regular condiciones de trabajo, sino posibilitar la sustitución inmediata del convenio de la unidad transmitida por el convenio vigente en la unidad cesionaria (MAURI MAJÓS, pág. 120, NP 66). Sin embargo, cuando se trata de personal subrogado en el ámbito de procesos de internalización de servicios públicos, en realidad no se pretende tanto la homogeneización entre colectivos sino la creación de un estatuto profesional diferenciado para el personal subrogado.

Dicho de otro modo, en los supuestos de que tratamos, a menudo, la finalidad del pacto no será la de igualación de condiciones de trabajo entre colectivos aplicando desde el mismo momento de la transmisión el convenio colectivo vigente en la unidad cesionaria, sino adaptar y modificar las condiciones de trabajo de origen del personal subrogado al nuevo

contexto público, sin llegar a aplicar necesariamente todo el régimen jurídico previsto en la norma convencional de la unidad de destino.

Por ello, muy probablemente, la vía más idónea para la creación de un estatuto profesional específico para el personal subrogado sería la negociación de un convenio colectivo propio, o bien el mantenimiento del convenio colectivo de origen y el descuelgue puntual respecto de alguna materia regulada en dicho convenio a través del procedimiento del artículo 82.3 TRLET – procedimiento de difícil aplicación en el sector público - o la modificación sustancial de condiciones de trabajo prevista en el artículo 41 TRLET, cuando la condición de trabajo que se pretende modificar no se encuentre regulada en un convenio colectivo estatutario; descuelgues y modificaciones que serán siempre causalizados, debiendo acreditar la entidad cesionaria la concurrencia de alguna causa económica, técnica, organizativa o de producción, sin que la mera transmisión pueda erigirse en causa suficiente a tales efectos.

Todo ello sin perjuicio de que la entidad pública cesionaria pueda modificar unilateralmente, sin acuerdo de empresa previo y sin necesidad de acudir tampoco al procedimiento de inaplicación del artículo 82.3 TRLET, el contenido del convenio colectivo de origen que contravenga las medidas legales – estatales o autonómicas – de contención del gasto público, en particular por lo que se refiere al incremento de las retribuciones y otros derechos de contenido económico. Como se sabe, desde principios de la década de los años ochenta, vienen imponiéndose en las sucesivas leyes de presupuestos generales del Estado y de las Comunidades autónomas límites al incremento de las retribuciones y otros derechos de contenido económico del personal del sector público, entre otras medidas de contención del gasto público.

Confrontadas las medidas legales de contención del gasto de personal al servicio del sector público con el derecho a la negociación colectiva y a la fuerza vinculante de los convenios colectivos, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han venido a establecer la constitucionalidad de las mismas, con el argumento de que, en virtud del principio de jerarquía normativa, es el convenio colectivo el que debe respetar y someterse a las normas de mayor rango jerárquico y no al contrario, concluyéndose que es constitucionalmente posible que una ley pueda modificar lo pactado en un convenio colectivo estatutario vigente²¹.

Junto a ello, hay que considerar otro elemento diferencial en el ámbito de las Administraciones públicas como es la posibilidad que brinda el artículo 32.2 del TRLEBEP, relativo a la negociación colectiva del personal laboral. Así, se establece un procedimiento específico de inaplicación unilateral de convenios colectivos afectantes al personal laboral,

²¹ Por todas, véase la reciente STS (Sala de lo Social) de 18 de octubre de 2017 (rec. núm. 169/2016), donde se resume la doctrina constitucional vigente en relación con la cuestión de que tratamos.

en paralelo con el ya existente en relación con el personal funcional, en los siguientes términos:

“Se garantiza el cumplimiento de los convenios colectivos y acuerdos que afecten al personal laboral, salvo cuando excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas suspendan o modifiquen el cumplimiento de convenios colectivos o acuerdos ya firmados en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público.

En este supuesto, las Administraciones Públicas deberán informar a las organizaciones sindicales de las causas de la suspensión o modificación.

A los efectos de lo previsto en este apartado, se entenderá, entre otras, que concurre causa grave de interés público derivada de la alteración sustancial de las circunstancias económicas cuando las Administraciones Públicas deban adoptar medidas o planes de ajuste, de reequilibrio de las cuentas públicas o de carácter económico financiero para asegurar la estabilidad presupuestaria o la corrección del déficit público”.

Como ha precisado CRUZ VILLALÓN²², se trata de un procedimiento específico de descuelgue de condiciones de trabajo para el conjunto del sector público, que para el caso concreto del personal laboral se presenta como un mecanismo asimilado al del descuelgue propio del Estatuto de los Trabajadores, con un cualitativo contraste en el canal procedimental de descuelgue: en un caso remitido a la decisión unilateral de la Administración Pública como poder público, mientras que, en el otro caso, sometido a un mecanismo de arbitraje, primero voluntario y después obligatorio, aunque confluyan en este último caso un fuerte poder decisorio de la autoridad laboral. Es preciso puntualizar también, siguiendo al mismo autor, que, a diferencia de las medidas de contención del gasto público previstas a través de normas con rango legal y, por tanto, por parte de poderes políticos con legitimidad para adoptar este tipo de disposiciones con tal rango (Parlamento o Gobierno, central o autonómico), en este caso se trata de una ley que habilita de forma genérica a los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas, incluyendo a las entidades locales. Ahora bien, no se trata de un puro acto de decisión política, sino que resulta forzoso que el acuerdo administrativo de inaplicación justifique expresamente la concurrencia de esa situación de excepcionalidad. En concreto, debe existir una objetiva y demostrable relación de conexión causal entre las circunstancias justificativas de la medida con el ámbito en la que éstas se adoptan, el contenido e intensidad de las medidas que se adoptan, así como del alcance temporal de las mismas. Por tanto, en estrecha conexión con las causas deben encontrarse las concretas cláusulas convencionales objeto de suspensión o modificación, y en este sentido, ha de entenderse que sólo los contenidos negociales que tengan directa conexión con costes económicos en materia de personal pueden ser afectados por la medida de descuelgue.

²² CRUZ VILLALÓN, ob.cit., págs. 29 y ss.

Teniendo en cuenta que el personal subrogado no es considerado como personal laboral de la Administración Pública ex artículo 8 TRLEBEP, cabría dudar de la aplicabilidad de las previsiones del artículo 32 TRLEBEP para proceder a una inaplicación del convenio colectivo de origen del personal subrogado, debiéndose recurrir al procedimiento del artículo 82.3 TRLET, que va a exigir la consulta y el acuerdo con la representación del personal o, en su defecto, un arbitraje voluntario u obligatorio para resolver la cuestión del descuelgue convencional.

3.2.2. Mantenimiento provisional de las condiciones de trabajo (más beneficiosas) derivadas de un acuerdo colectivo extraestatutario o de una decisión empresarial unilateral de efectos colectivos o individuales

El mantenimiento de las condiciones de trabajo reconocidas en un pacto colectivo de la empresa de origen vigente en el momento de la transmisión o derivadas de una decisión empresarial de efectos colectivos o individuales (condiciones más beneficiosas) encuentra apoyo en la regla general prevista en el apartado 1º del artículo 44 –que contempla la obligación del empresario cesionario de subrogarse en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior– y no así en su apartado 4º. Consiguientemente, la modificación o supresión de tales condiciones de trabajo durante la vigencia del pacto extraestatutario únicamente podrá llevarse a cabo a través del procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo, que, entre otras cosas, exige la acreditación de una causa económica, técnica, organizativa o de producción independiente del hecho mismo de la transmisión, y que, además, sólo podrá llevarse a cabo por parte de la empresa cesionaria una vez consumada la subrogación y en el marco de un proceso de negociación donde se encuentren debidamente representados los trabajadores transferidos.

A propósito de la modificación de condiciones de trabajo del personal transferido, es preciso referirse también al artículo 44.9 ET, que literalmente establece “*el cedente o el cesionario que previere adoptar, con motivo de la transmisión, medidas laborales en relación con sus trabajadores vendrá obligado a iniciar un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores sobre las medidas previstas y sus consecuencias para los trabajadores. Dicho período de consultas habrá de celebrarse con la suficiente antelación, antes de que las medidas se lleven a efecto. Durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo. Cuando las medidas previstas consistieren en traslados colectivos o en modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, el procedimiento del período de consultas al que se refiere el párrafo anterior se ajustará a lo establecido en los artículos 40.2 y 41.4 ET*”.

De una primera y precipitada lectura del precepto legal podría desprenderse que éste faculta a la empresa cedente y a la empresa cesionaria, en relación con sus respectivos trabajadores, a modificar sus condiciones de trabajo con ocasión de la transmisión, a

través de la sustanciación, en su caso, de un período de consultas ex art. 41 o ex art. 40 ET; período de consultas que, además, parece que podría llevarse a efecto antes de la transmisión. Siendo así, cabría considerar válidos los pactos de modificación de condiciones de trabajo de los trabajadores que van a ser objeto de transmisión, alcanzados con carácter previo a la transmisión entre la empresa cedente y los representantes de los trabajadores de ésta.

Sin embargo, tal interpretación chocaría frontalmente contra la finalidad de la Directiva 2001/23 y del artículo 44.1 ET, de garantizar el mantenimiento de los derechos de los trabajadores transferidos a fin de que no se vean en una situación menos favorable por el mero hecho de la transmisión, y constituiría a la postre un claro fraude de ley, por cuanto que la sucesión de convenios colectivos en el marco de una transmisión de empresa o unidad productiva autónoma se rige por la regla especial del apartado 4º del artículo 44 ET, que justamente prevé el mantenimiento provisional del convenio colectivo de origen. De ahí, pues, que deba considerarse que la modificación sustancial de condiciones de trabajo previa a la transmisión pretende claramente evitar la asunción de una obligación legal.

Sentando lo anterior, es preciso tratar de entender la lógica que encierra el artículo 44.9 ET, debiéndose poner en relación tal precepto legal con el artículo 7.2 de la Directiva 2001/23, en la medida en que aquél constituye la trasposición al ordenamiento jurídico español de éste. El artículo 7 de la Directiva 2001/23 se divide en dos apartados. En el primero se establece la obligación de cedente y cesionario de informar a los representantes de sus trabajadores respectivos afectados por un traspaso sobre determinadas cuestiones (fecha prevista del traspaso; motivos del traspaso, consecuencias jurídicas, económicas y sociales del traspaso para los trabajadores, y medidas previstas respecto de los trabajadores). Tales informaciones han de facilitarse, en el caso de la empresa cedente, con la suficiente antelación antes de la realización del traspaso. Y, en el caso de la empresa cesionaria, con la suficiente antelación y, en todo caso, antes de que sus trabajadores se vean afectados directamente en sus condiciones de empleo y de trabajo por el traspaso. En el segundo apartado del artículo 7 de la Directiva 2001/23 se establece que *“si el cedente o el cesionario previeren la adopción de medidas en relación con sus trabajadores respectivos, estarán obligados a consultar tales medidas, con la suficiente antelación, con los representantes de sus trabajadores respectivos, con el fin de llegar a un acuerdo”*.

De entrada, el artículo 7 de la Directiva no se refiere expresamente en ningún momento a la posibilidad de llevar a cabo modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo con motivo de la transmisión, ni mucho menos respecto del personal transferido. Téngase en cuenta que tanto el artículo 7 de la Directiva como el artículo 44.9 ET se refieren en todo momento a los trabajadores respectivos de la empresa cedente y de la cesionaria, sin aludir en ningún caso a los trabajadores transferidos. Es por ello que, de entrada, cabe interpretar que la facultad de adoptar medidas modificatorias por parte de la empresa

cedente o de la cesionaria respecto de sus trabajadores respectivos se refiere únicamente a aquellos trabajadores de las respectivas plantillas que no son objeto de cesión.

En este sentido se ha pronunciado la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en su sentencia de 14 de julio de 2014.

Con todo, aun compartiendo en línea de principio esta conclusión, pues es la única que resulta acorde con la tan repetida finalidad de la Directiva y del artículo 44 ET, considero que tanto el artículo 7 de la Directiva como el artículo 44.9 ET ampararían todas aquellas modificaciones de condiciones de trabajo efectuadas por la empresa cedente que son consecuencia necesaria del traspaso de centro de actividad, al producirse un cambio en la ubicación geográfica de la unidad transmitida (movilidad geográfica), y que por ello mismo es lógico que afecten al personal transferido, sin que en tal caso pueda considerarse conculcada la garantía del mantenimiento de las condiciones de trabajo de origen.

En definitiva, la empresa cedente no puede utilizar la vía del artículo 44.9 ET para sustituir el convenio colectivo de origen de los trabajadores que van a ser transferidos, pues en tal caso resulta de aplicación la regla especial del artículo 44.4 ET que exigiría un acuerdo de empresa entre la cesionaria y los representantes de los trabajadores una vez efectuada la transmisión. Ni tampoco puede la empresa cedente utilizar la vía del artículo 44.9 ET en relación con el artículo 41 ET para modificar sustancialmente las condiciones de trabajo de origen contractual –incluyendo las derivadas de un pacto extraestatutario– del personal que va a ser transferido, pues a ello obsta una interpretación finalista del tal precepto acorde con la garantía del mantenimiento de las condiciones convencionales y contractuales de origen del personal cedido, incurriéndose, además, en un claro fraude de ley, habida cuenta que el ámbito de apreciación de la causa empresarial así como el escenario de negociación han de situarse necesariamente en la empresa cesionaria y no así en la cedente, pues los trabajadores transferidos pasan a depender de la empresa cesionaria como consecuencia de la sucesión.

3.2.3. Especial mención al mantenimiento de los compromisos por pensiones

La posibilidad de que las Administraciones públicas realicen aportaciones a sistemas complementarios de la Seguridad Social, se contempla en el artículo 29 del TRLEBEP, así como en la Disposición Final Segunda del Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre. Con todo, como previene la citada Disposición Final, tal posibilidad queda condicionada a la correspondiente habilitación presupuestaria de que disponga cada entidad o empresa, así como a las posibles autorizaciones previas a las que pudiesen estar sometidas tales aportaciones tanto de carácter normativo como administrativo, para, en su caso, destinar recursos a la financiación e instrumentación de la previsión social complementaria del personal.

De lo expuesto se deriva que la posibilidad de excluir la realización de aportaciones a planes de pensiones o contratos de seguro colectivos deriva expresamente de lo dispuesto en la disposición final segunda del texto refundido de la Ley de planes y fondos de pensiones y no contradice lo dispuesto en el art. 29 LEEP. De lo que se concluye que el Estado, en atención a la situación económico financiera, podrá fijar distintos porcentajes de aportación sobre la masa salarial –como en la práctica ha venido haciendo desde el año 2004– o incluso no fijar cuantía alguna por dicho concepto, que es lo que ha sucedido desde el año 2012, con el refrendo del Tribunal Constitucional.

La LPGE 2017 prevé en su artículo 18.3 que *“las Administraciones, entidades y sociedades a que se refiere el apartado uno de este artículo, no podrán realizar aportaciones a planes de pensiones de empleo o contratos de seguro colectivos que incluyan la cobertura de la contingencia de jubilación. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, y siempre que no se produzca incremento de la masa salarial, en los términos que establece la presente Ley, las citadas Administraciones, entidades y sociedades podrán realizar contratos de seguro colectivo que incluyan la cobertura de contingencias distintas a la de jubilación. Asimismo, y siempre que no se produzca incremento de la masa salarial, en los términos que establece la presente Ley, podrán realizar aportaciones a planes de pensiones de empleo o contratos de seguro colectivo que incluyan la cobertura de la contingencia de jubilación, siempre que los citados planes o contratos de seguro hubieran sido suscritos con anterioridad al 31 de diciembre de 2011”*.

La regulación expuesta debe ponerse en relación con el artículo 44 TRLET, que impone la subrogación del nuevo empresario en todos los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos por pensiones, de tal manera que cabe plantearse – siquiera brevemente – hasta qué punto podrían suspenderse en este contexto las aportaciones empresariales a un plan de pensiones del sistema de empleo sin recurrir al procedimiento del artículo 41 TRLET o, en su caso, del artículo 82.3 TRLET²³.

Esta cuestión ha sido resuelta ya por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su reciente sentencia de 18 de octubre de 2017 (rec. núm. 169/2016), en la que, entre otras cuestiones litigiosas, se plantea la validez de la supresión unilateral de la aportación empresarial a la cobertura de un seguro médico sin tramitar ningún procedimiento previo de consulta con la representación del personal; derecho que se reconocía en el

²³ La Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en su sentencia de 18 de noviembre de 2015 (Rec. núm. 19/2015; asunto LIBERBANK-BANCO DE CASTILLA LA MANCHA), vino a establecer expresamente la validez de un acuerdo alcanzado entre la dirección de la empresa y la mayoría sindical al amparo del artículo 41 TRLET para suspender las aportaciones a un plan de pensiones del sistema de empleo, partiendo de la consideración de que el hecho de que determinados Planes de Pensiones silencien la posibilidad de alterarlos mediante acuerdo colectivo en modo alguno impide que, al amparo de las reglas generales sobre modificación de condiciones laborales, de inaplicación o renegociación de convenios colectivos, las obligaciones empresariales afectadas puedan verse alteradas (arts. 41.1 y 82.3 ET). La consecuencia, más bien, es que la virtualidad (que no la validez) de tales cambios quedará condicionada a su encauzamiento a través de las previsiones del correspondiente Plan, que podrían exigir el refrendo de la Comisión de Control.

correspondiente convenio colectivo y que tenía como beneficiarios a los trabajadores de un organismo público.

El Alto Tribunal avala en este caso la validez de la decisión unilateral del organismo público argumentando que un convenio colectivo estatutario vigente puede ser modificado por ley, en virtud de la preeminencia de ésta sobre la regulación convencional, predicable tanto de la ley nacional como de la ley autonómica. En efecto, concluye el Tribunal que *“el cese de las aportaciones por parte del ente público al mantenimiento de un seguro médico a favor de sus empleados, no fue una decisión empresarial unilateral, producto del mero voluntarismo de sus gestores, sino que la medida se evidencia como una consecuencia directa e inmediata de lo establecido en el artículo 41.2 de la Ley 11/2010, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2011, que con efectos de 1 de enero de 2011 suspende la aplicación de la contribución de los entes del sector público con presupuesto estimativo a seguros médicos de carácter privado que tuvieran como beneficiario a los trabajadores de las empresas públicas”*.

LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN Y CONSULTA EN LOS CASOS DE REMUNICIPALIZACIÓN DE SERVICIOS

Margarita Tarabini-Castellani Aznar

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universitat de les Illes Balears. Letrada del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo. Sala Cuarta.

I. INTRODUCCIÓN

Los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores en los supuestos de sucesión de empresa tienen una clara matriz comunitaria, como lo muestra, por una parte, que el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (ET), sobre sucesión de empresa -que ya trasponía la Directiva 77/187, modificada por la Directiva 98/50, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad-, fuera reformado por la Ley 12/2001 para trasponer al ordenamiento interno la Directiva 2001/23, que a su vez constituía un texto consolidado de las anteriores, para introducir los párrafos 6 a 10, dedicados a los derechos objeto de este estudio.

Por otra parte, los artículos 64 y 65 ET, reformados por la Ley 38/2007, desarrollan en nuestro ordenamiento la Directiva 2002/14¹, de 11 de marzo, por la que se establece un marco general relativo a la información y consulta de los trabajadores. Sin que pueda olvidarse, por último, que estos derechos tienen un claro anclaje en los puntos 17 y 18 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales, que reubica la posición de ambos derechos en la construcción de las bases del modelo europeo de relaciones laborales², aún con limitaciones por su falta de vinculabilidad. Entorno normativo que, en la

¹ Junto a lo previsto en la Directiva 2002/74, de 23 de septiembre, que modifica la Directiva 80/987, de 20 de octubre, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativa a la protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario.

² VALDÉS DAL-RE, 2008 (a), 6.

línea de los objetivos de la UE, instala a estos derechos en el propio artículo 4 ET entre los derechos laborales básicos.

Del mismo modo, cuando la entidad transmitida integre una empresa de dimensión comunitaria, el régimen jurídico del artículo 44 ET habrá que completarse con, entre otras, la Directiva 2009/38, de 6 de mayo, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria y la Directiva 2001/86, de 8 de octubre, por la que se contempla el estatuto de la sociedad anónima europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores. Habrá de considerar igualmente a las Leyes 10/1997 sobre los derechos de información y consulta de los trabajadores en grupos de empresas de dimensión comunitaria y 31/2006 sobre la implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas³.

Además, el objeto específico del presente estudio precisa de un lado, contar con el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), que va a introducir matices y regulaciones específicas en esta materia y de otro, partir de los preceptos de la legislación básica del régimen local que determinan los modos de gestión directa de los servicios públicos, pues ésta es, entiendo, la vía de la llamada remunicipalización. Me refiero al artículo 85 de la Ley de Bases del Régimen Local (LBRL) que en sede de servicios públicos locales, tras precisar que habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente, indica las vías de gestión directa de los mismos que son: a) por la propia entidad local; b) por un organismo autónomo local; c) por una entidad pública empresarial local o d) por una sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública. E indica, así mismo, las condiciones que ha de cumplir la gestión directa en los dos últimos supuestos. En ocasiones, para los servicios concretados en el artículo 26. 2 LBRL, en los municipios de menos de 20.000 habitantes, será la Diputación Provincial o entidad local similar la que propondrá, con la conformidad de los municipios afectados, la forma de prestación de los mismos, y que incluye fórmulas como los consorcios o mancomunidades.

Antes de adentrarme en el corazón del presente estudio, querría, sin embargo, poner de manifiesto varias dificultades que el análisis de esta cuestión ha planteado. De un lado, el hecho de que la regulación del cambio de titularidad empresarial, con una clara matriz laboral, se aplique a negocios traslativos que se producen en el seno de las

³ La relevancia de los derechos de información y consulta se constata también en el artículo 25 del RD 1066/2007, de 28 de julio, de régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores analizado por GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, 2010.

Administraciones Públicas; de modo que las exigencias del artículo 44 ET han de adaptarse al ámbito público en el que no siempre es posible hacer una traducción fidedigna de las mismas, paradigmático es, precisamente, el caso de los derechos de información y consulta, pues la configuración laboral de los mismos no siempre casa con las disposiciones del EBEP⁴. Y, de otro, en parecido sentido, la multiplicidad de supuestos en los que puede encuadrarse la remunicipalización de servicios, la diversidad de sujetos intervinientes, de normas, estatutos jurídicos y órdenes jurisdiccionales, exige matices que no casan, esta vez, con la brevedad necesaria del presente análisis.

Dicho esto, el presente estudio abarcará, tras esta introducción (I), las siguientes cuestiones: el contenido de la obligación de información de las entidades implicadas y del derecho de los trabajadores (II), el de la obligación de consulta, con su reverso también en el derecho de los trabajadores (III); las obligaciones de los trabajadores en esta materia, en particular el deber de sigilo (IV) y las consecuencias del incumplimiento de estas obligaciones, lo que incluye el régimen infractor y sancionador (V).

II. OBLIGACIÓN Y DERECHO DE INFORMACIÓN

1. SUJETOS

1.1. Empresa cedente y Empresa/Entidad cesionaria

El artículo 44. 6 ET inaugura los derechos de información estipulando una serie de extremos sobre los que cedente y cesionario deberán informar a los representantes legales de sus trabajadores respectivos afectados por el cambio de titularidad o, en caso de no existir representación legal, a los trabajadores que pudieren resultar afectados por la transmisión (artículo 44. 7 ET).

Los deudores de dicha información son, por tanto, las empresas y las entidades gestoras locales implicadas, cada una respecto de sus trabajadores, en su caso, pues no siempre la entidad pública cesionaria tendrá trabajadores, por ejemplo, cuando las empresas u organismos se crean específicamente para hacer frente a la gestión del servicio en cuestión. Y tanto si toman ellos mismos la decisión, señala el párrafo 10, como si ésta ha sido adoptada por las empresas o administraciones públicas que ejerzan el

⁴ Y más paradigmático es aún que la subrogación, en algunos casos, haya de materializarse a través de la controvertida figura del trabajador indefinido no fijo, cuestión que queda fuera del presente análisis, aunque cómo se verá sí que es necesario considerarlo en el punto III. 4.

control sobre ellos. Cualquier justificación de éstos basada en el hecho de que la empresa o entidad que tomó la decisión no les ha facilitado la información necesaria, no podrá ser tomada en consideración a tal efecto. La organización compleja de las empresas o administraciones afectadas o el modo de adoptar las decisiones en su seno no puede obstruir, en consecuencia, la obligación de informar.

Sucede, no obstante, que no siempre el cambio de titularidad empresarial es una cuestión diáfana. En el supuesto de hecho que habilita la subrogación ni el título jurídico ni los sujetos adquieren relevancia constitutiva, sino simplemente se entiende que existe sucesión de empresa “cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio” (artículo 44. 2 ET). Definición que implica que haya de considerarse todas las circunstancias de hecho características de la operación y que sitúa en una zona gris y llena de matices cuándo hay realmente un negocio traslativo y por tanto la aplicación del mecanismo subrogatorio.

En los casos de reversión de la actividad, podemos encontrarnos con situaciones en las que el fin de la concesión administrativa y la gestión directa por parte de la entidad local provoque un negocio traslativo. Circunstancia en la que los empleadores implicados no habrán procedido a una información a los representantes o trabajadores, de acuerdo con el artículo 44 ET. Piénsese en los supuestos, que muy seguramente se han tratado en intervenciones anteriores, en los que la entidad económica del servicio contratado descansa en la prestación que realizan los trabajadores (por ejemplo limpieza no viaria) y la entidad que pasa a gestionar directamente el servicio haya asumido a parte relevante del personal de la anterior concesionaria, o aquellos en los que la prestación requiere de medios materiales que siempre han estado en manos de la administración contratante (por ejemplo jardinería, restauración...) y con ocasión de la reversión vuelve a utilizarlos o los pone a disposición de la entidad pública que pasa a prestarlos⁵.

⁵ No es la ocasión de extenderse sobre este particular, baste recordar que la jurisprudencia comunitaria ha entendido aplicable la Directiva 2001/23 a los supuestos de sucesión de contratistas cuya actividad descansa en la prestación que realizan los trabajadores, sin necesidad de otros bienes, cuando el empresario cesionario ha contratado una parte relevante en términos cuantitativos o cualitativos del personal de la empresa cedente (Por todas, SSTJUE de 24 de enero de 2002, Asunto *Temco*, de 13 de septiembre de 2007, Asunto *Jouini* y de 20 de enero de 2011, Asunto *CLECE*, aunque esta última indica, precisamente, que la inexistencia de una asunción de la plantilla impide la aplicación de la citada Directiva). El Tribunal Supremo ha asumido esta doctrina de la “sucesión de plantillas” desde las SSTS de 27 de octubre de 2004, Rec. 899/2002, y de 12 de julio de 2010, Rec. 2300/2009; a las que han seguido muchas otras. Del mismo modo, la STJUE de 26 de noviembre de 2015, Asunto *Aira Pascual*, entiende que la Directiva se aplica a un caso en que una empresa pública, que había puesto a disposición de la contratista los medios materiales necesarios para realizar la actividad, de los que era propietaria, decide poner fin al contrato y realizar directamente la

Cierto es que el artículo 42 ET está nutrido igualmente de deberes y derechos de información de los trabajadores y de los representantes de la empresa principal y la contratista o subcontratista. Pero no es posible asimilar el contenido de ambas informaciones, apuntalada cada una de ellas por distintas bases, entre otras, la esencial naturaleza temporal de la contrata y la definitiva de la transmisión, pero sobre todo, porque en el caso de las contratas y subcontratas la información se refiere al momento inicial de la misma y dicha información se realiza por parte de las empresas principal y contratista; cuando la sucesión, en los casos mencionados, se produce en el momento del cese de la concesión y no siempre se produciría entre la entidad local -que sería la empresa principal- y la concesionaria, sino que podría producirse entre la empresa concesionaria y empresa pública local o sociedad mercantil pública local que pasa a gestionar el servicio. En caso de considerar que ha habido sucesión de empresa, a cedente y cesionario podría imputárseles el incumplimiento de estos deberes de acuerdo con los artículos 7.7 y 7.11 Ley de Infracciones y Sanciones en el orden social (LISOS).

1. 2. Los representantes de los empleados

Cuando el negocio traslativo sea evidente, o lo que es lo mismo, cuando haya un acuerdo de transmisión entre la empresa que cesa en la prestación del servicio, que transmite la unidad, el centro o la empresa dedicada a la prestación del mismo, y la entidad pública que internaliza su gestión, los acreedores de la información son los representantes de los trabajadores pero, dado el ámbito en el que tiene lugar el desarrollo del negocio jurídico, ha de analizarse también el papel de los órganos de representación de los funcionarios, las juntas y delegados de personal.

Para facilitar el análisis, el presente estudio requiere diferenciar entre la empresa que transmite y la entidad o empresa que adquiere, dadas las diferencias entre las instancias representativas de una y otra.

En todo caso, en lo que respecta a los representantes legales de los trabajadores, la referencia a los mismos en el artículo 44 ET ha de entenderse en sentido amplio, comprendiendo tanto a la representación unitaria como a la sindical, esto es, delegados de

actividad con su propio personal (y por supuesto con los medios materiales). Doctrina que también respalda nuestro Tribunal Supremo y cuyo ejemplo más reciente lo tenemos en las SSTS de 19 de septiembre de 2017, RR.2612/2016; 2629/2016; 2650/2016 y 2832/2016. Por último, también merece apuntarse que resulta irrelevante a efectos de la aplicación de la Directiva la inexistencia de vínculo contractual entre cedente y cesionario (Por todas, SSTJUE de 19 de mayo de 1992, Asunto Sticking y 7 de marzo de 1996, Asunto Merckx y Neuhuys).

personal y comités de empresa, ex artículos 62 y 64 ET; delegados sindicales, de acuerdo en el artículo 10. 3 1º LOLS, que les atribuye el derecho a la información y documentación cuando no formen parte del comité de empresa, y las secciones sindicales de empresa que tengan presencia en el comité⁶, pues se entiende que, si pueden negociar en los períodos de consulta previstos en los artículos 40, 41, 47 y 51 ET, han de ser sujetos de dicha obligación de información sobre la base de que quien puede lo más puede lo menos y quien puede ser consultado -incluso, como veremos, tiene la prioridad para ello- podrá ser informado.

1. 2. 1. Los representantes de los trabajadores de la entidad que se transmite

En cuanto a los representantes de la entidad que se transmite, la literalidad del artículo 44. 6 ET menciona a los representantes de los trabajadores afectados por el cambio de titularidad. Entiendo que la palabra “afectados”, sin mayores precisiones, implica que lo que determina la o las representaciones acreedoras de la información es el colectivo afectado no por la transmisión en sí, sino por el hecho de la transmisión. Con otras palabras, los representantes no se circunscribirían a los de los trabajadores respecto de los que el cesionario va a subrogarse, sino que incluiría a cualquiera que estuviera afectado por las consecuencias de la transmisión. Como se verá más adelante, los extremos sobre los que ha de versar la información abocan a la misma conclusión. Éstos hacen referencia en sentido amplio a las consecuencias de diversa índole sobre los trabajadores y a las medidas previstas respecto estos últimos, que no sólo son los trabajadores que han de ser sujetos de la subrogación.

Pero, además, una interpretación lógica y sistemática del precepto corrobora esta conclusión. Cuando se transmite una empresa o centro de trabajo, es evidente que los trabajadores respecto de los que se subroga el cesionario y los afectados por la transmisión son los mismos. Sin embargo, el artículo 44. 1 ET indica que el objeto de transmisión puede estar constituido por unidades menores. En estos casos, no han de coincidir los sujetos de la subrogación y los trabajadores afectados. No parece que requiera mayor argumentación el que la escisión de una parte de la empresa puede conllevar una reorganización en el resto de la misma, lo que afectará a los trabajadores que permanecen. Si la obligación busca poner en conocimiento de los trabajadores las

⁶ VALDÉS DAL-RE, 2002, 17.

consecuencias del cambio de titularidad, ha de entenderse que son todas ellas, tanto las que afectan a los trabajadores incluidos en la entidad que se transmite como al resto.

Relacionado con lo anterior, ha de analizarse el impacto en este punto de las diversas instancias de representación de los trabajadores en empresas con varios centros de trabajo, pero, sobre todo, en empresas de estructura compleja como puedan serlo los grupos de empresa o sociedades, entre las que hay que considerar aquellas de dimensión comunitaria que, en virtud de las Directivas 2009/38 y 2001/86, tengan previsto un sistema de representación específico.

Dependiendo de quién sea el cedente, los representantes de los trabajadores que hayan de ser informados pueden incluir al Comité Intercentros, si así se ha previsto en la negociación colectiva, o los que a través también de negociación, de acuerdo con las Directivas anteriores, y con sus normas de trasposición, se hayan previsto en los casos de grupos de empresas de dimensión comunitaria o Sociedades Europeas.

Repárese que tanto el artículo 18 de la Ley 10/1997 como el 17 de la Ley 31/2006 relativos a las disposiciones subsidiarias y trasponiendo en los mismos términos las Directivas de que traen causa, indican que el órgano de representación de la sociedad europea o el comité de empresa europeo tendrá una reunión anual en la que se tratará entre otros de las fusiones, reducciones de tamaño de empresas, establecimientos o de partes importantes de éstos y además, dicho órgano tendrá derecho a ser informado cuando concurren circunstancias excepcionales que afecten de modo considerable a los intereses de los trabajadores y en particular y entre otros en los casos de ventas de empresas o establecimientos. Igualmente se contempla el derecho de reunión con el órgano competente de la sociedad europea o del grupo o con el nivel más adecuado de dirección de la misma que sea competente para adoptar decisiones propias, para que se les informe y consulte sobre las medidas que afecten considerablemente a los intereses de los trabajadores.

En todo caso, la información a estos órganos es acumulativa. El artículo 17. 1 de la Ley 31/2006 se pronuncia en este sentido cuando señala que el órgano de representación de los trabajadores de la sociedad europea tendrá derecho a ser informado y consultado sobre aquellas cuestiones que afecten a la sociedad europea en sí misma y a cualquiera de sus centros de trabajo y empresas filiales situados en otros Estados miembros o que excedan de la competencia de los órganos de decisión en un solo Estado miembro. La misma línea mantiene el artículo 18 de la Ley 10/1997 al señalar que el comité de empresa europeo tendrá derecho a ser informado y consultado sobre aquellas cuestiones que

afecten al conjunto de la empresa o grupo de empresas de dimensión comunitaria o, al menos, a dos centros de trabajo o empresas del grupo situados en Estados miembros diferentes.

Como puede verse, parten de la base de una coordinación o distribución de competencias. Consecuencia de todo ello es que en las empresas de estructura compleja que tengan previstos distintos niveles de representación, la información habrá de ponerse a disposición de las representaciones existentes, tanto de las más cercanas al corazón decisorio de la empresa, como de las representaciones de los trabajadores afectados, como las de los trabajadores de las entidades a transmitir. Entendiendo como tales al comité intercentros, comité de empresa o delegados de personal, secciones y en su caso, delegados sindicales que no integran el comité de empresa. Sin duda una coordinación de funciones entre la representación unitaria y sindical, como parece que sí hay en la función pública, haría más ágil el cumplimiento del deber de información por parte de las empresas, pero dada la regulación del doble canal de representación, se habrá de informar a todas⁷.

1. 2. 2. Los representantes de los empleados de la entidad cesionaria

En lo que respecta a las instancias representativas de la entidad cesionaria, ha de tenerse en cuenta que ésta puede ser una entidad local (el municipio o la diputación provincial o entidad equivalente), un consorcio, una mancomunidad, un organismo, una empresa pública o una sociedad mercantil pública. Por otra parte, mientras el municipio o la diputación son preexistentes a la transmisión, puede que los organismos, los consorcios, las sociedades mercantiles o las empresas públicas sean de nueva creación, esto es, que sean constituidos para la prestación del servicio en cuestión, en cuyo caso no habrá representantes de los trabajadores.

Las representaciones que hayan de ser informadas dependerán de la entidad que pase a gestionar el servicio. Parece que, en todo caso, deben ser informados los representantes de las entidades locales que gestionen directamente el mismo y en caso de ser una empresa pública o sociedad mercantil pública preexistente, los representantes de la misma también, entendiéndose por tales los comités de empresa, delegados de personal, secciones y, en su caso, delegados sindicales que no formen parte del comité de empresa.

⁷ MERCADER UGUINA, 2017, 223 y ss.

En relación con lo anterior y de acuerdo con el sentido amplio con el que se ha interpretado qué órganos de representación de los trabajadores han de ser informados, ha de entenderse que en el caso de que la entidad, que pase a prestar directamente el servicio, cuente con juntas o delegados de personal, éstos también habrán de ser informados. En esta línea, el artículo 40.1 del EBEP indica que las juntas de personal y los delegados de personal, en su caso, tendrán como función, en sus respectivos ámbitos, la de recibir información, sobre la política de personal, así como sobre los datos referentes a la evolución probable del empleo en el ámbito correspondiente y la de emitir informe, a solicitud de la Administración Pública correspondiente, sobre el traslado total o parcial de las instalaciones e implantación o revisión de sus sistemas de organización y métodos de trabajo.

1. 3. Los empleados

El último eslabón de la cadena informativa vendrá protagonizado por los empleados en particular, tanto si hay representantes como si no; pues, aunque el artículo 44. 7 ET señala que estos serán informados en ausencia de representación legal de los trabajadores, los representantes habrán de informarles sobre la transmisión, en seguimiento del artículo 64. 7 e) ET por el que, al menos, el comité de empresa, deberá informar a sus representados de todos los temas y cuestiones previstos en el artículo 64 ET en cuanto directa o indirectamente tengan o puedan tener repercusión en las relaciones laborales. Y en dicho precepto, aunque no hay una referencia a la transmisión de empresa -sí al cambio de estatus jurídico de la misma-, se incluye a las cuestiones que afecten al empleo, lo que obviamente acontece en una sucesión de empresa.

En el caso de que la entidad local preste directamente el servicio, salvo en el caso de hacerse a través de una sociedad mercantil pública, dada la posible afectación a la organización del trabajo, incluso a la relación de puestos de trabajo (RPT) si esta existe, ha de entenderse que junto a los trabajadores deberán ser informados los funcionarios. Este derecho cabe deducirse de la interpretación sistemática de los artículos 40 y 41 EBEP, por cuanto el primero de ellos contempla que los delegados de personal y las juntas de personal sean informados de determinados extremos y el segundo, menciona, entre las garantías de la función representativa, las de acceder a las dependencias de su unidad electoral y la distribución libre de las publicaciones que se refieran a cuestiones

profesionales y sindicales, en consecuencia, tanto más si se trata de suministrar información a sus representados.

La transmisión de la información a los representados deberá hacerse también de modo comprensible y puede, en ocasiones, quedar limitada por el deber de sigilo como veremos más adelante.

Pero, además, como se ha señalado antes, la inexistencia de representación unitaria o sindical no dejará desinformados a los trabajadores de la empresa cedente. El artículo 44. 7 ET indica claramente que aquellos trabajadores que pudieran quedar afectados por la transmisión deberán ser informados. En cuanto a la interpretación de qué trabajadores en concreto son los que deben ser informados, habrá de sostenerse, en la dirección seguida respecto de los representantes, una interpretación amplia. Los trabajadores son todos los afectados. Los que son objeto de subrogación están claramente determinados, luego quienes pudieran ser afectados son también quienes no formando parte de la unidad o entidad que se transmite pueden ver modificado o extinguido su contrato. Recuérdese, en esta línea, que el empresario en virtud del artículo 8. 5 ET debe informar a cada trabajador de los elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución de la relación laboral. Los arts 2 y 3 del RD 1659/1998, de 24 julio, que desarrolla dicho precepto, concretan el objeto de la información entre la que se encuentra la identidad de las partes del contrato, los datos de la empresa o las condiciones de trabajo. La modificación de los mismos provoca el nacimiento de un nuevo deber de información a tenor del artículo 4 de dicha norma.

Por lo que respecta a los trabajadores de la entidad cesionaria, es evidente que en mayor o menor grado quedan afectados por la reversión, por tanto, deben ser sin duda informados y lo mismo hay que decir de los funcionarios, derecho que quedaría amparado en la cláusula abierta del artículo 14 q) del EBEP, ya que no se contempla expresamente.

2. FORMA Y CONTENIDO

El artículo 64.1 ET, como indicaba la Directiva 2000/14, entiende que información es la transmisión de datos por el empresario al comité de empresa, a fin de que éste tenga conocimiento de una cuestión determinada y pueda proceder a su examen. Por ello, el artículo 64. 6 ET señala que la misma deberá realizarse en un momento, de una manera y con un contenido apropiados, que permitan a los representantes proceder a su examen adecuado y preparar, en su caso, la consulta y el informe. Aunque no se indique, lo más

razonable, por cuanto se acaba de señalar, es que la información se transmita de forma escrita.

El contenido concreto de la misma se refiere a la fecha prevista de la transmisión, sus motivos, sus consecuencias jurídicas, económicas y sociales, para los trabajadores y las medidas previstas respecto de estos últimos. Quizá, bajo la referencia a la fecha de transmisión, lo relevante sea la efectividad de la medida y las consecuencias sobre los trabajadores, más que la fecha en sí de la transmisión, dada la infinitud de los negocios jurídicos que dan pie al cambio de titularidad.

En cuanto a los motivos de la transmisión la duda es qué información implicará el colmar el derecho a la misma, qué concreción es necesaria sobre dichos motivos. En los casos de sociedades, el artículo 44. 8 ET señala que en los supuestos de fusión y escisión de sociedades, el cedente y el cesionario habrán de proporcionar la indicada información, en todo caso, al tiempo de publicarse la convocatoria de las juntas generales que han de adoptar los respectivos acuerdos. Por tanto, podría entenderse que la información que debe aportarse a los accionistas es la misma que a los representantes de los trabajadores, dado el telos legal, que se sitúa en la línea de una información que permita a los representantes tener un conocimiento cabal de la situación, queda descartada desde luego una información meramente formal.

En el caso de las reversiones administrativas, la información a proporcionar debe ser la prevista para la adopción, por parte del pleno de la corporación, de la decisión de la reversión administrativa, que se determina en el artículo 85. 2 LBRL. Dicho precepto indica que los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente y señala que la gestión por parte de empresas o sociedades mercantiles públicas requerirá de una memoria justificativa que debe reflejar la mayor sostenibilidad y eficiencia de estas vías de gestión directa, para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión y que deberá incluir los informes sobre el coste del servicio, así como el apoyo técnico recibido, que deberán ser publicitados. Y que junto a dicha memoria justificativa, se recabará informe del interventor local quien valorará la sostenibilidad financiera de las propuestas planteadas. Pues bien, podría entenderse que todos estos documentos deberían ponerse a disposición de los representantes de los trabajadores y de los funcionarios correspondientes, así como aquellos que hayan servido para internalizar el servicio en caso de gestión por la propia entidad local o por un organismo autónomo local.

Las consecuencias jurídicas, sociales y económicas han de entenderse referidas a cuestiones como el convenio aplicable, la diversidad de estatutos retributivos, el mantenimiento de la representación de los trabajadores en su caso. Y las medidas sobre los trabajadores serán los posibles despidos, traslados, adaptaciones de categorías, movilidades, modificación de condiciones, nuevas contrataciones, reciclaje profesional, que pueden adoptarse⁸. Se entiende que a este procedimiento de información le es aplicable el espíritu de cooperación, mencionado en el párrafo tercero del artículo 64 ET, con el que deben actuar empresa y comité de empresa en cumplimiento de sus deberes y derechos recíprocos teniendo en cuenta los intereses de la empresa como los de los trabajadores.

3. PLAZO

En el punto en que difieren las obligaciones de cedente y cesionario es en el plazo en que procede poner a disposición dicha información que es, cuando se trata del cedente, antes de la realización de la transmisión y con la suficiente antelación. El cesionario, por su parte, deberá hacer lo propio también con la suficiente antelación pero, en todo caso, antes de que sus trabajadores se vean afectados en sus condiciones de empleo y de trabajo por la transmisión. Cuando se trate de fusión y escisión de sociedades, como se ha dicho, las empresas implicadas deberán proporcionar dicha información, en todo caso, al tiempo de publicarse la convocatoria de las juntas generales que han de adoptar los respectivos acuerdos (artículo 44. 8 ET).

Si bien la Ley 12/2001 se caracteriza por hacer, más que una transposición, una transcripción de la norma comunitaria, lo que no tiene mayores consecuencias en general, en este punto habría sido deseable indicar un plazo de entrega de la información o, cuando menos, un parámetro conforme al cual pudiera valorarse la suficiencia de la anticipación con la que ha de ser suministrada la misma⁹. No cabe descartar que la transmisión de la información se instrumente a través de los deberes que al respecto impone el artículo 64 ET. En particular, siempre que se cumplieran los requisitos de suficiencia en la antelación, la sucesión podría comunicarse junto con la información que la empresa debe aportar al comité trimestralmente, dentro del apartado relativo a la situación económica de la empresa.

⁸ SEMPERE NAVARRO, 2007, 7.

⁹ SANGUINETI RAYMOND, 2004, 16.

Sin perjuicio de cuanto queda dicho, en lo que respecta a las entidades cesionarias, podría entenderse que la transmisión de información debe producirse en el momento de la aprobación en el pleno de la entidad local del acuerdo de gestión directa del servicio, sea por la propia entidad, por organismos autónomos o empresas públicas preexistentes, o el órgano correspondiente de la sociedad pública mercantil competente para adoptar esta decisión. En estos casos, se entiende que ya se tiene conocimiento del momento a partir del cual el servicio va a ser prestado por dichas entidades; habida cuenta de que todos los documentos que deben aportarse en torno a la viabilidad económica y presupuestaria de la decisión (artículos 85 y ss. LBRL).

III. OBLIGACIÓN Y DERECHO DE CONSULTA

1. CONCEPTO

En cuanto al deber de consulta, cuando el cedente o el cesionario previeren adoptar, con motivo de la transmisión, medidas laborales en relación con sus trabajadores vendrán obligados, indica el artículo 44. 9 ET, a iniciar un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores sobre las medidas previstas y sus consecuencias para sus representados.

Esta exigencia se contempla para ambas empresas, pero me centraré en el análisis del proceso de consulta que se desarrolla en la entidad cesionaria, que es donde residen las particularidades del régimen jurídico y del mismo modo, a salvo de lo que se señala en el punto 4, parto de la base de que este proceso se realiza con la representación legal de los trabajadores.

La consulta prevista en este apartado podría decirse que es un estadio mayor que la consulta que define el artículo 64. 1 ET. Este precepto indica que aquella es el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre el empresario y el comité de empresa sobre una cuestión determinada, incluyendo, en su caso, la emisión de informe previo por parte del mismo. Sin embargo, en este caso se trata de un proceso de verdadera negociación, que no se acaba en un cruce de opiniones y la emisión de un dictamen por parte de los representantes de los trabajadores, sino que se dirige a buscar un acuerdo negociando de buena fe, aunque dicho acuerdo no sea necesario a efectos de la aplicación de la medida.

Dicho período de consultas habrá de celebrarse con la suficiente antelación, antes de que las medidas se lleven a efecto. Cuando las medidas previstas consistieren en traslados colectivos o en modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, el procedimiento del período de consultas se ajustará a lo establecido en los artículos 40.2 y 41.4 ET.

Para el deber de consulta también rige la regla antes indicada relativa a la indiferencia, respecto del mismo, de que la transmisión se haya producido por decisión de cedente y cesionario o de las empresas que ejerzan el control sobre ellos, que en el caso de la entidad pública ha de entenderse como administraciones que ejerzan el control sobre la misma.

2. SUJETOS

En principio, y a salvo de lo que se señala en el siguiente epígrafe, la representación de los trabajadores con la que ha de iniciarse el procedimiento de consulta, a diferencia con lo que sucedía con el deber de información, no es acumulativa, sino alternativa¹⁰, como en los procedimientos de consulta previstos en los artículos 40, 41, 47 y 51 ET. La entidad cesionaria sólo habrá de seguir el mismo con el comité de empresa, los delegados de personal, o las secciones sindicales. Teniendo en cuenta que deben entenderse aplicables las reglas previstas en los artículos antes citados respecto de la prioridad negociadora de las secciones sindicales que tengan mayoría en el comité. Y teniendo en cuenta, también, que debe haber una correspondencia entre la representación legal que negocia y los trabajadores afectados, de suerte que será nulo un acuerdo modificatorio adoptado por la entidad cesionaria con sus representantes y que afecte a los trabajadores de la cedente sin que se haya dado cabida en la negociación a, en su caso, los representantes de estos últimos¹¹.

¹⁰ VALDÉS DAL-RE, 2002, 17.

¹¹ Véanse, por todas, las SSTs de 14 de mayo de 2014, R. 2232/2013; 11 de febrero de 2015, R. 2613/2013; 9 de marzo de 2015, R. 471/2014; 15 de diciembre de 2016, R. 4177/2015; 21 de diciembre de 2016, R. 3245/2015; 23 de marzo de 2017, R. 377/2016 y 5 de abril de 2017, R. 376/2016. El supuesto de hecho de estas sentencias se refiere a una modificación sustancial de condiciones de trabajo, en el marco de una sucesión de concesiones administrativas, en la que el acuerdo modificatorio se adoptó en la concesionaria entrante en fechas muy próximas a la incorporación de los trabajadores de la saliente. Por tanto, se trata de una modificación sustancial y de una sucesión de contratos, no es propiamente un acuerdo modificatorio en el seno de una sucesión de empresa, pero las conclusiones y la argumentación jurídica resultan aplicables al presente caso.

En este punto, el silencio que el artículo 44. 9 ET mantiene sobre el proceso de consulta, obliga a acudir al artículo 41. 4 ET, que determina cuál es la representación que negocia cuando no hay representantes de los trabajadores, o cuando la medida afecta a unos centros y no a otros, o cuando algunos de los centros no tienen representantes.

Así, tras indicar la prioridad negociadora de las secciones sindicales, señala que, en defecto de lo anterior, la existencia de otras representaciones en el caso de empresas de varios centros de trabajo, requeriría que, en los respectivos instrumentos negociales, que deben dotar de contenido la representación de los trabajadores que se instaure en su ámbito, establezcan este deber de consulta. A tenor del mismo, la intervención como interlocutores se regirá por las siguientes reglas:

a) Si el procedimiento afecta a un único centro de trabajo, corresponderá al comité de empresa o a los delegados de personal. En el supuesto de que en el centro de trabajo no exista representación legal de los trabajadores, estos podrán optar por atribuir su representación para la negociación del acuerdo, a su elección, a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por estos democráticamente o a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma.

En el supuesto de que la negociación se realice con la comisión cuyos miembros sean designados por los sindicatos, el empresario podrá atribuir su representación a las organizaciones empresariales en las que estuviera integrado, pudiendo ser las mismas más representativas a nivel autonómico, y con independencia de que la organización en la que esté integrado tenga carácter intersectorial o sectorial.

b) 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 que se constituirá de acuerdo con las siguientes reglas:

1.^a Si todos los centros de trabajo afectados por el procedimiento cuentan con representantes legales de los trabajadores, la comisión estará integrada por estos.

2.^a Si alguno de los centros de trabajo afectados cuenta con representantes legales de los trabajadores y otros no, la comisión estará integrada únicamente por representantes

legales de los trabajadores de los centros que cuenten con dichos representantes. Y ello salvo que los trabajadores de los centros que no cuenten con representantes legales opten por designar la comisión a que se refiere la letra a), en cuyo caso la comisión representativa estará integrada conjuntamente por representantes legales de los trabajadores y por miembros de las comisiones previstas en dicho párrafo, en proporción al número de trabajadores que representen.

En el supuesto de que uno o varios centros de trabajo afectados por el procedimiento que no cuenten con representantes legales de los trabajadores opten por no designar la comisión de la letra a), se asignará su representación a los representantes legales de los trabajadores de los centros de trabajo afectados que cuenten con ellos, en proporción al número de trabajadores que representen.

3.ª 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 en la letra a), en proporción al número de trabajadores que representen.

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

3. CONTENIDO

En cuanto al contenido de la consulta, en primer término, el artículo 44.9 ET sólo menciona a las medidas laborales que el cambio de titularidad provoca en los trabajadores, lo que, por lo pronto, circunscribe o limita los procedimientos de consultas a estas medidas¹². En segundo término, en la línea mantenida hasta ahora, los trabajadores afectados han de entenderse en sentido amplio, esto es, no sólo los afectados por la sucesión sino por todos aquellos que se ven afectados en sus condiciones con motivo de la transmisión, en los términos que enseguida veremos. Precisamente, en tercer término, ha de analizarse qué medidas son objeto de consulta. El artículo 44. 9 ET tras mencionar la exigencia de consulta para adoptar medidas laborales y las exigencias y plazo del

¹² VALDÉS DAL-RE, 2002, 11, 20.

correspondiente procedimiento, indica que cuando las medidas previstas consistieren en traslados colectivos o en modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, el procedimiento del periodo de consultas al que se refiere el párrafo anterior se ajustará a lo establecido en los artículos 40.2 y 41.4 ET.

Cuáles sean estas medidas ha suscitado dos posiciones doctrinales. Una concluye que son todas aquellas que no están comprendidas en procedimientos específicos de consulta en el texto estatutario, en el bien entendido de que se trata de medidas que alteran la posición contractual de los trabajadores al amparo del ejercicio de poderes empresariales distintos de los llamados poderes fuertes de dirección (especificación de la prestación laboral y variación no sustancial)¹³. Otra considera que en las medidas laborales se incluyen también las decisiones empresariales que afectan al modo en que se presta la actividad laboral y que no se incluyen en las anteriores, como puedan ser las adaptaciones de perfiles profesionales, el reciclaje profesional, la aplicación de pautas de comportamiento con la clientela, la uniformidad, los códigos éticos, la utilización de medios informáticos, etc. Se trata de decisiones que podría introducir por sí misma la empresa (en virtud de su poder de dirección), a veces sin necesidad de seguir trámite alguno, a veces solicitando informe previo al comité de empresa (por ejemplo, para establecer planes de formación profesional o implantar un sistema de control del trabajo; artículo 64. 1. 4º ET)¹⁴. Para ambos sectores doctrinales el artículo 44. 9 ET produce una extensión del ámbito del procedimiento de consultas, si bien es mucho más amplia en el segundo caso, pues mientras la primera posición apuesta por que el período de consulta se inicie ante cambios relevantes, la segunda considera que han de consultarse todas las medidas a adoptar.

En mi opinión, una interpretación literal y sistemática del artículo 44.9 ET lo acerca a la primera posición. Así, la remisión a los procedimientos de modificación colectiva previstos en los artículos 40 y 41 ET, sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo y traslados, y el silencio respecto de otros está enfocando hacia las medidas que han de ser objeto de consulta. Y una primera conclusión es que el objeto de la consulta son las modificaciones contractuales de relevancia, pero serán objeto de consulta con independencia de que no lleguen a los umbrales previstos en dichos preceptos¹⁵. En este sentido, el silencio respecto a la remisión del artículo 47 ET, sobre suspensiones del

¹³ VALDÉS DAL-RE, 2002, 21.

¹⁴ SEMPERE NAVARRO, 2007, 9.

¹⁵ Estos preceptos indican que la medida empresarial en cuestión tiene carácter colectivo cuando afecta a partir de 10 trabajadores en empresas de menos de 100 trabajadores, a partir del 10 % trabajadores en empresas de entre 100 y 300 y a partir de 30 trabajadores en empresas de más de 300. En el caso de los traslados, se considera colectivo el traslado de toda la plantilla si es de más de 5 trabajadores.

contrato y reducciones de jornada, parece elocuente, porque se trata de un precepto que exige un procedimiento de consultas con independencia del carácter individual o colectivo de la medida.

Pero, además, razones sistemáticas apoyan esta interpretación y la perfilan. En el artículo 64 ET la consulta se reserva a decisiones empresariales de especial importancia, el mejor ejemplo lo encontramos en el párrafo 5. A su tenor, el comité de empresa deberá ser consultado sobre decisiones empresariales que provoquen cambios relevantes en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo. La referencia en plural a los contratos de trabajo, así como a la organización del trabajo indica que se trata de medidas de carácter supraindividual.

Por su parte el significado de “cambios relevantes” ha sido interpretado como cambios cuyo ámbito material coincide con el de modificación sustancial, esto es, se trata de una variación que provoca una transformación de los aspectos básicos del contrato o de la organización del trabajo, de forma que pasan a ser otros. Que los ámbitos materiales coincidan no significa, sin embargo, que la funcionalidad de los cambios relevantes se agote en el instituto de la modificación sustancial¹⁶. Si los procesos de consulta se vinculan a lo largo del ET a cambios relevantes o sustanciales, carece de sentido que el artículo 44 ET varíe estas coordenadas.

Parece lógico concluir que deberá iniciarse un proceso de consulta para negociar sobre todas las medidas que prevean adoptarse con ocasión de la transmisión, de modo que aunque se trate de medidas concretas que afecten a trabajadores particulares, en conjunto son medidas de matriz cuanto menos plural, esto es, que afectan a varios trabajadores. De modo que se abrirá este procedimiento de consultas, por ejemplo, cuando el traspaso de empresas conlleve traslados por debajo de los umbrales previstos en el artículo 40 ET y cuando motive modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo que no estén incluidas en el elenco del artículo 41 ET o afecten a un número de trabajadores que no alcance los umbrales que el mismo determina para la apertura del procedimiento de consultas. Y estas medidas, que por sí mismas no alcanzan los umbrales de los artículos citados, se tratarán en un mismo procedimiento. De esta manera, el artículo 44. 9 ET ha tenido el efecto de extender el derecho de consulta a estas modificaciones¹⁷, para las que, además, no se exigen las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

¹⁶ VALDÉS DAL-RE, 2008 (b), 4, 6-8, in extenso.

¹⁷ VALDÉS DAL-RE, 2002, 22 y 23.

Por ello, cuando se trate de modificaciones sustanciales y traslados que superen los umbrales previstos en los artículos 40 y 41 ET, se acudirá a los procedimientos específicos contemplados en dichos preceptos, en el bien entendido de que en estos casos es necesaria la concurrencia de alguna de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Y es precisamente esta cuestión la que permite aclarar el silencio del artículo 44. 9 ET respecto del artículo 51 ET que, aunque ha desconcertado a algún autor, que ha visto en ello el excesivo apego del legislador español al texto de la Directiva¹⁸, se comprende desde la óptica de que la sucesión de empresa no puede implicar por sí misma la ruptura del vínculo contractual laboral. De otra forma dicho: con motivo de la transmisión no podrá despedirse a los trabajadores.

En consecuencia, con ocasión de la transmisión, la cesionaria podrá verse en la necesidad de adoptar diversas medidas relevantes sobre los trabajadores de la entidad y que impliquen, entre otras, traslados, modificaciones y suspensiones que requerirán seguir un procedimiento de consultas. Y a falta de mayor concreción sobre en qué consiste el mismo, ha de entenderse que de acuerdo con los preceptos estatutarios que contemplan procedimientos de consulta, deberá versar sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados.

Por lo demás, y para finalizar, ha de señalarse que, si con posterioridad a la transmisión de la empresa, surge la necesidad de adoptar las medidas previstas en los artículos 40, 41, 47, 51 o 52 ET motivadas en causas económicas, organizativas, técnicas o de producción, no hay impedimento alguno para abordarlo, con las particularidades que en su caso introduzcan los convenios colectivos. Ciertamente, la frontera entre una decisión con ocasión de la transmisión y la existencia de causas organizativas o productivas es muy tenue, pero, sea como fuere, la ley obliga a diferenciar las medidas con ocasión de la transmisión y las demás, lo que explica que la justificación de cada una de ellas debe acomodarse a lo previsto en la norma, y en particular un despido deberá justificarse en la existencia de las causas que la ley contempla y dadas las circunstancias en las que se produce, la justificación ha de ser especialmente cuidada.

4. ESPECIAL REFERENCIA A LA SITUACIÓN DE LOS TRABAJADORES DE LA ENTIDAD REVERTIDA

¹⁸ SEMPERE NAVARRO, 2007, 8.

Un caso particular en el marco del proceso de consultas lo constituye, sin duda, la situación de los trabajadores “revertidos”. Como se sabe, salvo en los casos en los que se trate de sociedades mercantiles, estos trabajadores ingresan como empleados públicos, cuando no han pasado por los procesos de selección necesarios a efectos de dar cumplimiento a los principios de igualdad, mérito y capacidad de los artículos 23.2 CE y 103.3 CE y los artículos 55 y ss. EBEP¹⁹, lo que implica su consideración como indefinidos no fijos²⁰. Sin perjuicio de que la incorporación a la nueva empresa con esta modalidad contractual no cumple con el mantenimiento de las condiciones a que obliga el artículo 44 ET y que implica, en los casos de los trabajadores que ostentaban la condición de indefinidos, un claro perjuicio; lo cierto es que habría de tratarse dicha situación y sobre todo, las vías de superación de la precariedad que conlleva la condición de indefinido no fijo²¹, incluso, si es necesaria la amortización de sus puestos.

Cabe cuestionarse igualmente si podría constituir materia de consulta, las previsiones en torno a la inclusión posibilidad de incluir los puestos en la RPT o sistema equivalente, la existencia o no de restricciones presupuestarias para realizar una oferta de empleo público que regularice las mismas, el plazo en el que pueden convocar dicha oferta, así como las condiciones en que los trabajadores van a participar en las pruebas.

Pues bien, cuando se trata de estas materias, han de considerarse dos cuestiones, la primera es que las mismas pueden afectar a todos los empleados públicos, no sólo al personal laboral. Y la segunda es que como materia de consulta no está prevista en el EBEP. El artículo 74 EBEP contempla que las Administraciones se dotarán de una RPT o instrumento similar, si bien no siempre es así²². En virtud del artículo 37.2 a) EBEP, las decisiones de la Administración que afecten a sus potestades de organización, entre la que se encuentra la RPT, quedan excluidas de la negociación colectiva, pero la modificación de la misma debe negociarse²³. Negociación que tendría lugar con la representación conjunta

¹⁹ Impedir esta situación se encuentra en la base del artículo 301.4 de la Ley de Contratos del Sector Público cuando contempla que “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.”

²⁰ En el caso de que la actividad pase a realizarla una sociedad mercantil pública, dicha modificación no se produce al quedar excluidas éstas del sistema de acceso al empleo público. Véase al respecto las SSTs de 18 de septiembre de 2014, R. 2320/2013 y R. 2323/2013 y de 6 de julio de 2016, R. 229/2015. Para el caso de las empresas públicas, en cambio, los trabajadores revertidos sí que pasarían a ser indefinidos no fijos. Véase, por todas, STS de 23 de noviembre de 2016, R. 91/2016.

²¹ Si bien tras la STS de 24 de junio de 2014, R. 217/2013 y las numerosas sentencias posteriores que han consolidado esta jurisprudencia, la aplicación de los artículos 51 y 52 a la amortización de la vacante ha venido a matizar esta precariedad.

²² VIVERO SERRANO, 2009, 86 y ss.

²³ ROQUETA BUJ, 2007, 8.

de funcionarios y trabajadores en el ámbito municipal, de matriz sindical, en el marco de la mesa general de negociación local (artículo 36. 3 EBEP) y que podrá referirse también a “los criterios generales sobre ofertas de empleo público” [artículo 37. 1 l) EBEP] que, aunque no implica que dicha oferta se haya incluido en la esfera negocial, sí que contempla una incidencia de la mesa general de negociación en su configuración.

Pero tal como acaba de verse, de las normas reguladoras de la negociación colectiva en la función pública, no parece que pueda deducirse que las materias indicadas puedan incluirse en la consulta previa a la transmisión, que es el objeto y la finalidad del proceso de consultas. En consecuencia, sin perjuicio de que las mismas formen parte de un proceso negociador posterior, puede concluirse que, para los casos de reversión administrativa, el EBEP no contempla un proceso de consulta con las representaciones conjuntas de funcionarios y trabajadores equiparable a la existente en el ET con la representación de los trabajadores.

5. PLAZO

El período durante el cual ha de desarrollarse el procedimiento queda abierto en el artículo 44 ET, que únicamente hace referencia de nuevo a la “suficiente antelación”. El convenio colectivo podría indicar este plazo, pero no parece que constituya una de las materias prioritarias de negociación, por lo que habría que entender, interpretando sistemáticamente el precepto con los que establecen procedimientos de consulta para materias específicas, que el período no puede exceder de la duración que el ET ha previsto para aquellos, quince días como máximo tras la reforma de la Ley 35/2010. El mínimo debería garantizar, en todo caso, que la consulta se realizara en términos que permitieran una negociación real y alcanzar un acuerdo. De ahí que, en estos casos, la suficiente antelación prevista como condición en el artículo 44. 9 ET, requiera una diligencia especial por parte de la entidad cesionaria para que la consulta se pueda realizar en las anteriores condiciones.

Parece, por lo demás, que tampoco hay en este punto inconveniente para aplicar analógicamente el artículo 41. 4 ET, que al respecto señala que la comisión representativa de los trabajadores deberá quedar constituida con carácter previo a la comunicación empresarial de inicio del procedimiento de consultas. A estos efectos, la dirección de la entidad correspondiente, u órgano similar, deberá comunicar de manera fehaciente a los trabajadores o a sus representantes su intención de iniciar el procedimiento de adopción

de medidas de que se trate. El plazo máximo para la constitución de la comisión representativa será de siete días desde la fecha de la referida comunicación, salvo que alguno de los centros de trabajo que vaya a estar afectado por el procedimiento no cuente con representantes legales de los trabajadores, en cuyo caso el plazo será de quince días.

Transcurrido el plazo máximo para la constitución de la comisión representativa, la dirección de la empresa podrá comunicar el inicio del periodo de consultas a los representantes de los trabajadores. La falta de constitución de la comisión representativa no impedirá el inicio y transcurso del periodo de consultas, y su constitución con posterioridad al inicio del mismo no comportará, en ningún caso, la ampliación de su duración.

El empresario y la representación de los trabajadores podrán acordar en cualquier momento la sustitución del periodo de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho periodo.

IV. LAS OBLIGACIONES DE LOS REPRESENTANTES. EL DEBER DE SIGILO

Aunque nada diga el artículo 44 ET, resulta indudable que el deber de sigilo constituye el reverso del derecho de los representantes de los trabajadores a ser informados Y. en su caso, de los de los funcionarios, también en los casos de cambio de titularidad empresarial. En este punto resultará aplicable el artículo 65 ET, que acoge las disposiciones de la Directiva 2000/14 al respecto, si bien con matizaciones, los artículos 22 de la Ley 10/1997 y 31/2006 con idéntico contenido y el artículo 41. 3 EBEP.

A tenor del artículo 65 ET, los sujetos de este deber son, de un lado, los miembros del comité de empresa, expresión, como se sabe, extensible a todos los órganos de representación unitaria y sindical de los trabajadores, y de otro, los expertos que les asistan. Noción, ésta de expertos, que es lo suficientemente amplia como para entender incluidos a cualquier tercero que asesore a los representantes, con independencia del título o condición profesional con la que actúe²⁴. Para el caso de los primeros, además, el deber subsiste tras la expiración de su mandato e independientemente del lugar en que se

²⁴ GÓMEZ ABELLEIRA, 2008, 16.

encuentren (artículo 65.3 ET), entendiéndose esta última referencia a la irrelevancia de la continuación en la prestación de servicios.

El objeto del deber es la información que expresamente haya sido comunicada con carácter reservado, en legítimo y objetivo interés de la empresa o del centro de trabajo. En consecuencia, si bien la confidencialidad se decreta por la parte informante, la empresa, sólo se admite la misma si concurre en ella un elemento objetivable, el legítimo y objetivo interés de la empresa o del centro de trabajo²⁵; aunque los árbitros de dicha objetividad no serán los receptores de la información, que únicamente podrán reclamar ante la jurisdicción social el carácter no reservado de la misma, sin que el precepto les reconozca *ius resistendae* alguno y por tanto la posibilidad de desvelar dicha información²⁶.

En todo caso y como manifestación más del principio de buena fe que del deber de sigilo, el precepto indica que ningún tipo de documento entregado por la empresa al comité podrá ser utilizado fuera del estricto ámbito de aquélla ni para fines distintos de los que motivaron su entrega. Además, y como excepción, el artículo 65. 4 ET señala que la empresa no estará obligada a comunicar aquellas informaciones específicas relacionadas con secretos industriales, financieros o comerciales cuya divulgación pudiera, según criterios objetivos, obstaculizar el funcionamiento de la empresa o del centro de trabajo u ocasionar graves perjuicios en su estabilidad económica. No obstante, esta excepción no abarca aquellos datos que tengan relación con el volumen de empleo en la empresa.

Lo anterior, que constituye el núcleo duro del deber de sigilo, requiere ser matizado para los casos de sucesión de empresa. Habría que entender que la confidencialidad de la información relativa a la sucesión tiene un período de tiempo, pasado el cual dicha confidencialidad no tiene sentido, pues los extremos sobre los que han de informar cedente y cesionario tienen que poder ser comunicados a los trabajadores afectados. Como se indicó anteriormente, la información no termina con los representantes de los trabajadores, sino que éstos han de hacer lo propio con sus representados y en materia de cambio de titularidad empresarial ha de entenderse que ninguna confidencialidad ha de sustraer a éstos del conocimiento, en los términos que maneja el artículo 44 ET, de la sucesión y de sus consecuencias.

En esta línea, la subsistencia del deber de sigilo de la que trata el artículo 65. 3 ET se entendería únicamente para elementos de la transmisión de empresa que no tuvieran que ver con los extremos anteriores y que continuaran estando bajo reserva, pues pasado

²⁵ GÓMEZ ABELLEIRA, 2008, 17.

²⁶ PEDRAJAS MORENO y SALA FRANCO, 2008, 6.

el tiempo la reserva en la información puede carecer de sentido. Con otras palabras, la subsistencia del deber de sigilo se circunscribiría a la información que continuase siendo reservada, no respecto de toda aquella que en su día hubiera sido calificada como tal.

Del mismo modo, respecto de los secretos sobre los que la empresa no tiene obligación de informar, por el perjuicio que le pudiera provocar, el propio artículo 65 ET contempla como excepción la afección al volumen de empleo. Como el cambio de titularidad empresarial afectará en los más de los casos al mismo, parece que dichas cuestiones en el marco de un negocio jurídico traslativo convertiría estos datos en materia transmisible. Será necesario, no obstante, dada la relevancia de los secretos anteriores, que en el ámbito de un cambio de titularidad se discierna qué datos de los ofrecidos por las empresas es necesario comunicar al resto de los trabajadores conforme a los extremos previstos en el artículo 44 ET, sin que la pura afección al volumen de empleo implique, de por sí, desvelar dichos datos.

Para el caso de que la información haya de transmitirse también a los representantes de los funcionarios, habrá de acudirse al artículo 41. 3 EBEP, según el cual, “cada uno de los miembros de la Junta de Personal y ésta como órgano colegiado, así como los Delegados de Personal, en su caso, observarán sigilo profesional en todo lo referente a los asuntos en que la Administración señale expresamente el carácter reservado, aún después de expirar su mandato. En todo caso, ningún documento reservado entregado por la Administración podrá ser utilizado fuera del estricto ámbito de la Administración para fines distintos de los que motivaron su entrega”. Y al que pueden aplicársele las reflexiones anteriores.

V. LAS CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE EMPRESARIOS Y TRABAJADORES

Hasta ahora se ha hecho referencia a tres tipos de deberes u obligaciones que tienen su reverso en derechos que ostentan los acreedores de dichas obligaciones. Así existe una obligación de informar, otra de consultar y una última de mantener sigilo sobre la información, lo que se traduce, respectivamente, en un derecho a ser informado, que ostenta la representación de los trabajadores y las de los empleados públicos y éstos individualmente, otro derecho de los representantes de los trabajadores a ser consultados y, por último, un derecho del empresario o entidad local a que no se transmitan

determinadas informaciones. En este apartado se trata de analizar qué sucede si se desobedecen estos mandatos y qué mecanismos articula el ordenamiento jurídico para reclamar por su incumplimiento o para hacerlos cumplir.

Previamente ha de indicarse, por una parte, que el incumplimiento de los deberes de información y consulta no parece llevar aparejada la nulidad del negocio jurídico causante del cambio de titularidad empresarial, por no constituir un elemento esencial de dicho negocio jurídico. Así, la Directiva 2000/23 no impone la nulidad de la transmisión cuando se incumplen estas exigencias; un análisis de la literalidad del artículo 44. 1 ET, que anuda el efecto subrogatorio al cambio de titularidad, sin condición alguna, lo confirma. También desde un punto de vista sistemático se corrobora esta interpretación pues, si se anulara la sucesión por esta causa sería imposible el supuesto de hecho del artículo 7. 11 LISOS, relativo al incumplimiento del deber de información a los trabajadores afectados por una sucesión de empresa y, por último, si se atiende a la finalidad de la regulación de la sucesión de empresa, que es imponer una garantía de subrogación para los trabajadores, carecería de sentido que un incumplimiento empresarial la dejara sin efecto²⁷.

Lo que sí parece claro, en cambio, es que la falta de consulta podría provocar la nulidad de las medidas adoptadas, no la de la transmisión. Por otra parte, el incumplimiento del deber de sigilo podrá llevar aparejada la adopción de medidas disciplinarias por parte de la empresa contra los representantes de los trabajadores.

1. LA VÍA ADMINISTRATIVA SANCIONADORA

En la LISOS, entre las infracciones graves, el artículo 7.7 tipifica la trasgresión de los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores y delegados sindicales, en los términos que legal o convencionalmente estuvieran establecidos. Precepto que, aunque previsto para todos los derechos de información y consulta y precisamente por eso, resulta aplicable no sólo a los del artículo 64 ET sino también a los del artículo 44 ET.

El artículo 7. 11 LISOS se refiere, por su parte, al incumplimiento del deber de información a los trabajadores afectados por una sucesión de empresa establecido en el artículo 44. 7 ET.

²⁷ SEMPERE NAVARRO, 2007, 7.

Junto a ellos habrán de tenerse en cuenta dos preceptos más. El artículo 9 LISOS, relativo a las infracciones en materia de derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresa de dimensión comunitaria. Y el artículo 10 bis LISOS sobre infracciones en materia de derechos de información, consulta y participación de los trabajadores en las sociedades anónimas y sociedades cooperativas europeas. Ambos preceptos califican como muy grave las acciones u omisiones que impidan el ejercicio efectivo de los derechos de información y consulta, y participación en el caso de las sociedades europeas, de los representantes de los trabajadores, incluido el abuso en el establecimiento de la obligación de confidencialidad en la información proporcionada o en el recurso a la dispensa de la obligación de comunicar aquellas informaciones de carácter secreto.

No se llega a entender por qué la vulneración de los derechos de información y consulta es más grave cuando se producen respecto de representantes de grupos de empresa de dimensión comunitaria o sociedades anónimas o cooperativas europeas. Según sea el ámbito donde haya de producirse la información o la consulta, por tanto, el incumplimiento podrá dar lugar a una sanción grave, si se trata de representaciones de empresas nacionales, o muy grave si se trata de representaciones de las citadas empresas europeas.

Consecuencia de ello es que, sea porque así se establezca en el acuerdo que ha de configurar los contenidos de los deberes de información y consulta de los representantes en los grupos de empresa de dimensión comunitaria o en la sociedad europea, o porque la normativa subsidiaria así lo dispone, podría darse el caso de que las empresas fueran sancionadas por dos vías. Una a través del artículo 7.7 LISOS y otra, dependiendo de los casos, por el artículo 9. 2 c) LISOS o 10 bis 2 c) LISOS. No resultaría de aplicación el principio de *non bis in idem* a estos supuestos por cuanto exige la identidad de sujetos, hecho y fundamento y, por lo pronto, la identidad de sujetos entre los representantes de los trabajadores que tienen derecho a ser informados o consultados no se da.

Las infracciones anteriores implican una sanción, en caso de falta grave, que abarca desde 626 a 6.250 euros, y en caso de falta muy grave de 6.251 a 187.515 euros. Cada una de ellas puede aplicarse en grado mínimo, medio o máximo dependiendo de los criterios en la graduación de las sanciones que especifica el artículo 39 LISOS.

En particular hay dos supuestos en los que los criterios de graduación van a cobrar especial importancia. Se trata, de un lado, de la obstrucción por parte de la empresa del acceso a la información, sobre la base de lo previsto en el artículo 65. 4 ET, sin que se den

los requisitos para ello. En estos casos la voluntad de no informar utilizando un subterfugio legal cercano al abuso de derecho motivaría la imposición de la sanción correspondiente a la infracción del artículo 7. 7 LISOS en grado medio o máximo, pues indica una conducta consciente de provocar una ocultación en la información más grave que la falta de información en sí a la que se refiere el precepto. La infracción prevista en los artículos 9 y 10 bis contienen esta posibilidad por lo que, aunque nada impediría imponer el grado mínimo de la sanción, parece que la voluntad de no informar revelada a través de la imposición del deber de secreto exige el grado medio o máximo.

De otro lado, y en sentido contrario, en los supuestos en los que la falta de información se debiese al convencimiento, por parte de los empresarios implicados, de que el negocio jurídico no constituía un cambio de titularidad, el grado de la sanción sería el mínimo. Dada la volatilidad de los elementos que definen un cambio de titularidad empresarial, hay zonas grises como las sucesiones de contratas o la reversión de actividad, que pueden ser calificadas como transmisión de empresa. Si así se determinase en sede judicial, cabría la posibilidad, dependiendo siempre del caso concreto, de considerar que la falta de información de los empleadores en materia de sucesión de empresa no obedece a una intención expresa al respecto, sino a una interpretación razonable del negocio jurídico que emprendían y en consecuencia, que la sanción a imponer fuera la de grado mínimo. Un elemento que podría evidenciar la voluntad de los empleadores es que sí hubieran informado sobre los extremos previstos en el artículo 42 ET.

2. LA VÍA JUDICIAL

La reclamación por la vía judicial de los trabajadores -los funcionarios o sus representantes articularán sus pretensiones en el orden contencioso- podrá hacerse a través de diversas modalidades procesales según los casos. Los artículos 65.5. ET y 153.3 de la Ley 36/2011 Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) señalan que la impugnación de las decisiones de la empresa de atribuir carácter reservado o de no comunicar determinadas informaciones a los representantes de los trabajadores se tramitará conforme al proceso de conflictos colectivos de los artículos 153 y ss. LRJS. Proceso que también encauzará, a tenor de los mismos preceptos, los litigios relativos al cumplimiento por los representantes de los trabajadores y por los expertos que les asistan de su obligación de sigilo; introduciendo con ello un elemento disonante como es que se tramite

por esta vía un conflicto que puede enfrentar al empresario con un representante o un tercero, esto es, con sujetos individuales²⁸.

Por su parte, cuando se trate de trabajadores individuales que, en ausencia de representación, no hayan sido informados, se entiende que éstos deberán acudir al procedimiento ordinario y el mismo procedimiento cabría para los casos en los que el incumplimiento proviniese de los representantes que no transmitieran la información dada por las empresas. Por último, cuando los representantes sean sindicales, el incumplimiento de los deberes de información y consulta podrá articularse también a través del proceso de tutela de la libertad sindical de los artículos 177 y ss. LRJS.

La imposibilidad de cumplimiento *in natura* de la obligación de información y consulta motivará, cuando menos en el caso del derecho de información, la reclamación de indemnización de daños y perjuicios. En efecto, el incumplimiento del deber de información se constatará cuando se haga efectivo el cambio de titularidad, cuando la información habrá perdido toda su razón de ser. Y lo mismo sucede con el incumplimiento del deber de sigilo, que es una obligación de no hacer de tracto único que se vulnera con la revelación de la información reservada. Los daños y perjuicios serán de carácter material o moral, según los casos. Cuando sea el trabajador individual quien demande a los representantes, aquél y éstos al empresario, o éste a quien haya incumplido el deber de sigilo, el daño emergente y lucro cesante podrán ser indemnizados. Cuando los demandantes sean los representantes de los trabajadores, la indemnización podrá ser también por daños morales, por el daño a la institución representativa que dicha conducta conlleva, lo que será más claro en el marco de un proceso de tutela de libertad sindical, por la vinculación existente entre daño moral y vulneración de derechos fundamentales. En todo caso, será necesario ofrecer elementos de cuantificación tanto en uno como en otro tipo de daños indemnizables.

Para el supuesto de incumplimiento del deber de consulta, que se verificará cuando se impongan las medidas derivadas de la transmisión, los representantes de los trabajadores podrán acudir a la vía de conflicto colectivo en demanda de la declaración de nulidad de las medidas empresariales adoptadas en desconocimiento de este deber. Dicha solución es la adoptada en la normativa laboral para los incumplimientos de los deberes de consulta en los artículos 40 y 41 ET (artículo 138. 7 LRJS) y, además, la nulidad constituye la única vía de obligar al empresario a proceder a la consulta.

²⁸ PEDRAJAS MORENO y SALA FRANCO, 2008, 8. Véase también GÓMEZ ABELLEIRA, 2008, 21.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “Los derechos de información de los trabajadores en las ofertas públicas de adquisición de valores (El artículo 25 del Real Decreto 1066/2007, de 28 de julio”, RL nº 8, 2010.
- GÓMEZ ABELLEIRA, J., “Una nueva modificación de la legislación laboral para transponer Derecho comunitario: la Ley 38/2007 y las Directivas 2002/14/CE, sobre información y consulta de los trabajadores, y 2002/74/CE, sobre su protección en caso de insolvencia empresarial”, RL nº 7, 2008, ejemplar de la base de datos de La Ley Laboral.
- MERCADER UGUINA, J. R., “Doble canal de representación en la empresa: ¿reparto de roles o solapamiento de funciones?” en AA. VV., Representación y Representatividad colectiva en las relaciones laborales. Libro homenaje a Ricardo Escudero, Albacete, 2017.
- PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T., “Competencias y deber de sigilo de los representantes de personal en l empresa y protección de los trabajadores en caso de insolencia empresarial”, AL nº 3, 2008, ejemplar de la base de datos de La Ley Laboral.
- ROQUETA BUJ, R., “El ámbito objetivo de la negociación colectiva funcionarial y laboral de las Administraciones Públicas” en AA. VV., La negociación colectiva en las Administraciones Públicas a propósito del Estatuto Básico del Empleado Público, CGPJ, Manuales de Formación Continuada 741/2007, Madrid 2007.
- SANGUINETI RAYMOND, W., “El régimen laboral de la sucesión de empresa: puntos críticos tras su reforma”, RL nº 21, 2004, ejemplar de la base de datos de La Ley Laboral.
- SEMPERE NAVARRO, A. V., “Comentario al artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. La sucesión de empresa (II)”, BIB 2007/3227, ejemplar de la base de datos de Westlaw.
- VALDÉS DAL-RE, F.:
 - o 2001, “Los derechos de información y consulta de los trabajadores en la transmisión de empresa: la inadecuación del derecho interno a la legislación comunitaria”, RL, nº 6.

- 2002 “Las garantías colectivas en la transmisión de empresa”, RL. nº 11, ejemplar de la base de datos de La Ley Laboral.
 - 2008 (a) “Los derechos de información y consulta en el Derecho social comunitario”, RL, nº 9, ejemplar de la base de datos de La Ley Laboral.
 - 2008 (b) “Una lenta pero incisiva reforma: el reforzamiento de los derechos de información y consulta (II), RL, nº 12, ejemplar de la base de datos de La Ley Laboral.
- VIVERO SERRANO, J B., El acceso al empleo público en régimen laboral, Valencia 2009.

3^a

sessió

20/12/17

Poder de control, sistemes tecnològics i drets dels empleats públics.

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

L'ocupació pública després de la crisi.

Manuel Férez Fernández, professor de Dret a ESADE i professor titular de la Universitat Ramon Llull.

Envelliment i servei públics: les polítiques d'edat a l'ocupació pública en el pròxim decenni.

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

Poder de control, sistemas tecnològics i drets dels empleats públics

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

Índice: **1.- LAS POTENCIALIDADES TECNOLÓGICAS DE CONTROL EN EL MARCO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. 2.- LÍMITES: SUS VIDRIOSAS ARISTAS. 2.1.-** Los quehaceres extralaborales: excepciones. 2.1.1.- Menoscabo de los intereses de la Administración. 2.1.2.- Riesgos para la integridad física de terceros. 2.1.3.- Control de situaciones de incapacidad temporal. 2.1.4.- “Locus laboris”. Sus difusas fronteras. 2.2.- La vigilancia en tiempo y lugar de trabajo. Los peligros de una visibilidad permanente ante la Administración electrónica y las obligaciones de transparencia. **3.- DERECHOS FUNDAMENTALES VS LIBERTAD DE EMPRESA. 4.- ACTIVISMO JUDICIAL. 4.1.-** Vídeo vigilancia. Data vigilancia. 4.2.- Terminales informáticos. 4.2.1.- Mensajería electrónica. 4.2.2.- Navegación por internet. 4.2.3.- Aproximación a la casuística apreciación de los Tribunales. A) Tribunal Europeo de Derechos Humanos. B) Tribunal Constitucional. C) Tribunal Supremo. D) Algunas sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia. **5.- REDES SOCIALES 5.- ALGUNOS PRESUPUESTOS DE VALIDEZ EN EL CONTROL EMPRESARIAL. 6.- VIGILANCIA AUDITIVA. 7.- INSTRUMENTOS DE CONTROL DE ACCESO: TARJETAS, INFRARROJOS, RADIOFRECUENCIA Y CONTROLES BIOMÉTRICOS. 8.- GEOLOCACIÓN. 9.- ALGUNOS PRESUPUESTOS DE VALIDEZ EN EL CONTROL. 10.- EL PREOCUPANTE FENÓMENO DEL TECNO-ESTRÉS. 10.1.-** Los denominados entornos administrativos “cibercientíficos” como caldo de cultivo óptimo para el surgimiento de dolencias psicosociales. 10.2.- El teletrabajo y la sensación de claustrofobia.

1. LAS POTENCIALIDADES TECNOLÓGICAS DE CONTROL EN EL MARCO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Cierto es que las nuevas tecnologías de la información y comunicación se han establecido y consolidado rápida, firme y definitivamente en el actual contexto laboral, privado y público, incardinándose como un elemento más en las formas y modos de prestar servicios y –cómo no-- en las relaciones entre empleados y empresarios, máxime si pertenecen al sector público, pues en los tiempos actuales es casi inimaginable una Administración no conectada a la red o que no disponga de equipos informáticos ante las exigencias de la denominada “administración electrónica”, escenario en el que la tramitación *on line* debe constituir la actuación habitual de las Administraciones en sus múltiples vertientes de gestión interna, de relación con los ciudadanos y de relación de aquellas entre sí. No menos verdad resulta que, además de contribuir de forma decisiva al incremento de la eficacia y de la eficiencia, permitiendo optimizar recursos y mejorar la dispensa de servicios a favor de los usuarios, presentan un doble lado oscuro¹:

¹ PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 1991, pág. 72.

Por una parte, un manejo por los empleados para fines privados durante la jornada de trabajo, que plantea, desde la perspectiva de gestión, numerosos inconvenientes o perjuicios, derivados del daño económico, *lucrum cesans*, es decir, del tiempo no dedicado al desarrollo efectivo del trabajo sino a menesteres diversos que redundan en la disminución del rendimiento. De otro, la intensificación en las posibilidades de vigilancia y control de los empleados en su puesto de trabajo y fuera del mismo y su utilización como medio de prueba para acreditar los comportamientos irregulares justificativos de una separación del servicio, de un despido o de otro tipo de sanciones, circunstancia que en algunas ocasiones puede suponer, al tiempo, un atentado a los derechos fundamentales, aludidos en el art. 14 h) EBEP (intimidad, dignidad, propia imagen, secreto de las comunicaciones, protección de datos personales...)².

Este cúmulo de situaciones acaece además en un marco normativo en el que no existe una respuesta capaz de proporcionar un punto de equilibrio entre los intereses contrapuestos, lo cual ha abocado a los órganos judiciales a realizar una labor creadora, *quasi* legislativa, con múltiples contradicciones y una consecuente falta de seguridad jurídica³. Partiendo de la obligación de los empleados públicos de “desempeñar con diligencia las tareas que tengan asignadas” (art. 53.1 EBEP), el art. 20.2 EBEP, en sus escuetos términos, dispone que “los sistemas evaluación del desempeño... se aplicarán sin menoscabo de los derechos de los empleados públicos”. Por su parte, para el personal laboral, el art. 20.3 ET establece que el empresario “podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su aplicación la consideración debida a su dignidad”.

A la luz de estos preceptos, se abre un amplio margen de libertad a la Administración a la hora de elegir entre medios de supervisión muy variados, máxime si se tiene en cuenta que cuanto más sofisticados parezcan más efectivos serán para conseguir el resultado propuesto, siendo muy difícil dar respuesta, *a priori*, al interrogante sobre la licitud o ilegalidad de las pruebas aportadas a efectos disciplinarios o sancionadores, siendo necesarios estar muy atentos a las circunstancias de hecho de cada supuesto concreto.

La insuficiencia normativa obrante en nuestro ordenamiento se revela, además, crónica, porque el tenor legal, para los funcionarios ya estaba incluido en la versión primigenia del EBEP y para el personal laboral no ha superado su vieja formulación inicial, que data de 1980, pese a los adelantos tecnológicos que han incrementado exponencialmente las posibilidades de control y pese a las innumerables modificaciones estatutarias que han tenido lugar durante todo este tiempo, déficit que se habrá de cubrir, no obstante, antes del 25 de mayo de 2018, fecha tope para regular la traslación del derecho de la protección de datos personales al ámbito laboral al calor del Reglamento UE 2016/679 del Parlamento europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, que ha venido a derogar a la Directiva 95/46, y que específicamente señala que la normativa laboral deberá prever “medidas adecuadas y específicas para preservar la dignidad humana de los interesados así como sus intereses

² MARTIN VALVERDE, A.: “Contrato de trabajo y derechos fundamentales”, *Revista de Derecho Social*, núm. 6, 1999, pág. 16.

³ DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUÍZ, A.B.: “Trabajo, videovigilancia y controles informáticos. Un recorrido por la jurisprudencia”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 39, 2014.

legítimos y sus derechos fundamentales, prestando especial atención a la transparencia del tratamiento, a la transferencia de los datos personales dentro de un grupo empresarial o de una unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta y a los sistemas de supervisión en el lugar de trabajo”⁴. En la actualidad, se está tramitando un Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, destacando, en una primera aproximación a la espera del texto final, la obligación para las Administraciones Públicas de contar con un Delegado de Protección de Datos.

2.- LÍMITES: SUS VIDRIOSAS ARISTAS

Teniendo en cuenta que tanto los trabajadores laborales del sector público como funcionarios tienen muchas características en común con los trabajadores del sector, no en vano en todos concurren las notas de dependencia y ajenidad y, la normativa europea, a través de sucesivas Directivas, ha ampliado el concepto de trabajador, incluyendo tanto a los empleados del sector público como del ámbito privado, las interpretaciones vertidas por los tribunales, normalmente del orden social, en cuanto a las posibilidades de control tienen plena virtualidad y pueden ser trasladadas sin ninguna dificultad a las Administraciones públicas y al sector público empresarial y fundacional. Es más, siendo coincidente el punto de origen también lo va a ser el de destino, pues si se entiende adecuado el control, irá acompañado de consecuencias sancionadoras, únicamente diferenciadas por el régimen disciplinario aplicable, que para los empleados públicos (funcionarios y laborales) se encuentra regulado en los arts. 93 y ss. EBEP, con las únicas salvedades siguientes: para los laborales se recoge una regla de supletoriedad inversa [, pues su régimen disciplinario “se regirá, en lo no previsto en el presente título, por la legislación laboral” (art. 93.4)], teniendo en cuenta, además, que el EBEP contiene reglas muy relevantes, incluyendo la necesaria readmisión en despidos disciplinarios improcedentes de trabajadores fijos (art. 96.2), unos larguísimos plazos prescriptivos (art. 97) y la posibilidad de que por convenio colectivo se tipifiquen faltas disciplinarias (art. 95)⁵.

Bajo tal premisa y tomando como referente los pronunciamientos del orden social, dos fronteras claras se imponen, en una primera aproximación, a la actuación de supervisión implementadas por los gestores de recursos humanos en las Administraciones Públicas, la primera relacionada con el necesario respeto a los derechos fundamentales y la segunda relativa a la obligatoriedad de circunscribir dicha actividad de control –salvo excepciones justificadas– a la comprobación de aquellas cuestiones estrictamente vinculadas con la prestación de servicios⁶.

2.1.- Los quehaceres extralaborales: excepciones

Empezando por el segundo de los condicionantes mencionados, es menester recordar que, como regla general, la facultad de control que el ordenamiento atribuye al empresario (*in casu*, Administración) se reduce a “verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales”, lo que excluye, lógicamente, su vida privada.

⁴ GOÑI SEIN, J.L.: “Intimidad del trabajador y poder de vigilancia y control empresarial”, en AA.VV (GARCÍA MURCIA, J., Coord.): *Jornada sobre derechos fundamentales y contrato de trabajo*, Oviedo (Principado de Asturias), 2017, pág. 36.

⁵ Por extenso, CÁMARA DEL PORTILLO, D.: *Régimen disciplinario de los empleados públicos*, Madrid (Marcial Pons), 2008.

⁶ SANTIAGO REDONDO, K.M.: “Intimidad, secreto de las comunicaciones y protección de datos de carácter personal. El art. 18 CE”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2014.

Como regla general, el poder de dirección, y en su caso las facultades disciplinarias, no pueden alcanzar a las actividades extralaborales, que precisamente por desarrollarse al margen de los aspectos técnico-organizativos del trabajo, y por estar amparadas en derechos constitucionales de rango fundamental (vida íntima o privada), quedan fuera del radio de acción de los poderes empresariales⁷. Ello no obstante, no cabe ocultar que el deseo de organizar de la manera más eficiente posible la actividad administrativa, teniendo, además, en cuenta la escasez de recursos disponibles dadas las restricciones de las Leyes Presupuestarias a la incorporación de nuevos efectivos, puede suscitar en la Administración un interés – comprensible desde el punto de vista de la competitividad—en conocer determinados aspectos pertenecientes a la esfera personal de sus empleados, pero que a su juicio pueden repercutir en la dedicación o implicación, y en definitiva en el rendimiento, y que por ello pueden condicionar el acceso o la conservación del empleo.

2.1.1.- Menoscabo explícito de los intereses propios de la Administración

Cierto es que, en primer lugar, existen ocasiones en las que la vida privada del trabajador tiene trascendencia laboral, esto es, una conducta privada puede causar efectos negativos para la Administración, por lo que pueden estar justificadas excepcionalmente injerencias empresariales. Estos efectos negativos para una empresa privada se concretan, fundamentalmente, en pérdida de imagen o de prestigio, lo que puede repercutir lógicamente en sus beneficios económicos⁸, argumentación que, mutatis mutandis, se puede aplicar también a la Administración, sustituyendo el lucro empresarial por el interés público y la confianza en las instituciones. Desde luego, cualquier actuación empresarial punitiva exige que la conducta extralaboral se pruebe, pues no se puede actuar con base en meras sospechas. Y una vez acreditada tal conducta, el empresario sólo está legitimado para intervenir cuando el comportamiento del trabajador pueda repercutir nocivamente sobre el adecuado cumplimiento de la prestación de trabajo o sobre los intereses de la empresa. En consecuencia, tal quehacer extramuros del puesto de trabajo que perjudique a la empresa permitirá al empleador hacer uso del poder de dirección, normalmente en su vertiente disciplinaria, quedando impedido para interferir en la vida privada de los trabajadores sin esa afectación a los intereses empresariales⁹.

Así, por ejemplo, la embriaguez habitual, el alcoholismo o la drogadicción no deberán ser fiscalizadas empresarialmente, salvo que, naturalmente, repercutieran negativamente en el trabajo (disminución del rendimiento, ausencias o impuntualidades, riesgo de lesiones o de accidentes, pérdida de lealtad hacia la Administración, etc.)¹⁰. En todo caso, como excepciones que son, deberán ser interpretadas restrictivamente, sin perder nunca de vista que ni el estado civil del trabajador, ni la orientación o conducta sexual, ni los embarazos o abortos, ni mucho menos sus creencias o actuaciones políticas, religiosas o sindicales, pueden ser objeto de control empresarial con repercusión positiva o negativa en su relación laboral, por cuanto, además de atentar contra su intimidad, colisionarían con el principio de no discriminación.

⁷ GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Madrid (Civitas), 1988, pág. 261.

⁸ SALA FRANCO, T.: “El derecho a la intimidad y a la propia imagen y las nuevas tecnologías de control laboral”, en AA.VV (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Trabajo y libertades públicas*, Madrid (La Ley), 1999, pág. 227.

⁹ RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: “Pruebas obtenidas a través de detectives privados y derecho a la intimidad del trabajador”, *Actualidad Laboral*, núm. 12, 2014, pág. 1400.

¹⁰ SALA FRANCO, T.: “El derecho a la intimidad y a la propia imagen y las nuevas tecnologías de control laboral”, en AA.VV (BORRAJO DACRUZ, E., Coord.): *Trabajo y libertades públicas*, Madrid (La Ley), 1999, pág. 228.

2.1.2.- Riesgos para la integridad física de terceros

Siempre en actividades laborales que implican un gran nivel de responsabilidad sobre la integridad física de otras personas, se ha considerado que no constituye una vulneración de la intimidad del trabajador el control empresarial destinado a comprobar que, durante su tiempo libre, el trabajador realiza un tipo de vida ordenado. Y es que en estos casos los juzgadores consideran que la falta de sueño y el consumo de alcohol, fármacos o sustancias tóxicas, aunque se produzca en el tiempo libre del trabajador y no genere retrasos o ausencias injustificadas, ni se deje traslucir en forma de embriaguez o toxicomanía en el lugar de trabajo, también tiene, por sí sólo, una gran trascendencia en la prestación laboral, pues es susceptible de repercutir negativamente en el cumplimiento con destreza por parte del trabajador de sus obligaciones, lo que, sin duda, habida cuenta del tipo de actividad laboral desarrollada, puede generar un riesgo para terceras personas (otros compañeros de trabajo, clientes, usuarios, pacientes o incluso meros transeúntes) que la Administración no tiene por qué asumir. A esta consideración se ha llegado en ciertas ocasiones en supuestos de pilotos de líneas aéreas, cirujanos o transportistas, pudiendo extenderse esta misma consideración, entre otros ejemplos, a aquellos tipos de actividades profesionales en las que el seguimiento de ciertas pautas de alimentación, entrenamiento o descanso se consideran fundamentales, no sólo para garantizar el óptimo rendimiento del trabajador, sino también como forma de asegurar que el empleado supere exitosamente los estrictos controles de salud que su profesión exige (como ocurre con los deportistas profesionales, personal sanitario, empleados que utilizan una licencia de armas...)¹¹.

2.1.3.- Control de la situación de incapacidad temporal

Se entiende que, al permanecer viva la relación laboral en la circunstancia de baja por enfermedad, el trabajador continúa en todo momento obligado a mantener escrupulosamente un tipo de conducta claramente respetuosa con la buena fe contractual, quedando habilitado el empresario para verificar la veracidad del estado de enfermedad o accidente, siempre con el debido respeto a los derechos fundamentales del trabajador, idea que con mayor facilidad se puede aplicar a los funcionarios empleados públicos que han de contar con la preceptiva licencia por enfermedad. En la empresa privada, es habitual la utilización de un informe de un detective, extremo que ha adquirido en la práctica forense la condición de prueba testifical cualificada (una vez ratificada), y, por ello, no es extraño que el juzgador conceda a este tipo de prueba una especial relevancia. No se trata, desde luego, de una posición establecida por ley, ya que formalmente es una prueba testifical más, sometida a las reglas de la sana crítica y rebatible mediante otras pruebas, pero se valora especialmente que “el testimonio emitido por los detectives privados tiene, en favor de su veracidad, no sólo la garantía de profesionalidad exigible y, en principio, presumible en una profesión, reglamentada legalmente, sino también la que, de modo innegable, proporciona la precisa y continuada dedicación al objeto del ulterior testimonio a emitir y las complementarias acreditaciones, gráficas o sonoras, de que este último suele ir acompañado”¹². Sería muy recomendable que del informe del detective se excluyesen datos sensibles, pues si el propósito consiste en confirmar una sospecha de incumplimiento cualquier otra información que el empresario pueda obtener de ese control y seguimiento resulta impertinente y no justificaría ninguna medida disciplinaria, sin que pudiera admitirse como prueba

¹¹ SELMA PENALVA, A.: “La información reflejada en las redes sociales y su valor como prueba en el proceso laboral. Análisis de los últimos criterios jurisprudenciales”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 39, 2014, pág. 364.

¹² SSTSJ Andalucía/Sevilla 4 abril 2008 (rec. 1509/2007).

en un juicio¹³. En todo caso, el seguimiento se ha de producir en espacios públicos, ya se trate de la vía pública, ya de establecimientos abiertos al público (locales, comercios, bares, etc.), en los que haya otras personas que también podrían haber visto u oído lo mismo, pero no se admite la vigilancia en el domicilio o espacios privados (art. 48.3 Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada)¹⁴. En la Administración podrá intervenir la Inspección de Servicios.

También es frecuente el descubrimiento empresarial, a través del manejo de redes sociales por los trabajadores, de fraudes en los procesos de bajas por incapacidad temporal¹⁵, admitiéndose como prueba lícita si el propio afectado ha dado a conocer la noticia de forma voluntaria y en un medio accesible con carácter general¹⁶. Cabe citar la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2009¹⁷, que entiende adecuada la sanción muy grave impuesta a un policía vasco que, estando de baja, desarrolla actividades privadas en la empresa constructora de su esposa

2.1.4.- “Locus laboris”. Sus difusas fronteras

Siendo claros los contornos en los supuestos anteriores, en los momentos actuales “cualquier utensilio conectivo, sean correos electrónicos, móviles, tabletas, teléfonos inteligentes, etc., transmuta los escenarios de desenvolvimiento de las ocupaciones laborales pues ubican a los trabajadores fuera de las unidades productivas típicas: empresas-Administraciones, centros y puestos. La unidad locativa por excelencia, o sea, el puesto de trabajo, se antoja movible, abierto, multifuncional y des-espacializado”¹⁸. Desde este punto de vista, debe de ir cobrando fuerza el conocido “derecho de desconexión” del trabajador en aras a no perjudicar el bienestar de su salud mental¹⁹, si bien concebido desde una perspectiva mucho más amplia que la diseñada por la Ley 2016-1088, de 8 de agosto, conocida como “Loi Travail” francesa, que se limita a introducir un punto 7 en el artículo L. 2242-8 del Código de Trabajo francés, en virtud del cual la negociación anual incluirá: “las modalidades del pleno ejercicio por el trabajador de su derecho a la desconexión y la puesta en marcha por la empresa de dispositivos de regulación de la utilización de los dispositivos digitales, con el fin de asegurar el respeto al tiempo de descanso y vacaciones, así como de su vida personal y familiar. A falta de acuerdo, el empleador, previa audiencia del comité de empresa o, en su defecto, de los delegados de personal, elaborará una política de actuación al respecto. Esta política definirá las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y preverá, además, la puesta en marcha de acciones de formación y de

¹³RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: “Pruebas obtenidas a través de detectives privados y derecho a la intimidad del trabajador”, cit., pág. 1409.

¹⁴ STEDH de 27 de mayo de 2014, asunto De La Flor Cabrera contra España. SSTS 19 julio 1989 (núm. 13116/1989) y 6 noviembre 1990 (núm. 17467/1990).

¹⁵ FERRANDO GARCÍA, F.: “Vigilancia y control de los trabajadores y derecho a la intimidad en el contexto de las nuevas tecnologías”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 399, 2016, págs. 60 y ss.

¹⁶ SELMA PENALVA, A.: “La información reflejada en las redes sociales y su valor como prueba en el proceso laboral. Análisis de los últimos criterios jurisprudenciales”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 39, 2014, pág. 381.

¹⁷ Rec. 5471/2006.

¹⁸ ALEMÁN PÁEZ, F.: “El derecho de desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la Loi travail nº 2016-1088”, *Trabajo y Derecho*, núm. 30, 2017, págs. 12 y ss.

¹⁹ SAN 17 julio 1997 (Ar. 3370).

sensibilización sobre un uso razonable de los dispositivos digitales, dirigida a los trabajadores, mandos intermedios y dirección”²⁰.

En paralelo, la expansión de distintas plataformas de internet, conocidas como redes sociales, amplían el concepto lugar de trabajo como presupuesto de la comisión de infracciones en materia laboral, pues los nuevos dispositivos permiten conectarse desde cualquier ubicación y en cualquier momento²¹.

Resulta preocupante, sin embargo, el hecho de que los Tribunales olviden, en ocasiones, la ilicitud de aquellos sistemas de control de tiempos de trabajo excesivamente rigurosos y exhaustivos, es decir, aquéllos que permiten controlar minuto a minuto la actividad laboral y las más irrelevantes pausas y ausencias, sin dejar "el más mínimo espacio vital" dentro de la organización. Sistemas de control de esta naturaleza, salvo que se justificara su carácter indispensable para el necesario desarrollo del proceso productivo y no tuviera cabida otro método menos gravoso para los derechos del trabajador, deberían considerarse por los órganos judiciales atentatorios a la dignidad y libertad del operario²², máxime cuando no cabe una identificación absoluta entre "vida íntima" y "vida privada" (entendida ésta como "no laboral") a través de la cual negar la existencia --y consiguiente exigencia para el empresario-- del derecho a la intimidad del trabajador en el centro de trabajo, sobre todo cuando aquél no está realizando la prestación laboral (descansos, por ejemplo), pero con necesaria extensión a otros lugares (lavabos, vestuarios, aseos, comedores...), cuyo control y vigilancia (continua o esporádica) por medios audiovisuales suponen --de ordinario-- un ataque frontal al derecho a la intimidad²³; como también lo son, sin duda, las intromisiones audiovisuales mediante otros medios técnicos en comportamientos, actitudes o gestos del trabajador durante la jornada de trabajo verdaderamente irrelevantes a la hora de valorar la prestación laboral pero cuya posesión por el empresario puede ocasionarle consecuencias negativas (*licenza comportamentali*)²⁴.

Lo contrario, un examen tan exhaustivo y permanente que llegue a acabar con cualquier resquicio de intimidad y autonomía en el lugar de trabajo supondría situar el poder de vigilancia en una dimensión inhumana, capaz de poner en peligro no sólo la libertad y la dignidad del trabajador, sino también su propio equilibrio psíquico, y de elevar el poder empresarial al grado de "omnipotente, anónimo e invisible"²⁵.

²⁰ VALLECILLO GÁMEZ, M.R.: “El derecho a la desconexión: ¿novedad digital o esnobismo del viejo derecho al descanso?”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 408, 217, págs. 167 y ss.

²¹ TALENS VISCONTI, E.E.: “Aspectos jurídicos sobre los comentarios de los trabajadores proferidos a través de las redes sociales”, *Trabajo y Derecho*, núm. 23, 2016, págs. 66 y ss.

²² DE VICENTE PACHÉS, F.: "Las facultades empresariales de vigilancia y control en las relaciones de trabajo", *Tribuna Social*, núm. 57, 2004, pág. 31.

²³ STSJ Madrid 17 abril 2009 (AS 1656). Digna de especial mención es la STSJ Madrid 20 diciembre 2006 (AS 1069), que entiende cómo el módulo de espera o de descanso del personal de asistencia en tierra en un aeropuerto es un ámbito privado en el que no cabe instalar un sistema de vigilancia con grabación de imagen y sonido y con presencia de un detective camuflado, pese a que se acredita que en el módulo se produce el consumo de bebidas alcohólicas y drogas, se juega al fútbol utilizando cajas y deteriorando el mobiliario, se consumen productos de alimentación de aviones entregados por una azafata y un empleado del catering y se ensucia el local.

²⁴ Traducidas en la doctrina española como "licencias comportamentales", PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 1990, págs. 77-78.

²⁵ BELLAVISTA, A.: *Il controllo sui lavoratori*, Turín (Giappichelli), 1985, pág. 67.

2.2.- La vigilancia en tiempo y lugar de trabajo. Los peligros de una visibilidad permanente ante la Administración electrónica y las obligaciones de transparencia

El poder directivo encuentra en las nuevas tecnologías un instrumento clave para mejorar la efectividad de la organización y el rendimiento del empleado, quedando superados los métodos más tradicionales propios del sistema fordista aplicables también en las Administraciones Públicas, basados en la vigilancia personal, directa e inmediata de la ejecución del trabajo por otros más sofisticados, que permiten un control más penetrante e incisivo por continuo y exhaustivamente panorámico de la actividad laboral²⁶, aumentado, sin duda, por la puesta en marcha de la Administración digital y de los principios de transparencia en la gestión pública como consecuencia de las obligaciones legales incorporadas en nuestro ordenamiento jurídico.

La aplicación de la informática a la gestión de personal (el denominado "*management information system*" o "*scientific management*"²⁷) provoca una metamorfosis de la actividad laboral que, de altamente esquematizada y fungible, deviene sensiblemente personalizada y rígidamente controlable y controlada, poniendo en peligro algunos de los aspectos más vulnerables de la personalidad humana, la dignidad y la intimidad del individuo²⁸. Ya no es sólo que el control espacio-temporal esté cediendo paso, en los centros o unidades de trabajo computerizadas y en las Administraciones Públicas, a la coordinación telemática e informática a cargo de un ordenador (lo cual supone "la sustitución del control periférico, discontinuo y parcial realizado por la jerarquía humana por uno centralizado y objetivo --en cuanto incorporado a la máquina y a su memoria-- que se verifica en tiempo real")²⁹, sino algo que trasciende al mero ajuste, alcanzando el rango de propia evolución cualitativa, en tanto introduce nuevos sistemas de trabajo informatizados en los cuales "la actividad del trabajador y las informaciones sobre dicha actividad constituyen un todo"³⁰, no en vano muchos instrumentos tecnológicos incorporados a las prestaciones laborales son a la vez medio de trabajo e instrumento de inspección (contadores de teclas o de tiempos de conexión en paradigmáticos ejemplos).

El control (no biunívoco, al no consentir el recíproco) queda incorporado a la máquina (a la propia herramienta de trabajo), rompiendo "esa unidad aristotélica de tiempo, lugar y acción sobre la cual se había basado hasta ahora el clásico trabajo industrial"³¹ y obteniendo, con el cambio, un trabajador "transparente", estrechamente vigilado, conocido en gran parte de sus facetas gracias a la elaboración y utilización de su "perfil completo", capaz de llevar en su manifestación extrema a un --intolerable-- control total, no en vano las tecnologías de tercera generación permiten penetrar en la caja negra que constituye el razonamiento propio de cada individuo traicionado por las huellas que ha dejado en el propio sistema³². En definitiva, las nuevas tecnologías están

²⁶ GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto a la esfera privada del trabajador: un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*, Madrid (Civitas), 1998, pág. 147.

²⁷ SIMITIS, S.: "Developments in the protection of worker's personal data", *Conditions of work Digest*, Vol. 10/2, 1991, pág. 7.

²⁸ CARDONA RUBERT, M.B.: "Tutela de la intimidad informática en el trabajo", *Revista de Derecho Social*, núm. 6, 1999, pág. 24.

²⁹ PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 1991, pág. 72.

³⁰ GAETA, L.: "La dignidad del trabajador y las 'perturbaciones' de la innovación", en AA.VV (APARICIO TOVAR, J. y BAYLOS GRAU, A., Dirs.): *Autoridad y democracia en la empresa*, Madrid (Trotta), 1992, pág. 68.

³¹ VENEZIANI, B.: "Nuove tecnologie e contratto di lavoro: profili di Diritto comparato", *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, núm. 3, 1987, pág. 54.

³² THIBAUT ARANDA, J.: "La vigilancia del uso de internet en la empresa y la protección de datos personales", *Relaciones Laborales*, 2009, Tomo I, pág. 216.

reforzando el "ojo electrónico", haciéndolo "penetrante, dominante y ubicuo"³³, Conllevan, en definitiva, como efecto más destacado, a un auténtico "control capilar" de los trabajadores en el puesto de trabajo e, incluso fuera del mismo. Como con acierto se ha dicho, es posible "saber qué hará un empleado (comportamiento), qué conseguirá (rendimiento) y cómo estará (satisfacción)"³⁴, posibilidades que van acompañadas de riesgos frente a los derechos fundamentales (inespecíficos) de los trabajadores).

3.- DERECHOS FUNDAMENTALES VS EFICACIA EN LA GESTIÓN PÚBLICA

Como es sabido, el art. 103 CE establece los principios que deben regir la actuación de las Administraciones Públicas, entre los que destacan el de eficacia y el de legalidad, al imponer el sometimiento pleno de la actividad administrativa a la Ley y al Derecho, con manifestación clara en los principios de dirección por objetivos y control de la gestión y evaluación de los resultados (art. 3 Ley 40/2015, de 1 de octubre, Régimen Jurídico del Sector Público). Como idea de partida, los derechos empresariales de vigilancia y control no pueden anular sin más los propios derechos constitucionales de los trabajadores, pues como ha señalado el Tribunal Constitucional, en doctrina ya consolidada, "la celebración de un contrato de trabajo no implica la privación en modo alguno para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano" porque "ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad, ni la libertad de empresa legitima que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico-constitucional"³⁵. Así pues, no cabe duda que el trabajador (también, lógicamente, el empleado público, en el marco de las relaciones laborales, ostenta la titularidad, en cuanto persona, de los derechos fundamentales de alcance general³⁶.

La incardinación en lo que el art. 1.1 ET describe como "el ámbito de organización y dirección de otra persona" adquiere su verdadero relieve si se tiene en cuenta que el contrato de trabajo es un vínculo de tracto sucesivo y de ejecución continuada, que suele absorber buena parte del tiempo y de las energías del trabajador, de modo que la implicación personal de éste en el cumplimiento de la relación contractual profesional no suele ser precisamente un episodio pasajero en el desenvolvimiento de su vida cotidiana³⁷, de suerte que los poderes del empresario, con fundamento constitucional en el principio de libertad de empresa consagrado por el art. 38 CE, quedan sometidos, en un modelo pluralista y democrático de relaciones laborales, a límites y contrapesos que aquél no puede desconocer en el uso de sus facultades directivas, dentro de los cuales la primacía indiscutible corresponde a los derechos fundamentales³⁸, idea que lógicamente

³³ MERCADER UGUINA, J.R.: "Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías: ¿hacia una empresa panóptica?", *Relaciones Laborales*, núm. 10, 2001, pág. 14.

³⁴ Citando a TABURET, GOÑI SEIN, J.L.: "Nuevas tecnologías digitales, poderes empresariales y derechos de los trabajadores: análisis desde la perspectiva del Reglamento Europeo de Protección de Datos de 2016", *Revista de Derecho Social*, núm. 78, 2017, pág. 18.

³⁵ SSTCo 88/1985, de 19 de julio; 99/1984, de 11 de abril; 90/1977, de 6 de mayo y 904/1997, de 25 de noviembre.

³⁶ STCo 88/1985, de 19 de junio.

³⁷ MARTIN VALVERDE, A.: "Contrato de trabajo y derechos fundamentales", *Revista de Derecho Social*, núm. 6, 1999, pág. 16.

³⁸ Entre otros, BAYLOS GRAU, A.: "En torno al Estatuto de los Trabajadores: la prohibición de inquirir sobre la ideología, creencia y vida privada del trabajador", en AA.VV.: *Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los profesores Bayón Chacón y Del Peso y Calvo*, Madrid (Universidad Complutense), 1980, págs. 309 y ss.

puede trasladarse a los supuestos en los que el empleador es un Ente público.

Parece evidente, por ende, que los derechos constitucionales de cualquier persona acompañan al trabajador durante toda la vida de la relación laboral, como un límite ínsito a las prerrogativas empresariales. Pero no puede sorprender, tampoco, que la doctrina constitucional elaborada en torno a la incidencia de la Norma Fundamental y de los derechos en ella reconocidos sobre el contrato de trabajo pase por reconocer que la relación laboral puede comportar matizaciones o restricciones de los derechos fundamentales del trabajador como ciudadano, derivadas de la peculiar naturaleza del negocio jurídico y del ámbito empresarial en el cual han sido y son ejercidos tales derechos, si bien nunca caben limitaciones o privaciones injustificadas³⁹.

Así pues, aun cuando los derechos constitucionales condicionan la dinámica y contenido del contrato de trabajo, vetando decisiones empresariales capaces de vulnerar su efectividad, lo cierto es que, al propio tiempo, los derechos fundamentales del trabajador también aparecen afectados por la existencia del vínculo laboral y, sobre todo, por el principio constitucionalmente reconocido de libertad de empresa⁴⁰; en este caso por el nexo con la Administración y la necesaria satisfacción de los intereses generales. Caben, pues, modulaciones a los derechos personales del trabajador como consecuencia del nexo contractual/administrativo, pero ello sólo es posible, de acuerdo con la doctrina sentada por el propio Tribunal Constitucional, en situaciones extremas, esto es, únicamente cuando la limitación aparezca como inevitable y absolutamente necesaria y adecuada desde el punto de vista del ordenado desenvolvimiento de la actividad empresarial⁴¹.

4.- ACTIVISMO JUDICIAL

En este tesitura de alcanzar una situación de equilibrio entre el poder directivo u organizativo y los derechos fundamentales del empleado, sopesando prudencialmente los intereses en juego y evitando ilógicos e irracionales ataques frontales e insidiosos a aquéllos⁴², pueden encontrarse manifestaciones muy variadas de un conjunto proteico de casos prácticamente ilimitado, a traducir en la práctica en estrategias empresariales diversas realizadas, a modo de ejemplo, sobre los accesos o desplazamientos del trabajador en el lugar de trabajo a través de puertas gobernadas electrónicamente y con un lector conectado a un ordenador (*badges* con códigos de identificación personal), sobre las llamadas telefónicas efectuadas gracias a la imbricación del teléfono utilizado por el trabajador con una centralita "computerizada" y sobre el uso del correo electrónico, sobre la navegación por páginas web o el alojamiento en *dropbox*⁴³ o, cómo no, la interacción en redes sociales, no siendo infrecuentes tampoco la instalación de programas espías, los controles biométricos o por infrarrojos, los test sobre el patrón de consumo de alcohol y drogas, los identificadores por radiofrecuencia como instrumentos

³⁹ SSTCo 99/1994, de 11 de abril y 204/1997, de 25 de noviembre.

⁴⁰ Recuérdese cómo en el sistema constitucional español no existen derechos absolutos o ilimitados; todo derecho constitucional tiene sus límites, "que derivan... no sólo de su posible conexión con otros derechos constitucionales, sino también con otros bienes constitucionalmente protegidos", STCo 11/1981, de 8 de abril.

⁴¹ Por todas, STCo 90/1999, de 26 de mayo.

⁴² Entre muchos, MONTOYA MELGAR, A.: "Dirección y control de la actividad laboral", en AA.VV (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, T. V, Madrid (Edersa), 1985, págs. 143 y ss. ó DURAN LOPEZ, F.: "Inviolabilidad de la persona del trabajador", en AA.VV.: *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, T. IV, Madrid (Edersa), 1983, págs. 531 y ss.

⁴³ TASCÓN LOPEZ, R.: *El tratamiento por la empresa de datos personales de los trabajadores. Análisis del estado de la cuestión*, Madrid (Civitas), 2005, págs. 131 y ss.

de localización a distancia, las webcam conectadas a un ordenador gracias al protocolo TCP/IP, los microchips y otros sistemas de vídeo vigilancia⁴⁴.

Semejante urdimbre tecnológica exige parar la atención en los pronunciamientos de los más altos tribunales habidos sobre la materia, que han adquirido un papel muy relevante en la cobertura del vacío normativo existente, con el fin último de superar el particularismo ofrecido por los diversos medios tecnológicos en el ánimo de construir una regla general capaz de servir de orientación a los operadores jurídicos sobre la relevancia de la información obtenida como medio de prueba, a efectos de sustentar una imputación de comportamientos objeto de sanción disciplinaria.

4.1.- Vídeo vigilancia. Data vigilancia

Los límites a la utilización de las cámaras de vídeo en la vigilancia empresarial es uno de los grandes puntos de controversia judicial, por cuanto este instrumento es susceptible de ampliar los grandes poderes del empresario y de comprimir claramente los derechos de los trabajadores. La videovigilancia en tanto que permite la captación y grabación en un soporte físico de la imagen, así como la repetición ilimitada y el análisis detenido de los fotogramas conservados, constituye no solo un instrumento de supervisión del cumplimiento de la actividad laboral del trabajador y un valioso instrumento de prueba de los incumplimientos, sino una herramienta que permite crear una base de datos de información personal (*data vigilancia*), y obtener perfiles sociales de los trabajadores afectados⁴⁵.

Lógico es pensar, atendiendo al principio de buena fe contractual, que si el empresario no informa al trabajador que está siendo controlando, entonces la injerencia empresarial merece un juicio de ilicitud, máxime cuando según el art. 40.1 a) EBEP atribuye a las juntas de personal o a los comités de empresa el derecho a recibir información sobre programas de mejora del rendimiento. Ahora bien, no cabe olvidar que a veces el aviso al trabajador o funcionario o a sus representantes de la concreta vigilancia puede impedir la verificación efectiva de conductas irregulares⁴⁶. De ahí que, en el sentir mayoritario de los órganos judiciales, los controles ocultos, realizados sin consentimiento previo de los trabajadores (a través de micro filmadoras, circuitos cerrados de televisión, dispositivos webcam, digitalización de imágenes), únicamente deben considerarse lícitos por motivos de seguridad para las personas o las cosas (“cajas negras” en los aviones, en paradigmático ejemplo) o en aquellos supuestos en los cuales se trata de poner al descubierto una conducta irregular de un concreto empleado objeto de fundada sospecha por la empresa (competencia desdeleal, espionaje industrial, boicot empresarial, desvío de clientes, sabotaje informático, atentado a la integridad del patrimonio de la empresa o de los compañeros, deslealtad institucional...), siempre y cuando no exista otro medio menos lesivo de los derechos fundamentales para conseguirlo⁴⁷.

⁴⁴ GOÑI SEIN, J.L.: “Controles empresariales: geolocalización, correo electrónico, internet, videovigilancia y controles biométricos”, *Justicia Laboral*, núm. 39, 2009, pág. 11 ó FARRIOLS i SOLA, A.: "Introducción", en AA.VV (FARRIOLS i SOLA, A., Dir.): *La protección de datos de carácter personal en los centros de trabajo*, Madrid (Cinca), 2006, págs. 15 y ss.

⁴⁵ GOÑI SEIN, J.L.: “Intimidad del trabajador y poderes de vigilancia y control empresarial”, en AA.VV (GARCÍA MURCIA, J., Coord.): *Jornada sobre derechos fundamentales y contrato de trabajo*, Oviedo (Principado de Asturias), 2017, pág. 46.

⁴⁶ SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTIN MAZZUCCONI, C.: “Nuevas tecnologías y relaciones laborales: una tipología jurisprudencial”, *Revista Aranzadi Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 10, 2006, Tomo I, pág. 47.

⁴⁷ SSTSJ Cataluña 31 julio 2003 (Jur. 214062), Madrid 6 julio 2004 (Ar. 2317), País Vasco 21 octubre 2004 (AS 3927), 12 septiembre 2006 (AS 2602) y 17 abril 2012 (AS 1676), Valencia 4 julio 2007 (AS 2879), Canarias/Las Palmas 30 abril 2009 (AS 1763), Islas Baleares 4 abril 2009 (AS 1763) ó Navarra 28 septiembre 2010 (La Ley, núm. 7583).

Así pues, la tesis más generalizada considera que la no exigibilidad de información previa sobre el control estaría justificada cuando con ella se frustraría la finalidad pretendida respecto de un trabajador concreto sin que exista un medio más inocuo, siendo suficiente con el cumplimiento de los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto⁴⁸. Acoge, por tanto, como parámetro fundamental para valorar la corrección de una medida de control empresarial, el conocido “principio de proporcionalidad”, elaborado por el Tribunal Constitucional a partir de un triple test gradualista: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria en el sentido de que no exista otra más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de indispensabilidad o estricta necesidad); y, finalmente, si es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés empresarial que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio riguroso de adecuación). Así se han pronunciado, entre muchas, las Sentencias del Tribunal Constitucional 98/2000, de 10 de abril y 186/2000, de 10 de julio, relativas, respectivamente, a la instalación de un circuito cerrado de televisión y una red de micrófonos en el espacio de la ruleta rusa del Casino de Latoja ante la sospecha de robos, y a la colocación de una cámara de vídeo en la zona de calzado y textil de un economato de la empresa Ensidesa consecuencia de un llamativo descuadre.

Resulta interesante, a efectos de ponderar los intereses en juego, tener en cuenta el Repertorio de Recomendaciones Prácticas de la OIT en materia de protección de datos de los trabajadores, en virtud del cual “el secreto en materia de vigilancia sólo debería permitirse cuando: a) se realice de conformidad con la legislación nacional (en referencia a la legislación de protección de datos); o b) existan sospechas suficientes de actividad delictiva u otras infracciones graves”. Por tanto, aun cuando la regla general es que si la recogida de datos tiene como objeto garantizar la seguridad, no debería utilizarse para controlar la prestación laboral, si bien procede flexibilizar esta postura cuando no existe otro medio de control efectivo ante la existencia de indicios fundados de transgresiones⁴⁹. En todo caso, no se admite la provocación del incumplimiento para grabarlo en tanto se trata de una medida contraria al deber de buena fe.

Sin embargo, más recientemente, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 29/2013, de 11 de febrero, ha exigido también que se proporcione noticia al trabajador de la utilidad de la supervisión laboral, pues fue sancionado en virtud de las imágenes obtenidas por cámaras de vídeo-grabación instaladas en los accesos y en los recintos universitarios, sin poner en conocimiento del trabajador (personal de administración y servicios de la Universidad de Sevilla) su posible uso para controlar las horas de entrada y de salida. Entiende el Máximo Intérprete de la Norma Fundamental que la instalación de cámaras en el lugar de trabajo sin conocimiento del empleado no sólo constituye una ilegítima privación del derecho a disponer de los propios datos personales, no en vano las imágenes grabadas en un soporte físico quedan integradas en la cobertura del art. 18.4 CE, sino una intromisión en el ámbito protegido por el derecho a la esfera

⁴⁸ La STSJ Valencia 27 abril 1994 (AS 3821), en la que una cámara oculta del control horario de una limpiadora de una consulta odontológica demuestra que durante dos semanas no cumple el horario, entiende que la medida estaba justificada porque se asentaba sobre unas sospechas reales dado que la limpieza era insuficiente, era idónea para la finalidad pretendida porque la trabajadora tenía un horario definido y un lugar concreto de trabajo que permitía su control por tal medio, era necesaria porque la grabación servía de prueba de la irregularidad y era equilibrada en cuanto se limitó al tiempo suficiente para constatar que la conducta era ya un hábito y no una excepción puntual.

⁴⁹ BLAZQUEZ AGUADO, E.M: “La implantación de un protocolo de videovigilancia en el centro de trabajo”, Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías, núm. 43, 2017 (BIB 2017/808), pág. 3.

privada del trabajador. Teoría seguida por algunos pronunciamientos de los Tribunales ordinarios que expresamente exigen, sin matizaciones, como previo y preceptivo, el informe a los representantes de los trabajadores y a los propios trabajadores afectados de la instalación y de la existencia de videocámaras cuando constituyan elementos de control de la actividad laboral, en uso de la facultad empresarial del art. 20.3 ET⁵⁰.

En el ordenamiento español, la Ley 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos (LOPD), viene a señalar que deben respetarse los principios de finalidad, proporcionalidad y pertinencia, siendo necesario notificar la creación del fichero correspondiente a la cámara a la Agencia Española de Protección de Datos, debiendo reconocerse a los trabajadores los derechos de acceso, rectificación o cancelación, pudiendo mantener las grabaciones durante el tiempo imprescindible para los fines que motivaron su recogida y borrándolas en todo caso antes de que expire el plazo de un mes establecido para la cancelación, entendiéndose innecesario el consentimiento pero preceptiva la información previa⁵¹. Es más, el parámetro de finalidad se debe entender de manera restrictiva, de modo que no cabe justificar en abstracto la legitimidad de estos medios desde un genérico control de la prestación de trabajo, sino que hay que demostrar en el caso concreto y en función de las circunstancias concurrentes si el empleo de una técnica de control puede colisionar con el ámbito privado y si lo hace justificadamente o no⁵², pues al calor del art. 18.4 CE se deben concretar las características y el alcance de la recopilación de datos que va a realizarse, esto es, indicando en qué casos las grabaciones pueden ser examinadas, durante cuánto tiempo y con qué propósitos, explicitando muy particularmente si pueden llegar a utilizarse para la imposición de sanciones disciplinarias por incumplimientos de las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo⁵³.

Sin embargo, tampoco se puede descartar por completo un control oculto, pues ciertamente a veces el recurso a las grabaciones sólo es eficaz si se adopta de forma secreta y, por tanto, imponer la obligación de informar a los afectados puede hacer inútil la medida, pues se suele recurrir a ella para detectar actividades fraudulentas o ilícitas del trabajador sobre las que hay atisbos claros. Así, cambiando sustancialmente su parecer anterior, el Tribunal Constitucional, en sentencia 39/2016, de 3 de marzo, admite como prueba lícita, justificativa de un despido derivado de la apropiación de dinero en una caja registradora, las grabaciones de una cámara de vigilancia instalada ante la existencia de sospechas previas y ello pese a que no se informó expresamente a la trabajadora de la colocación ni la finalidad del sistema de control. Entiende el Máximo Intérprete de la Constitución que el deber empresarial de información se vio cumplido mediante la simple visualización del correspondiente distintivo informativo (el cartel indicativo de “zona videovigilada”) en un lugar visible.

Como factor de complejidad adicional, la postura de los órganos judiciales ordinarios no es

⁵⁰ STS 13 mayo 2014 (rec. 1685/2013), en la cual se considera que la existencia en el supermercado donde presta servicios la trabajadora de un sistema de cámaras dirigido a evitar robos por parte de los clientes hace que el despido, aun quedando constatado que no había escaneado algunos productos en beneficio de un cliente, sea considerado nulo al ser contrario al derecho fundamental a la intimidad personal y a la propia imagen.

⁵¹ POQUET CATALÁ, R.: *El actual poder de dirección y control del empresario*, cit., pág. 247.

⁵² RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Intimidación del trabajador y contrato de trabajo”, *Relaciones Laborales*, núm. 8, 2004, pág. 48.

⁵³ TAPIA HERMIDA, A.: “El control de la actividad laboral mediante la captación y grabación de imágenes personales (vídeo-vigilancia)”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 362, 2013, pág. 153.

del todo clara. Para algunos, sea cual sea el derecho fundamental afectado, si la finalidad empresarial declarada sobre las cámaras de vídeo es de seguridad, la actuación sancionadora sobre un empleado que actúa cometiendo infracciones particularmente graves no debe considerarse como un hecho desviado o hallazgo casual al que no cabe otorgar ninguna relevancia sino, al contrario, ha de entenderse plenamente justificada⁵⁴. Así, procede mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2016, que siguiendo la última línea argumental del Tribunal Constitucional, acepta como válida la prueba de videovigilancia que capta un hurto en una tienda cuando las cámaras se colocan como una reacción a una situación de pérdidas importantes de material en el interior del centro de trabajo y con carteles que advertían de su presencia, lo que hace que los trabajadores conozcan su existencia y finalidad. Queda cumplido el principio de proporcionalidad, pues se trata de un medio de control idóneo, no cabe otra medida más moderada pero igual de eficaz y es una intervención equilibrada al derivarse más beneficios para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

Con carácter más reciente, ha vuelto a pronunciarse el Alto Tribunal en sentencia de 31 de enero de 2017⁵⁵, que reconoce justificado un despido al haber quedado probada la manipulación de tickets y el hurto de diferentes cantidades de dinero, entendiéndose que sólo es necesario que los trabajadores tengan conocimiento de la existencia, ubicación e instalación del sistema de videovigilancia pero no de que pueda tener una finalidad disciplinaria, no en vano en el marco de una relación laboral no es necesario un consentimiento individual ni colectivo de las grabaciones, ya que éste se entiende implícito, razón por la cual sólo debería concurrir dicha información explícita cuando el tratamiento de las imágenes se use con una finalidad totalmente ajena al cumplimiento del vínculo contractual. En el mismo sentido se manifiestan la Sentencias de 1 de febrero⁵⁶ y de 2 de febrero de 2017⁵⁷, entrando a valorar esta última la situación de un trabajador de un gimnasio a quien tras varias quejas emitidas por compañeros sobre su actuación profesional que permitía la entrada al recinto de personas ajenas al club, la empresa procede a despedir utilizando para acreditar los hechos justificativos de tal decisión las imágenes de una cámara que el trabajador conocía pero de la que no había sido informado expresamente sobre su finalidad exacta⁵⁸.

También ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en una sentencia de 28 de noviembre de 2017 (asunto *Antovic and Mirkovic contra Montenegro*)⁵⁹, que, sin embargo, considera inadecuada la instalación de cámaras en los auditorios universitarios donde se imparten clases por invadir el derecho a la vida privada de los profesores demandantes, quienes no autorizaron dicha grabación y únicamente conocieron la instalación por el informe que proporcionó el Decano en la Junta de Facultad con el fin de garantizar la seguridad de los bienes y las personas, incluidos los estudiantes y la vigilancia de la enseñanza.

⁵⁴ GOÑI SEIN, J.L.: “Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿necesidad de una reformulación?”, *Ponencia temática presentada al XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Pamplona el 29-30 de mayo de 2014*, pág. 68.

⁵⁵ Rec. 331/2015.

⁵⁶ Rec. 3262/2015.

⁵⁷ Rec. 554/2016.

⁵⁸ Una visión crítica en PRECIADO DOMENECH, C.H.: “La vídeo vigilancia en el lugar de trabajo y el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal”, *Revista de Derecho Social*, núm. 77, 2017, pág. 194.

⁵⁹ Aplicación n° 70838/13.

Entre los pronunciamientos de suplicación, cabe aludir, como ejemplos más actuales, a aquel que considera que la instalación de una cámara sin conocimiento de los trabajadores resulta una medida correcta siempre que se ubique en los lugares de trabajo, no en espacios privados como aseos o vestuarios, y sin que las filmaciones tengan posterior difusión, entendiéndose procedente el despido de una enfermera de una residencia de ancianos que incumplió instrucciones sobre la dispensa de la medicación⁶⁰. En parecido sentido, puede mencionarse la aceptación de la instalación de una cámara en el baño de una residencia para graves discapacitados físicos y mentales, que confirman el maltrato proporcionado por un celador⁶¹. En fin –y como muestra de la variedad de supuestos en presencia y de la ausencia de soluciones claras–, no se ha considerado violado el derecho a la intimidad de un representante del empresario, que es grabado con el móvil de la trabajadora mientras le entregaba a ésta una carta en la que se le imponía una sanción de empleo y sueldo⁶².

Dando un paso más, procede alertar también que la recogida de imágenes del trabajador realizando su actividad laboral en un lugar que se encuentra a la vista de todos los que están en el centro de trabajo sobre la que previamente se ha informado, puede no tener carácter lesivo para la intimidad, pero sí puede afectar al derecho a la propia imagen, entendido como interés del sujeto en evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico que constituye el primer elemento configurador de su intimidad y de su esfera personal en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor personal imprescindible para su propio reconocimiento como individuo. Es conocido el caso del despido del cortador de jamón que se negó a que su imagen, realizando tareas de corte, fuera difundida en una campaña de promoción. En realidad, no estaba en juego la salvaguarda de “una esfera de propia reserva personal, frente a intromisiones ilegítimas”, sino la facultad del empleado de impedir la captación, grabación y reproducción de su imagen en el sentido que indica la Ley Orgánica 1/1982, que atribuye la facultad de disponer de la representación del aspecto físico de una persona que permita su identificación, lo que conlleva tanto el derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos que le hagan reconocible que puede ser captada o tener difusión pública, como el derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado⁶³. Recientemente, la Audiencia Nacional ha considerado que la empresa tiene que pedir consentimiento expreso a los trabajadores para cada actividad laboral concreta, tal y como sucede con la realización de servicios de vídeo llamada a la luz de un contrato mercantil con el cliente⁶⁴. Asimismo, recientemente se ha considerado que la empresa sólo puede imponer el uso de uniformes a los trabajadores, siempre por motivos razonables justificados en las características de la actividad productiva, esto es, en aras a la eficiencia y calidad de los servicios prestados, que no impliquen discriminación por razón de sexo⁶⁵.

4.2.- Terminales informáticos

No menos controvertida es la cuestión relativa a los registros sobre el ordenador utilizado por el trabajador, recurriendo muchas veces a programas espías (*web bugs*), que permiten el acceso subrepticio al ordenador del trabajador sin violar su *password*, o “registradores de teclas”

⁶⁰ STSJ Galicia 25 abril 2014 (rec. 4347/2013).

⁶¹ STSJ Andalucía 13 noviembre 2017 (rec. 1461/2016).

⁶² STS, Civil, 20 noviembre 2014 (rec. 3402/2012).

⁶³ SSTCo 99/1994, de 11 de abril; 117/1994, de 25 de abril y 23/2010, de 27 de abril.

⁶⁴ SAN 15 junio 2017 (rec. 137/2017).

⁶⁵ STSJ Madrid 19 junio 2017 (rec. 644/2016).

que facilitan la averiguación de las contraseñas, sobre todo para inspeccionar el sistema de mensajería o los accesos a internet⁶⁶.

4.2.1.- Mensajería electrónica

El uso del correo electrónico como herramienta de comunicación en el trabajo ha tenido una implantación exponencial hasta el punto de equipararse e incluso en algunos casos superar al teléfono como sistema de transmisión de información tanto a nivel interno dentro de la propia empresa como en el marco externo. Por un lado, mediante la utilización de esta vía, el trabajador puede visualizar, de manera rápida, la información recibida en cualquier formato como: texto, gráficos, imágenes, sonidos..., permitiendo almacenar los mensajes y reenviarlos de forma sencilla. Por otro, fomenta las relaciones interpersonales entre quienes estando, geográficamente separados, tienen intereses comunes o tienen que resolver asuntos de interés general⁶⁷.

No obstante, a pesar del efecto positivo que el correo electrónico ejerce sobre los trabajadores y la eficiencia y eficacia en la prestación del servicio, suele ser valorado por la dirección de las empresas o Administraciones Públicas con gran recelo, poniendo el énfasis en el eventual perjuicio que su uso puede causar a aquéllas. Ciertamente, la utilización abusiva de un instrumento de trabajo para fines propios plantea, desde la perspectiva empresarial, numerosos inconvenientes y perjuicios. Fundamentalmente, se señala el daño económico que, no obstante ser inapreciable en cuanto al coste de la conexión, lo es en cuanto al lucro cesante, o sea, el tiempo que el trabajador deja de dedicar a la prestación efectiva de su actividad profesional, disminuyendo su propio rendimiento y el de sus compañeros a los que envía mensajes. De otra parte, ese uso desviado puede comprometer la capacidad del sistema informático de la corporación, la seguridad, imagen o competitividad, mediante la transmisión de información confidencial, relativa a empleados, proveedores, usuarios o clientes⁶⁸.

Muchas son, pues, sus ventajas desde el punto de vista de la agilidad, inmediatez, posibilidad de adjuntar archivos en tiempo real, multilocalización..., pero no pocos son los inconvenientes⁶⁹, de ahí el interés del empresario o del director de recursos humanos en detectar aquellas conductas incorrectas, manifestadas muchas veces en mensajes que, amparados bajo el principio de secreto de las comunicaciones, puedan suponer una transgresión de la buena fe contractual o un abuso de la confianza depositada en el trabajador.

4.2.2.- Rastros de navegación por internet

A diferencia de lo que sucede en el supuesto anterior (correo-e), la navegación por internet en páginas web no relacionadas con el trabajo (al igual que la participación en chats abiertos o la intervención en foros de discusión o wikis)⁷⁰ no tiene amparo en el derecho al secreto de las

⁶⁶ MIÑARRO YANINI, M.: "Las facultades empresariales de vigilancia y control en las relaciones de trabajo: especial referencia a las condiciones de su ejercicio y a sus límites", *Tribuna Social*, núm. 158, 2004, pág. 13.

⁶⁷ SAMPEDRO BURGOS, G.: "Reflexiones sobre la aplicación de la normativa de protección de datos en el ámbito del control del empresario y sistemas de denuncias internas", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Justel)*, núm. 26, 2011, pág. 4.

⁶⁸ DE NIEVES NIETO, N.: "El uso de correo electrónico e internet en la negociación colectiva", *Relaciones Laborales*, 2009, Tomo I, pág. 252.

⁶⁹ MIRO MORROS, D.: "El uso del correo electrónico en la empresa: protocolos internos", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 874, 2013 (BIB 2013/2511), págs. 1 y ss.

⁷⁰ FERNANDEZ VILLAZON, L.A.: *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, Pamplona (Aranzadi), 2003, pág. 144.

comunicaciones⁷¹. En este caso, existe un acceso a información, pero no una verdadera interacción personal objetivamente tutelable, razón por la cual el juego de la facultad empresarial será más amplio a la hora de verificar los posibles incumplimientos contractuales del trabajador consistentes en consultar páginas web para fines particulares durante la jornada de trabajo, tal y como sucede con otras comunicaciones que transitan en abierto por el espectro radioeléctrico, cuales son las radiocomunicaciones bajo el tradicional “banda AM”, o la más moderna “banda lateral única” –“single side band, SSB”— o las que se producen a través de canales de baja frecuencia, como el “*bluetooth*” o el “*near field communication*”⁷².

Desde el punto de vista técnico, las posibilidades que existen en la actualidad para controlar la navegación por internet pueden dividirse en cuatro grupos: programas de “monitorización” (aplicaciones que se instalan en el ordenador y que permiten saber en tiempo real las páginas visitadas, la duración de la conexión y las veces que se ha accedido sin que el usuario tenga conocimiento de ello), “cortafuegos” (permiten vetar y vigilar a la vez el acceso a determinadas páginas de internet, por lo que se consigue que el uso del ordenador sea exclusivo para fines profesionales), “proxy” (ayudan a saber los sitios que han sido visitados por el trabajador) y “sniffers” (no se instalan en el equipo informático sino en el servidor, alertando sobre lo que el trabajador realiza a lo largo de la jornada laboral)⁷³.

Bajo tales premisas, pese a la facilidad de todas estas variables, no cabe desconocer tampoco su sujeción al límite indeclinable constituido por el derecho a la intimidad, debiendo, por tanto, aplicarse los requisitos del conocido principio de proporcionalidad. No cabe duda que la visita de determinados lugares web permite conocer directamente información sobre aspectos de la vida personal del trabajador relacionados con su intimidad (aficiones personales, gustos culinarios, preferencias sexuales, políticas, sindicales o religiosas...). Al tiempo, el análisis conjunto de los sitios a los que accedió el trabajador, así como su frecuencia y tiempo de conexión, permiten reconstruir perfiles subjetivos íntimos del trabajador⁷⁴.

4.2.3.- Aproximación a la casuística apreciación de los Tribunales

El registro directo de los terminales informáticos utilizados por los trabajadores (*hardware*) y el control del uso de internet y del correo electrónico ha dividido a la doctrina y a la jurisprudencia sin que todavía hoy se haya alcanzado una postura claramente asentada⁷⁵, en una evolución en la que pueden destacarse los siguientes hitos fundamentales:

A) Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Es necesario traer a colación, en primer lugar, la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos vertida en la Sentencia de 3 de abril de 2007, conocida como caso *Copland* (2007/23), que, aplicando el art. 8.1 de la Convención Europea de Derechos

⁷¹ LOPEZ MOSTERIO, R.: "Despido por uso de correo electrónico e internet", *Actualidad Laboral*, núm. 41, 2001, págs. 1132 y ss.

⁷² FERNANDEZ VILLAZON, L.A.: "A vueltas con el control empresarial sobre la actividad laboral: 'test de honestidad', telemarketing, registro de terminales y uso --o abuso-- de internet", *Tribuna Social*, núm. 168, 2004, pág. 40.

⁷³ TOSCANI GIMENEZ, D. y CALVO MORALES, D.: "El uso de internet y el correo electrónico en la empresa: límites y garantías", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 165, 2014, pág. 202.

⁷⁴ MARTINEZ FONS, D.: "Uso y control de las tecnologías de la información y comunicación en la empresa", *Relaciones Laborales*, núms. 23-24, 2002, pág. 200.

⁷⁵ CAMAS RODA, F.: "La influencia del correo electrónico y de internet en el ámbito de las relaciones laborales", *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 50, 2001, págs. 139 y ss.

Humanos, entiende que los trabajadores conservan su derecho a la intimidad aun cuando los dispositivos electrónicos (teléfono, correo electrónico e internet) sean propiedad del empresario y su utilización se produzca durante el horario de trabajo, de suerte que las injerencias empresariales sobre tal derecho, o bien deben contar con el conocimiento del titular, o bien deben de estar previstas expresamente en una ley que las justifique.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos vuelve a pronunciarse en sentencia de 16 de enero de 2016 (asunto 61496/08, caso *Barbulescu*), en virtud de la cual se entiende que la empresa puede monitorizar, previa advertencia, los instrumentos informáticos que utiliza un trabajador. Esta interpretación tiene su origen en un litigio por despido en el que un responsable de ventas de una empresa rumana crea a instancias de la corporación, una cuenta de Yahoo Messenger para la gestión y relaciones con los clientes, pero que utiliza también para entablar conversaciones privadas (con su pareja y con su hermano), circunstancia que se descubre en un control empresarial de la citada cuenta. La compañía había entregado previamente a los trabajadores un protocolo interno por el cual se dejaba clara “la prohibición de usar computadoras, fotocopiadoras, teléfonos, télex y fax para fines personales”⁷⁶. No existe, por tanto al calor del sentir mayoritario de la sala, una “expectativa razonable de privacidad” cuando se ha establecido una prohibición absoluta de uso personal en la política interna de la empresa, sin que se establezcan obligaciones adicionales en el sentido de justificar el amplio alcance de dicha prohibición o de informar a los trabajadores de forma precisa acerca de las medidas de control⁷⁷.

Este asunto es revisado en Gran Sala, dictándose la sentencia de 5 de septiembre de 2017 (asunto 217/61, caso *Barbulescu II*), en la que se rectifica el criterio anterior y se reconoce que los tribunales rumanos no verificaron si, pese a la existencia de instrucciones del empleador sobre el uso de los dispositivos, el trabajador había sido advertido con anterioridad de la vigilancia que ésta iba a llevarse a cabo de las comunicaciones electrónicas efectuadas desde su cuenta profesional, ni tampoco hasta qué punto se ha producido una intromisión en la vida privada del trabajador en el ámbito de la relación de trabajo que hubiera podido alcanzarse por vías menos invasivas⁷⁸. Considera que no es suficiente, atendiendo al Código de Buenas prácticas para la protección de los datos personales del trabajador de 1999 y a la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa (CM/Rec. 2015), sobre tratamiento de datos personales en el ámbito de la relación laboral, que la empresa hubiera remitido una notificación a sus empleados en la que se ilustraba sobre el despido de una trabajadora por motivos disciplinarios, después de haber utilizado para fines privados el internet, el teléfono y la fotocopiadora, sino que es necesario un aviso previo, antes de que comience la supervisión.

B) Tribunal Constitucional

La Sentencia 241/2012, de 17 de diciembre, prescinde del anterior juicio de proporcionalidad para adoptar ahora el canon de expectativa de intimidad. La demandante de

⁷⁶PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “El control empresarial sobre las comunicaciones electrónicas del trabajador: criterios convergentes de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 196, 2017 (BIB 2017/814), págs. 1 y ss.

⁷⁷ GARCÍA GONZÁLEZ, R. y PASTOR MERCHANT, J.: “Límites a la necesaria flexibilización de los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones en el ámbito laboral: una reflexión tras la sentencia del TEDH de 12 de enero de 2016 en el caso *Barbulescu*”, *Diario La Ley*, 4 de marzo de 2016 (ref. D-95).

⁷⁸ CUADROS GARRIDO, M.E.: “La mensajería instantánea y la STEDH de 5 de septiembre de 2017”, *Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, 2007 (BIB 2017/43157), pág. 9.

amparo es una trabajadora que venía desempeñando labores de teleoperadora especialista para la empresa Global Sales Solutions Line, S.L. Dicha empleada y una compañera instalaron un programa informático denominado “Trillian”, de mensajería instantánea, en el disco duro de un ordenador, que era de uso indistinto por todos los trabajadores de la empresa y al que se accedía sin clave. La instalación del programa contravenía una orden empresarial expresa. A través de dicho soporte informático, las trabajadoras entablaban conversaciones en las que vertían comentarios despectivos, críticos e insultantes en relación con compañeros de trabajo, superiores y clientes. Dichas apreciaciones fueron descubiertas, por casualidad, por otro empleado que intentó utilizar la unidad “C” de ese ordenador, dando cuenta de ello a la empresa. El Tribunal Constitucional entiende que las conversaciones efectuadas por estas trabajadoras no quedan garantizadas por “el derecho al secreto de las comunicaciones” porque se trata de una forma de correspondencia abierta que permite su interceptación sin censura jurídica en base a las facultades directivas reconocidas al empleador en el ET. No existe en ese caso, a juicio del Máximo Intérprete de la Constitución, una “expectativa razonable de confidencialidad derivada de la utilización del programa instalado”, atendiendo al carácter abierto del canal utilizado, una computadora de uso común⁷⁹.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional da un nuevo giro en la Sentencia 170/2013, de 17 de octubre, pues el derecho a la propiedad empresarial de los instrumentos de trabajo (ordenador) y el poder y control de la actividad laboral salen reforzados. En este caso, la empresa Alcaliber SA procede a interceptar el contenido de los correos electrónicos de un trabajador, registrados en el ordenador facilitado por la empresa, ante las sospechas de un comportamiento irregular derivado de la revelación a terceros de datos empresariales confidenciales, tipificando el convenio colectivo como falta leve la utilización para fines privados de los medios informáticos proporcionados por la empresa. Incidentalmente, el Tribunal entiende, sin perjuicio de lo que después se dirá en cuanto al secreto de las comunicaciones, que tal control empresarial no vulnera el derecho a la intimidad, pues se cumplen los requisitos del juicio de proporcionalidad: es una medida justificada, pues su práctica se fundó en la sospecha de un comportamiento irregular del trabajador; es una medida idónea para la finalidad de verificar si el empleado cometía efectivamente la irregularidad sospechada (la revelación a terceros de datos empresariales de reserva obligada); es una medida necesaria, dado que el contenido de los correos electrónicos serviría de prueba del comportamiento irregular, no siendo suficiente el mero acceso a otros elementos de la comunicación como la identificación del remitente o destinatarios, que por sí solos no permitían acreditar el ilícito indicado; en fin, es una medida ponderada o equilibrada, pues únicamente se ha accedido al contenido de correos electrónicos que han reflejado información relativa a la actividad empresarial sin incorporar aspectos personales o familiares del trabajador⁸⁰.

Pero lo importante de esta nueva doctrina es que la previsión convencional en virtud de la cual se tipifica como falta leve el uso privado de medios tecnológicos de la empresa legitima el control empresarial sin necesidad de informar al trabajador. Esta tipificación se equipara, por el Tribunal Constitucional, a la existencia de prohibición absoluta del uso extraprofesional del correo electrónico, habilitando a la empresa para desplegar medidas de control al objeto de la verificación de su cumplimiento o no por los trabajadores, entendiendo que el afectado debía saber esta

⁷⁹ APARICIO ALDANA, R.K.: “Las nuevas tecnologías en las relaciones laborales. Análisis de la STC 241/2012, de 17 de diciembre”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 36, 2014, pág. 290.

⁸⁰ SANTIAGO REDONDO, K.M.: “Intimidad, secreto de las comunicaciones y protección de datos de carácter personal. El art. 18 CE”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2014, pág. 130.

posibilidad de inspección porque, a su vez, debía conocer el convenio colectivo aplicable a la empresa, de modo que no podía existir una expectativa fundada y razonable de confidencialidad, no en vano la comunicación se produce en un canal abierto.

C) Tribunal Supremo

El Tribunal Supremo, no sin fisuras, ha venido entendiendo que no existe un derecho del trabajador a la utilización personal de los ordenadores de la empresa, pues ésta puede prohibir tal proceder, limitarlo y someterlo a control, pero esto tampoco significa que la supervisión empresarial no tenga que respetar determinadas exigencias. La expectativa de confidencialidad derivada de una práctica social de tolerancia no puede ser desconocida, salvo alerta prohibitiva en contrario. De este modo, si la empresa ha establecido unas reglas de uso de estos medios (con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales) y ha informado a los trabajadores sobre los extremos de los controles, la actuación del trabajador en contra de tales prevenciones ha de considerarse ilegítima.

En este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2007⁸¹, en la que se enjuicia el despido del Director General de una empresa que prestaba servicios en un despacho sin llave, en el que disponía de un ordenador sin clave de entrada y conectado a la red de la empresa. Un técnico informático comprueba los fallos del ordenador, detectando la existencia de virus informáticos derivados de acceso a páginas poco seguras de internet. Entiende el Tribunal que no es aplicable el art. 18 ET porque el registro del ordenador supone el control de un medio de producción, no de un efecto privado del trabajador. Se debe acudir, pues, al art. 20.3 ET, produciéndose un ataque al derecho a la intimidad del empleado al no haber sido avisado sobre la práctica del control ni sobre los límites al uso de este instrumento para fines privados.

En esta misma línea, cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2011⁸², cuyo relato fáctico consiste en un control empresarial realizado en los meses de enero y febrero sobre las redes de información con el objeto de revisar la seguridad del sistema de la corporación y detectar posibles anomalías en la utilización de los medios puestos a disposición de los empleados, evidenciándose que desde el ordenador utilizado por los jefes de turno se accedió a internet en horas de trabajo con un total de 5.566 "visitas" a páginas referidas al mundo multimedia-vídeos, piratería informática, anuncios, televisión, contactos, etc. La gran mayoría de esas visitas se produjeron en los turnos de trabajo del despido y en tramos horarios en los que aquél estaba en el despacho. El Tribunal entiende que se ha ocasionado un atentado al derecho a la intimidad del trabajador porque no ha habido advertencia previa por parte de la empresa de los límites de utilización de estos medios para fines privados ni sobre los controles que se iban a practicar⁸³.

No obstante, en un breve espacio de tiempo, el Alto Tribunal introduce una matización en la doctrina anterior, que supone una cierta marcha atrás en la protección del derecho fundamental a la intimidad y al secreto de las comunicaciones. Así, la Sentencia del Tribunal

⁸¹ TOL 1.153.301

⁸² TOL 2.074.769.

⁸³ SEPULVEDA GOMEZ, M: "Los derechos fundamentales inespecíficos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones y el uso del correo electrónico en la relación laboral. Límites y contra límites", *Temas Laborales*, núm. 122, 2013, pág. 210.

Supremo de 6 de octubre de 2011⁸⁴ entiende que las órdenes empresariales destinadas a concretar la finalidad de los instrumentos de control no deben someterse a los principios de proporcionalidad, idoneidad y necesidad, si existe una prohibición absoluta que impuso el empresario sobre el uso de medios de la empresa (ordenadores, móviles, internet, etc.) por los trabajadores para fines propios, tanto dentro como fuera del horario de trabajo, y no caprichosamente sino ante las sospechas fundadas de que se estaban desobedeciendo tales órdenes impartidas al respecto. Al objeto de comprobar el cumplimiento de tal prescripción, se instaló un programa espía capaz de captar las pantallas a las que accedía una trabajadora para su posterior visualización. Se trataba de un sistema poco agresivo que no permitía ver los archivos del ordenador que estaban protegidos por las contraseñas de cada uno de los usuarios. El Tribunal Supremo entiende que la orden expresa de prohibición lleva implícita la advertencia sobre la posible instalación de sistemas de control, sin que sea posible admitir que surja un derecho a que se respete la intimidad porque no existe tolerancia empresarial del uso personal sino que éste es ilícito. Tal y como establece este fallo, “si no hay derecho a utilizar el ordenador para usos personales, no habrá tampoco derecho para hacerlo en unas condiciones que impongan un respeto a la intimidad o al secreto de las comunicaciones, porque, al no concurrir una situación de tolerancia del uso personal, tampoco existe ninguna expectativa razonable de intimidad”. Se bajan, por tanto, las barreras de la protección de la intimidad o el secreto, pues la tolerancia de la empresa es la que crea una expectativa de confidencialidad, de forma que si hay prohibición de uso personal, deja de haber tolerancia, y ya no existirá esa expectativa, con independencia de la información que la empresa haya podido proporcionar sobre el control y su alcance, que deviene innecesaria⁸⁵.

Sin embargo, el Tribunal Supremo, en sentencia de 13 de mayo de 2014⁸⁶, vuelve a considerar que el hecho de que el empresario haya establecido unas reglas sobre el manejo de los ordenadores o haya previsto ciertas prohibiciones no significa que esté facultado para fiscalizar de cualquier forma, exigiendo con total rotundidad que los empleadores informen expresamente a sus empleados de la posibilidad de llevar a cabo controles de la actividad laboral con carácter previo a su materialización, no siendo suficiente que estos últimos conozcan la existencia del control del medio técnico por motivos de seguridad empresarial. Es necesario, por tanto, que los trabajadores hayan sido informados de la existencia específica del control de la actividad laboral y de los mecanismos a aplicar en orden a comprobar la corrección de los usos, sin perjuicio de la posible aplicación de medidas de carácter preventivo, como puede ser la prohibición total o parcial de determinadas conexiones.

Por otra parte, conviene recordar que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en sentencia de 16 de junio de 2014⁸⁷, interfiere en la jurisprudencia dictada por la Sala Cuarta en relación a las facultades del empresario para adoptar medidas de control y vigilancia en un triple sentido: de un lado, en relación con los correos electrónicos que estén “sin abrir” por el destinatario rige la protección constitucional que otorga el art. 18.3 CE al secreto de las comunicaciones, siendo necesario contar con autorización judicial; de otro, las comunicaciones “ya abiertas” por el destinatario que únicamente permanecen en las bandejas de entrada y salida,

⁸⁴ TOL 2.366.592.

⁸⁵ NORES TORRES, L.E.: “Algunas cuestiones sobre la utilización de las redes sociales como medio de prueba en el proceso laboral”, *Actualidad Laboral*, núm. 3, 2014, pág. 315.

⁸⁶ TOL 4.424.627

⁸⁷ TOL 4.511.548.

así como otros aspectos adyacentes (historial de navegación web, acceso al disco duro del ordenador, direcciones, frecuencias...), están tutelados por el art. 18.1 CE, referido al derecho a la intimidad, y por el 18.4 CE, relativo a la protección de datos personales, pero no por el derecho al secreto de las comunicaciones, debiendo estar a la conocida teoría de la proporcionalidad en el acceso; en fin, para el registro de medios electrónicos, propiedad del trabajador, utilizados en el tiempo y lugar de trabajo, es necesario contar con autorización judicial⁸⁸.

Sea como fuere, el criterio de la Sala Segunda tiene la finalidad de fijar una clara doctrina referente a la validez probatoria de los controles sobre el correo electrónico en vía penal, de modo que para evitar que las pruebas pierdan su eficacia, la empresa deberá solicitar la intervención judicial en la obtención de los mensajes cerrados y privados del trabajador (art. 539 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Ahora bien, en el ámbito laboral, y a efectos de servir de prueba lícita de un comportamiento irregular del trabajador, debe considerarse vigente la doctrina mayoritaria de la Sala Social según la cual cuando rige en la empresa una prohibición expresa de uso privado de los medios informáticos facilitados al trabajador para el desarrollo de su actividad productiva, no existe una expectativa de confidencialidad respecto al conocimiento de las comunicaciones mantenidas a través de la cuenta de correo corporativa y que pueden registradas en el ordenador propiedad de la empresa. En fin, si el trabajador utilizara sus propios dispositivos (en el fenómeno conocido como *BYOD, bring your own device*) no resultaría aplicable el art. 20.3 ET, sino que el empresario debería atenerse a lo previsto en el art. 18 ET, pues se trata de un efecto personal (en el centro de trabajo y en horas de trabajo, respetando al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y contando con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa).

En todo caso, nada impide que uno de los integrantes de la conversación utilice el contenido como prueba, tal y como sucede con las conversaciones de whatsapp, pudiendo citar los siguientes pronunciamientos de suplicación, sin ánimo exhaustivo⁸⁹: la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 13 de mayo de 2014 que declara nulo el despido de una empleada de hogar, que puede demostrar el acoso sexual al que está sometida a través de la reproducción de varios mensajes de su empleador enviados por whatsapp. O la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 18 de junio de 2014, que declara procedente el despido de un conductor de autobús que utilizaba este medio mientras conducía. O la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 3 de febrero de 2015, que considera ajustado a derecho el despido de unas cuidadoras de niños en una guardería, que vierten comentarios inapropiados sobre uno de los menores. O la Sentencia del este mismo Tribunal de 18 de julio de 2016, que considera procedente el despido disciplinario de un profesor por mantener conversaciones íntimas por whatsapp con una alumna de 14 años. Todo ello sin olvidar que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 10 de junio de 2015 considera baja voluntaria del trabajador la comunicación de whatsapp en la que pone de manifiesto de modo indiscutible su intención de no volver al trabajo. En fin –y por no seguir--, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 8 de junio de 2017 considera válida la dimisión de un trabajador a través de expresiones claras y reiteradas vertidas en este medio, quedando impedida la reincorporación posterior.

⁸⁸ MIRO MORROS, D.: “El uso del correo electrónico en la empresa: protocolos internos”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 874, 2013 (BIB 2013/2511), págs. 1 y ss.

⁸⁹ STSJ Cantabria 11 diciembre 2015 (rec. 859/2015).

No cabe olvidar, a la postre, que la facultad conferida al empresario de prohibir terminantemente el uso del correo electrónico para fines privados plantea serias dudas de compatibilidad con los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones de los terceros no vinculados mediante una relación laboral con el empresario o con la Administración, que reciben y envían mensajes al trabajador a través del medio de comunicación corporativo, razón por la cual se ha afirmado la necesidad de cumplir con las exigencias de transparencia en el referido control, recurriendo a elementos de configuración del correo que permitan advertir a los comunicantes externos que se están relacionado con un sistema que puede ser abierto por persona distinta del destinatario, de forma análoga a los avisos que se utilizan en caso de grabación de las conversaciones telefónicas mantenidas con servicios de atención al cliente⁹⁰.

D) Algunas sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia

Entre los pronunciamientos de suplicación, pueden mencionarse algunos significativos, tal y como sucede con una sentencia que considera justificada la extinción del contrato de un empleado de Iberia por manipular datos informáticos con el fin de simular su presencia en la empresa⁹¹. El trabajador, que prestaba servicios como personal de tierra, actuaba en connivencia con una compañera de trabajo adscrita al departamento de recursos humanos que era la encargada de verificar las incidencias relacionadas con el control de presencia. De forma habitual, y siempre accediendo a las peticiones del empleado, la compañera iba anotando unas horas de comienzo o finalización de la jornada de trabajo que no se correspondían con la realidad, evitando que aparecieran las faltas de puntualidad cometidas por el trabajador. El empleado y su colaboradora conectaban normalmente por correo electrónico mediante el email que proporcionaba la empresa. El propio trabajador reconoció que en el manual de la empresa se decía que el uso de los medios facilitados por Iberia (ordenador y correo electrónico) eran únicamente para usos profesionales y no personales y, además, había sido avisado con antelación de que se iba a proceder a extraer el disco duro de su ordenador, y dicha operación se realizó con la presencia de él mismo, de dos personas de recursos humanos, de un jefe de unidad, de una compañera y de un miembro de la sección sindical.

Ilustrativa, a estos efectos, es también la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja de 11 de noviembre de 2015, que considera procedente el despido disciplinario de una trabajadora que, como coordinadora de la empresa, ordenó a un técnico la instalación de un programa espía mediante el cual se podía acceder desde el ordenador de la actora a los terminales utilizados por los trabajadores y visionar todo cuanto estuvieran haciendo. En orden a impedir que los compañeros se percataran del funcionamiento de este programa se modificó la apariencia del escritorio a una pantalla azul, pues al activarse el mentado mecanismo el fondo de escritorio cambiaba de color.

Igualmente, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 16 de junio de 2015 considera procedente el despido de una empleada que había cruzado correos electrónicos con otros compañeros de trabajo, en los que consta como emisora, receptora o como copia, donde hace alusiones a otros trabajadores, al administrador y al dueño de la empresa con un lenguaje soez, insultos y graves ofensas contra su honor. La Sala considera que aunque estos

⁹⁰ FERRANDO GARCÍA, F.M.: “Vigilancia y control de los trabajadores y derecho a la intimidad en el contexto de las nuevas tecnologías”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 399, 2016, pág. 59.

⁹¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Madrid 19 diciembre 2012 (TOL 3.007.536).

correos no fueron difundidos ni se les dio publicidad, no pueden considerarse privados, máxime cuando la empresa de forma clara ha impartido instrucciones indicando que el ordenador y el correo solo pueden utilizarse para fines laborales, reservándose además el derecho a revisarlos.

En este mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 13 de junio de 2016 considera procedente el despido, por transgresión de la buena fe contractual, de una trabajadora que, teniendo despacho propio en la empresa, con un equipo informático general y siendo responsable del departamento de limpieza, utilizó para fines privados la cuenta de correo electrónico corporativo. Y ello porque la empresa había redactado un protocolo, transmitido a todo el personal, sobre uso de los equipos informáticos, en el que se especificaba que la cuenta de correo electrónico puesta a disposición de cada trabajador por la empresa era para el uso exclusivo de tareas profesionales, pudiendo ser auditada en cualquier momento, y estando prohibida expresamente la utilización de forma abusiva e incontrolada de los recursos telemáticos de la empresa, incluido internet, para actividades que no estuvieran directamente relacionadas con el puesto de trabajo de cada usuario.

Asimismo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 29 de marzo de 2017 considera procedente el despido de un trabajador por reenviarse correos electrónicos desde el correo corporativo de la empresa a su dirección de correo electrónico personal con documentos adjuntos que contenían datos personales de los clientes, incumpliendo una prohibición empresarial expresa de usar tal medio fraudulentamente.

En fin, y teniendo en cuenta que la navegación por internet no está amparada por el secreto de las comunicaciones y que, por lo tanto, la facultad de control empresarial es más amplia, si bien no cabe duda que el conocimiento de las visitas de determinados lugares web permite obtener directamente la información sobre aspectos de la vida personal de los trabajadores relacionados con su intimidad, la gama de pronunciamientos al respecto es muy variada, desde los más estrictos a tenor de los cuales cualquier acceso extralaboral supone un quebranto de la buena fe, mientras otros más acertados atienden a la frecuencia o duración de las conexiones. Entre los más próximos en el tiempo, cabe mencionar, a título de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 23 de diciembre de 2015 que considera procedente el despido de un profesor que se conectó, a través del ordenador existente en el aula, a una página de internet de alto contenido sexual y pornográfico mientras los estudiantes realizaban un examen, teniendo en cuenta que el sistema de proyección no se había desconectado y las imágenes fueron contempladas por los alumnos.

5.- REDES SOCIALES

Sin duda, las redes sociales (facebook, twenti, twitter, tumbir, flickr, myspace, Ning, Xing, Plaxo, Hi5, Secondlife, Instagram, Lindekin...) brindan un nuevo escenario donde la inmediatez, la transparencia y el concepto de comunidad aportan nuevas oportunidades para las tradicionales formas de comunicación, expresión o divulgación⁹². Por lo que afecta al mundo de las relaciones laborales, se ha dicho que las redes sociales permiten interactuar a los empleados de una manera colaborativa y compartiendo conocimientos con rapidez y transparencia, al tiempo que sirven como un importante medio de captación de trabajadores y como una efectiva herramienta de

⁹² ORTIZ LÓPEZ, P.: “Redes sociales: funcionamiento y tratamiento de información personal”, en AA.VV.: *Derecho y Redes Sociales*, Madrid (Civitas), 2013, pág. 21.

marketing para que las empresas den a conocer sus actividades y novedades⁹³, ideas trasladables a las Administraciones Públicas.

Pese a estas bondades (innovación y desarrollo, gestión de procesos de selección, fomento de networking entre empleados...), el manejo de redes sociales en el ámbito laboral también tiene su lado oscuro, pues respecto de los comentarios o imágenes incorporados a tales instrumentos, los órganos judiciales han venido considerando que pueden justificar decisiones empresariales de dar por terminado el vínculo contractual, bien porque conllevan declaraciones perjudiciales o denigrantes para la empresa, los compañeros o clientes, pues el derecho a la libertad de expresión no ampara el derecho al insulto⁹⁴, bien porque evidencian incumplimientos laborales del propio empleado (fraude en bajas de incapacidad temporal, competencia desleal, sabotaje industrial, utilización de productos de la empresa para fines personales, acosos...)⁹⁵.

El hallazgo, a menudo casual, de esta información publicada por el propio trabajador o por sus conocidos, puede desencadenar el poder disciplinario, de modo que el carácter público de estos medios resulta determinante a la hora de valorar la legitimidad en la obtención de la prueba por parte del empresario, no entrando en juego la protección del derecho a la intimidad si el propio afectado ha dado a conocer la noticia de forma voluntaria y en un medio accesible con carácter general. Entre los pronunciamientos más relevantes, cabe mencionar, sin ánimo exhaustivo, la Sentencia del Tribunal Superior de Andalucía de 10 de noviembre de 2011, que considera procedente el despido de una empleada de un supermercado que publica en Facebook una serie de fotografías acompañada de otra compañera en la que se muestran con fajos de billetes en forma de abanico delante de la caja fuerte del establecimiento vestidas con el uniforme del supermercado. También, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de julio de 2016, que considera procedente el despido de un trabajador que publicó en su cuenta de Facebook comentarios ofensivos, de carácter sexual, hacia dos compañeras, que además eran esposas de otros empleados. O, en fin, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 26 de octubre de 2010, que considera procedente el despido de un trabajador que, a través de los comentarios vertidos en su página personal de Myspace, pone de manifiesto que estaba saltando en un concierto y que había continuado cantando en la gira de actuación de su grupo musical durante la situación de incapacidad temporal.

Particularmente significativa es la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 21 de abril de 2008⁹⁶, en la que un funcionario fue sancionado con la separación del servicio por realizar una segunda actividad en el sector privado, consistente en dirigir y administrar una sociedad anunciada en diversas redes sociales.

Por otra parte, las redes sociales no sólo van a tener importancia en los procesos de despido o de imposición de sanciones, sino también en los de contratación (*firing and hiring*),

⁹³ TALENS VISCONTI, E.E.: “La libertad de expresión de los representantes de los trabajadores y nuevas tecnologías. Su alcance en las redes sociales”, *Comunicación presentada al XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Pamplona, 2014, pág. 1.

⁹⁴ TALENS VISCONTI, E.E.: “Despido de un trabajador por comentarios contra la empresa vertidos en internet”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 35, 2014 (BIB 2014/2014), pág. 3.

⁹⁵ FERRANDO GARCÍA, F.: “Vigilancia y control de los trabajadores y derecho a la intimidad en el contexto de las nuevas tecnologías”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 399, 2016, págs. 60 y ss.

⁹⁶ Rec. 5464/2004.

porque en el sector público el reclutamiento debe respetar los principios de mérito y capacidad, a través de una doble vía: la primera responde a su uso como plataforma virtual destinada tanto a la búsqueda y reclutamiento de candidatos como a la evaluación y selección de los mismos; la segunda obedece a su diseño como recurso para la obtención de información de cada candidato: edad, centros de estudio, domicilio, aficiones, creencias religiosas, ideología política, tendencia sexual, afectividad, círculo de amigos, características de la personalidad, imágenes, salud...⁹⁷

Ante esta creciente problemática, que el reconocimiento del “derecho al olvido” en los buscadores de internet no ha podido evitar, cabe señalar la importancia, de nuevo, de la aplicación de los principios de la Ley de Protección de Datos y algunos referentes de Derecho Comparado, pudiendo mencionar cómo entre marzo de 2012 y agosto de 2013, doce Estados en EE.UU aprobaron leyes para la protección del acceso a la contraseña de redes sociales (denominadas “*social media password protection legislation*”), con el objetivo de prohibir a los empresarios la posibilidad de solicitar a candidatos, e incluso a empleados, la clave de acceso a sus cuentas privadas de redes sociales⁹⁸. Especial mención merece la denominada Ley de la Intimidad de las Comunicaciones Electrónicas (*Electronic Communications Privacy Act*) de 1986, que ha evitado una excesiva conflictividad en la Corte Suprema de los Estados Unidos por el control de las comunicaciones electrónicas en el puesto de trabajo⁹⁹. En nuestro país, el Tribunal Supremo, en sentencia de 21 de septiembre de 2015, ha considerado abusiva una cláusula contractual que requiere incorporar el número de móvil y la dirección de correo electrónico del trabajador,

6.-VIGILANCIA AUDITIVA

El control empresarial de las conversaciones telefónicas del trabajador es, en principio, una hipótesis descartada porque se hallan amparadas por el secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) y el propio derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) , y solo mediante autorización judicial es posible una injerencia en las mismas¹⁰⁰. La grabación de una conversación suele ser más sensible para la intimidad que la de una imagen porque las palabras pueden revelar pensamientos y sentimientos internos, permitiendo comprobar fácilmente incumplimientos en el trabajo, adoptar medidas disciplinarias y probarlas en juicio. Sobre la intervención de las llamadas telefónicas efectuadas por el trabajador, existe una jurisprudencia bastante asentada que admite el control de los datos externos de las llamadas realizadas desde el lugar de trabajo (número de destinatario, duración...), si bien no faltan pronunciamientos que ponen en duda esta práctica aparentemente neutra, pues el Tribunal Europeo ha declarado que podría vulnerar el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos que protege el derecho al secreto de las comunicaciones¹⁰¹, opinión que ha sido acogida por alguna Sentencia del Tribunal Constitucional¹⁰². A pesar de ello, la

⁹⁷ LLORENS ESPADA, J.: “El uso de facebook en los procesos de selección de personal y la protección de los derechos de los candidatos”, *Revista de Derecho Social*, núm. 68, 2014, págs. 53 y ss.

⁹⁸ BEL ANTAKI, J.: “Redes sociales y su incidencia jurídico-laboral en los derechos fundamentales del trabajador”, *Comunicación presentada al XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Pamplona, 2014, pág. 14.

⁹⁹ Pudiendo citar únicamente el caso *City of Ontario v. Quon*, decidido en 2010, y el caso *O’Connor v. Ortega*, decidido en 1987, comentados por VIZCAINO RAMOS, I.: “La jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre el control de ordenadores personales en el puesto de trabajo. Un estudio del caso *City of Ontario v. Quon*”, *Comunicación presentada al XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Pamplona, 2014.

¹⁰⁰ GOÑI SEIN, J.L.: “Intimidad del trabajador y poderes de vigilancia y control empresarial”, cit., pág. 14.

¹⁰¹ Sentencia de 2 de agosto de 1984, caso *Malone versus Reino Unido*.

¹⁰² STCo 34/1996, de 11 de marzo.

doctrina judicial ordinaria es favorable y la admite en el ámbito de las relaciones de trabajo por entender que cumple con el requisito de proporcionalidad, pero limita muy estrictamente la posibilidad de intervenir el contenido de las conversaciones en aras a garantizar el derecho al secreto de las comunicaciones¹⁰³.

Ahora bien, este último veto quiebra cuando la prestación de trabajo consiste precisamente en la atención telefónica (teleoperadores) o cuando se trata del sector de la actividad de telemarketing (promoción de productos a través de llamadas telefónicas) o atención telefónica en servicios públicos, pues --como se ha encargado de reconocer algún pronunciamiento judicial-- la comprobación de los datos externos resulta notoriamente insuficiente en estos casos, teniendo en cuenta que el destinatario es determinado por la empresa, siendo necesario también que la organización productiva conozca el contenido de la conversación no sólo para evitar que se efectúen contactos no permitidos sino también como medio de prueba de las operaciones comerciales realizadas¹⁰⁴.

Por tanto, no todo sistema de escucha de conversaciones es ilícito, sino que a la hora de aplicar el principio de ponderación, el interés de la empresa tiene que ser muy alto para inclinar la balanza en su favor. Así, de nuevo utilizando el ejemplo del sector del telemarketing donde el propio objeto de la prestación del trabajo consiste en conversaciones con los clientes, ha entendido el Tribunal Supremo que si el teléfono se ha puesto a disposición de los trabajadores como exclusiva herramienta de trabajo y éstos conocen que puede ser intervenido por la empresa, no cabe alegar tacha alguna en el proceder empresarial de averiguar el contenido de los diálogos a través de la audiovigilancia¹⁰⁵. Es claro, en casos como éste, que si las conversaciones no pudieran ser auditadas, la prestación de trabajo tampoco podría ser dirigida y vigilada por el empresario, siendo necesario, no obstante, como ha reconocido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que se avise al trabajador sobre la posible interceptación de las llamadas¹⁰⁶.

Procede aclarar, a la postre, que como ha dejado señalado el Tribunal Constitucional, “quien graba una conversación de otros atenta al derecho reconocido en el art. 18.3 CE, pero “quien graba una conversación con otro no incurre en esa infracción”. Excluye, por tanto, que el derecho al secreto de las comunicaciones pueda oponerse frente a quien tomó parte en esa comunicación¹⁰⁷.

Es más, la injerencia de las conversaciones adquiere también relevancia constitucional desde el punto de vista del art. 18.4 CE, en la medida en que las palabras asociadas a una persona identificada o identificable se consideran extremos personales y la interceptación constituye tratamiento de datos sometida a la normativa de protección de datos. Cabe establecer, no obstante, la siguiente diferenciación: Por un lado, si se trata de meras escuchas telefónicas de conversaciones no grabadas, limitándose al acopio en tiempo real, no existirá fichero y no será

¹⁰³ STCo 114/1984, de 29 de noviembre y STS 10 marzo 1990 (Ar. 2045). En la doctrina judicial menor, STSJ Madrid 9 junio 2004 (JUR 2005, 20495).

¹⁰⁴ STS 5 diciembre 2003 (Ar. 313/2004).

¹⁰⁵ STS 5 diciembre 2003 (RJ 2004/313).

¹⁰⁶ Sentencia de 25 de junio de 1997, asunto 1997/37, caso *Halford*.

¹⁰⁷ SSTCo 175/2000, de 26 de junio y 56/2003, de 24 de marzo. También, STS, Civil, 20 noviembre 2014 (rec. 3402/2012). DÍAZ RODRÍGUEZ, J.M.: “Las grabaciones ocultas realizadas entre empresarios y trabajadores y su utilización como prueba en juicio”, *Trabajo y Derecho*, núm. 6, 2015, págs.. 81 y ss.

necesario la inscripción en el registro de protección de datos, pero el responsable del tratamiento no queda eximido de la obligación de informar a los trabajadores de que las conversaciones pueden ser controladas. Por otro, si las conversaciones quedan grabadas en una cinta, disco duro o cualquier otro soporte que permita localizar los diálogos atendiendo a criterios como el día y hora de grabación, los datos obtenidos se consideran datos de carácter personal, merecedores de todo el sistema garantista establecido en la LOPD, debiendo proceder a crear un fichero, notificado previamente la Agencia Española de Protección de Datos, para su inscripción en el registro, y a informar al trabajador de que sus propios datos de carácter personal están siendo objeto de tratamiento, la finalidad de dicho tratamiento, así como la información disponible sobre el origen de la información y las comunicaciones realizadas o previstas en los mismos. En suma, no se permite este tipo de interferencias en las conversaciones de los trabajadores si previamente no se ha cumplido con el deber de información previa.

Por tanto, en el supuesto de sospecha de comportamiento irregular, haya o no concurrido tratamiento de datos, si no ha habido comunicación previa de la posibilidad de control de las conversaciones, la interferencia o se produce con autorización judicial o de lo contrario constituye un ilícito¹⁰⁸.

7.- INSTRUMENTOS DE CONTROL DE ACCESO: TARJETAS, INFRARROJOS, RADIOFRECUENCIA Y CONTROLES BIOMÉTRICOS

El control del acceso y localización del trabajador en la entidad empresarial o Administración Pública, a través de sistemas de fichas, tarjetas electrónicas identificativas, huellas o, incluso, mediante infrarrojos, es considerado lícito cuando obedece a motivos de seguridad -- bien por el tipo de actividad desarrollada por la empresa o bien por el valor de los elementos utilizados en ella-- o "contribuye a comprobar el efectivo cumplimiento de las obligaciones de los trabajadores, obligaciones que se inician en el momento de la puntual incorporación a sus puestos de trabajo y en una estricta observancia de los tiempos de la prestación"¹⁰⁹.

Así, por ejemplo, las tarjetas identificativas permiten al empleado, tras conectarlas o acercarlas a un lector, acceder a ciertas salas, operar con el ordenador, poner en marcha máquinas de trabajo..., facilitando al tiempo el trazo de los movimientos realizados y de su ubicación concreta en cada momento.

Por su parte, las etiquetas de identificación por radiofrecuencia facilitan el procesamiento de datos sin contacto físico ni interacción visible entre el lector o grabador y la etiqueta. No puede extrañar, por tanto, que la Recomendación de la Comisión de las Comunidades Europeas de 12 de mayo de 2009, en su apartado 7º, aconseje que los Estados velen porque los operadores (las empresas) elaboren y publiquen una política de información precisa, concisa, exacta y fácil de comprender del uso de estos sofisticados instrumentos, incluyendo la identidad y el domicilio de los operadores, su finalidad, los extremos procesados y un resumen de la evaluación del impacto sobre la intimidad y las medidas para reducirlo. Es más, la Agencia de Protección de Datos recomienda, en su Guía sobre Seguridad y Privacidad de la Tecnología RFID, informar a los trabajadores sobre la existencia del tratamiento de forma clara y accesible, indicando la

¹⁰⁸ GOÑI SEIN, J.L.: "Intimidad del trabajador y poderes de vigilancia y control empresarial", cit., pág. 55.

¹⁰⁹ STSJ, Cont-Admtivo, Cantabria 21 febrero 2003 (Jur. 122751).

localización de las etiquetas, la existencia de lectores, su posible monitorización y el modo de desactivación.

Las nuevas tecnologías habilitan, incluso, para que el control del acceso a las dependencias empresariales y del horario de trabajo se realice a través de anillos inteligentes o de sistemas biométricos, que pueden ser de dos tipos: por una parte, los que permiten el análisis de aspectos físicos y morfológicos de la persona, a través de la comprobación de las huellas dactilares, la verificación de los patrones de la mano, el reconocimiento facial, la geometría del iris, los rasgos de la voz o las características de la retina; por otra, los que facilitan la valoración de los comportamientos de una persona, mediante la comprobación de su escritura, su firma o la presión de las teclas del ordenador. La principal ventaja de estos mecanismos radica en que no permiten la suplantación del sujeto sometido a la vigilancia, a diferencia de las tarjetas de identificación tradicionales que admitían la transferibilidad¹¹⁰.

En el entorno laboral, estos sistemas biométricos de reconocimiento resultan muy útiles para el control del acceso físico a instalaciones; en particular, lugares críticos como centrales energéticas o sensibles o de acceso restringido. Sirven también para ejercer el tradicional control horario y de presencia de los trabajadores, ya sea para evaluar los momentos de entrada y salida, ya sea para calcular el tiempo dedicado por los trabajadores a la actividad profesional, lo que se revela particularmente útil en empresas con horario flexible o con jornadas irregulares. Y son, asimismo, una solución idónea para garantizar el acceso a los equipos técnicos, a través de lectores de huellas o detectores de la mirada como alternativa más segura que las claves de acceso¹¹¹.

Con mayor detalle, en todo proceso de reconocimiento biométrico se pueden diferenciar dos fases: una, la de inscripción o alistamiento de muestras biológicas, que consiste en la captación por medio de un sensor específico para cada tipo de técnica biométrica, de una serie de rasgos específicos del usuario, y en la transformación de esos datos en una secuencia numérica conformándose una plantilla, que queda registrada en una base de datos; otra, la de comparación, en la que se vuelve a recoger una muestra biométrica y la huella así obtenida se compara con la plantilla almacenada, al objeto de comprobar la equivalencia¹¹².

Precisamente, la primera fase de recogida y tratamiento de los datos biométricos puede poner en peligro los derechos fundamentales de los trabajadores al suponer riesgos para la vida privada, no en vano --y como mero ejemplo-- el iris puede revelar el consumo de drogas y de alcohol o el padecimiento de enfermedades como hipertensión o diabetes. De ahí que la doctrina judicial venga aplicando el juicio de proporcionalidad para valorar la licitud de la decisión empresarial de instalación de estas técnicas. En consecuencia, cabe entender permitido su uso si es el único medio que puede cumplir con la finalidad asignada, es decir, no existe otro menos gravoso con el que cubrir las necesidades empresariales, y se trata de un cauce imprescindible¹¹³. Todo ello sin olvidar que los datos biométricos son datos personales a la luz de la LOPD, debiendo aplicar todos los principios de tutela que esta Ley establece, entre

¹¹⁰ POQUET CATALÁ, R.: *El actual poder de dirección y control del empresario*, Pamplona (Aranzadi), pág. 282.

¹¹¹ GOÑI SEIN, J.L.: "Intimidad del trabajador y poderes de vigilancia y control empresarial", cit., pág. 61.

¹¹² POQUET CATALÁ, R.: *El actual poder de dirección y control del empresario*, cit., pág. 285.

¹¹³ STSJ Murcia 25 enero 2010 (rec. 1107/2009).

los cuales se encuentra la obligación de informar a los afectados y la notificación del fichero a la Agencia de Protección de Datos¹¹⁴.

En este contexto, quizá los pronunciamientos judiciales más llamativos son los referidos al citado control biométrico de la mano que permite identificar al trabajador mediante un reconocimiento tridimensional: largo, ancho y espesor. Cuestionada la licitud de semejante método utilizado en una Administración regional como fichaje horario del personal, el Tribunal considera, en primer lugar, que resulta idóneo para conseguir el objetivo propuesto, cual es “lograr un mayor nivel de eficacia en la Administración pública controlando el efectivo cumplimiento de sus obligaciones por parte de los empleados públicos”. Reconoce el órgano judicial que “la existencia de otros posibles sistemas igualmente idóneos para conseguir la referida finalidad no convierte el medio enjuiciado en ilícito, siendo legítimo que la Administración opte, dentro de la legalidad, por aquel cauce que considere más conveniente”. En segundo término, la medida se entiende necesaria debido al “notorio carácter imperfecto de los sistemas de control más comúnmente usados”, que no impiden “la sustituibilidad en su cumplimiento”. Finalmente, se concluye que la implantación supone más ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros valores en conflicto, porque de esta forma se garantiza que el empleado público cumplirá debidamente sus obligaciones y ello redundará en una mayor eficiencia de la Administración para la consecución de los intereses generales¹¹⁵.

Atendiendo a este razonamiento, muy cuestionable resulta, sin embargo, la implantación de chips subcutáneos entre el dedo índice y el pulgar por la que han optado algunas compañías belgas, pues no sólo puede atentar frente a la privacidad del trabajador sino también causar efectos nocivos para la salud física.

8.- GEOLOCALIZACIÓN

Lógicamente, un cierto control extramuros del centro de trabajo podrá realizar el empresario cuando la prestación se realice fuera de él a través de los sistemas de geolocalización. A estos efectos hay que tener en cuenta que hasta la aparición de los sistemas GPS, las empresas del sector del transporte por carretera sólo podían vigilar diariamente las circunstancias de la circulación de sus vehículos, en cuanto a las horas de arranque, parada, duración de los desplazamientos y velocidad, mediante un tacógrafo. Tal dispositivo corresponde a una obligación impuesta por el Real Decreto 640/2007, de 18 de mayo, por el que se establecen excepciones a la obligatoriedad de las normas sobre tiempos de conducción y descanso y el uso del tacógrafo en el transporte por carretera. Dicho mecanismo carece de capacidad para mostrar en todo momento la posición del vehículo ni las específicas rutas seguidas, por lo que su colisión con el derecho a la intimidad del trabajador se considera mínima, debiendo el empresario conservar las hojas de registro durante un año y facilitar copia a los trabajadores que así lo soliciten¹¹⁶.

Más problemas plantean, sin duda, los modernos medios de “teletrack”, que permiten conectar varios vehículos pertenecientes a la misma empresa, o de “geolocalización, mediante un

¹¹⁴ STS, Cont-Adm. 2 julio 2007 (rec. 5017/2003).

¹¹⁵ SSTSJ, Contencioso-Administrativo, 10 enero 2003 (RJCA 5 y 528) y 14 y 29 marzo 2003 (JUR 136789 y RJCA 742).

¹¹⁶ FERNÁNDEZ GARCÍA, A.: “Sistemas de geolocalización como medio de control del trabajador: un análisis jurisprudencial”, *Aranzadi Social*, núm. 17, 2010, pág. 97.

microchip”, capaces de identificar unívocamente al trabajador sin necesidad, en muchos casos, de batería ni fuente de alimentación¹¹⁷.

La Agencia de Protección de Datos en su Informe 193/2008 establece que los extremos obtenidos a través del sistema de geolocalización (rutas seguidas, tiempos de parada, velocidad, consumo de combustible del vehículo, etc.) están asociados a información concerniente a una persona física identificada o identificable a través de los lugares que frecuenta, por lo que según el art. 3 a) LOPD se consideran datos de carácter personal, merecedores de todo el sistema garantista previsto en esta Ley. Por tal motivo, en vía judicial, además de cumplir el principio de proporcionalidad, el control mediante GPS “totalmente camuflado”, “con difícil acceso” y “sin advertencia a los trabajadores de su instalación” se ha calificado como una infracción de la buena fe empresarial porque no respeta el deber de información¹¹⁸.

En esta misma línea, algún pronunciamiento judicial considera que efectivamente queda afectado el derecho a la intimidad del trabajador si el empresario utiliza un sistema de control del trabajo de sus empleados que se desarrolla fuera de sus dependencias a través de un sistema de localización permanente del teléfono móvil facilitado como instrumento de trabajo, sin consentimiento ni conocimiento de los trabajadores, máxime si éstos han de tenerlo a su disposición en todo momento por estar sujetos a disponibilidad permanente, ya que si bien resulta un medio idóneo para controlar su labor, en modo alguno resulta necesario a este fin¹¹⁹. Ejemplo paradigmático puede encontrarse en un pronunciamiento judicial que ha considerado factor de riesgo la instalación de un dispositivo denominado “acelerómetro” en cada uno de los teléfonos móviles de los trabajadores con un componente micro-electromecánico cuya función es captar los movimientos bajo el pretexto de servir a un protocolo de actuación ante un posible accidente¹²⁰.

No faltan, sin embargo, sentencias más permisivas de conformidad con las cuales --y en paradigmático ejemplo-- un sistema de control de movimientos mediante GPS instalado en el vehículo de la empresa utilizado por el trabajador en sus desplazamientos puede ser considerado lícito, pues no existe otro mecanismo eficaz para verificar el cumplimiento de la prestación laboral al realizarse ésta fuera del lugar de trabajo, máxime si se tiene en cuenta que mediante un dispositivo de esta naturaleza se obtiene exclusivamente información sobre la localización del vehículo y no se graban imágenes ni sonido¹²¹, interpretación extensible a los mecanismos GMS incorporados a los teléfonos móviles. Queda acogida, así, una preocupante doctrina que ya había sido utilizada con relativa frecuencia en cuanto hacía al control del empleado fuera del puesto a través de medios tradicionales, como solía ser mediante la contratación de un detective privado

¹¹⁷ GARCÍA COCA, O.: “Nuevas tecnologías y sistemas de control de acceso al centro de trabajo: confrontación con el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal”, en AA.VV.: *Comunicación presentada al XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Pamplona, 2014, pág. 6.

¹¹⁸ SSTSJ Madrid 13 octubre 2010 (AS 2930) y 29 septiembre 2014 (rec. 1993/2013) ó Castilla-La Mancha 17 junio 2014 (rec. 1162/2013).

¹¹⁹ STSJ País Vasco 2 julio 2007 JUR 365564).

¹²⁰ STSJ Cataluña 23 mayo 2013 (rec. 6212/2012).

¹²¹ Sentencia del Juzgado de lo Social, núm. 32, Madrid 1 octubre 2003, citada por SAN PEDRO GULLÓN, V.: “Facultades empresariales de vigilancia y control en el centro de trabajo”, *Tribuna Social*, núm. 160, 2004, pág. 20. En el mismo sentido, SSTSJ Madrid 28 diciembre 2004 (AS 2302), La Rioja 26 septiembre 2006 (AS 280), Andalucía 20 junio 2007 (AS 1089), Castilla-La Mancha 28 mayo 2009 (AS 463) ó 5 marzo 2012 (rec. 5194/2011). En la doctrina, PÉREZ DEL PRADO, D.: “¿Puede el empresario controlar a sus trabajadores mediante dispositivos GPS? Algunas notas sobre el cómo, el dónde y el por qué”, *Información Laboral. Jurisprudencia*, núm. 10, 2009, págs. 2 y ss.

encargado de vigilar al operario, admitida cuando existe una sospecha fundada de incumplimiento, exigiendo que no haya posibilidad de acudir a otro medio de control más adecuado, se desarrolle en lugares observables por el ojo humano desde sitios públicos y sea ponderada o equilibrada¹²².

En todo caso, de lo que no cabe duda es queda excluido el seguimiento permanente o ilimitado, debiendo existir algún mecanismo que permita desactivar el sistema fuera de las horas de trabajo, pues la geolocalización no debe servir para prolongar la subordinación del trabajador más allá del límite temporal determinado por la prestación pactada y tampoco repercutir los datos obtenidos fuera del tiempo de trabajo en el ámbito contractual¹²³.

9.- ALGUNOS PRESUPUESTOS DE VALIDEZ EN EL CONTROL

Los dispositivos electrónicos, digitales y visuales no sólo son instrumentos verificadores del cumplimiento laboral, sino que son también magníficos medios de prueba, que permiten acreditar el incumplimiento de sus obligaciones laborales por el trabajador en el proceso laboral, siendo claros los términos del art. 90.2 Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), al fijar un límite infranqueable, cual es el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas, señalando que no se admitirán pruebas que tuvieran su origen o que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan vulneración de tales postulados¹²⁴, lo cual puede conducir a la inadmisión o, en su caso, a su no valoración en el juicio si en su momento fue admitida de forma provisional¹²⁵. Por su parte, el art. 60.4 Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LRJCA), establece que “la prueba se desarrollará con arreglo a las normas generales establecidas para el proceso civil”, de modo que resulta de aplicación el art. 287 LEC que alude a la ilicitud de la prueba por vulneración de derechos fundamentales, idea que reitera el art. 78.17 LRJCA para el procedimiento abreviado.

La dificultad estriba aquí en dilucidar cuando la prueba obtenida a través de medios tecnológicos es respetuosa con los derechos fundamentales (inespecíficos) de los trabajadores sin que exista una guía o referente claro, más allá de unas meras pautas no del todo sólidas¹²⁶: 1) La existencia de unas reglas empresariales sobre el uso de los medios informáticos y el conocimiento de tales reglas por los trabajadores se convierte en el primer y principal requisito para legitimar el registro y evitar el riesgo de la vulneración del derecho a la intimidad y del secreto

¹²² DÍAZ RODRÍGUEZ, J.M.: “Detectives en el ámbito laboral: poder empresarial y prueba judicial”, *Actualidad Laboral*, núm. 7, 2001, págs. 800 y ss. ó SALCEDO BELTRÁN, C.: “Intervención de detectives en las relaciones laborales”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 368, 2013, págs. 213 y ss. En la doctrina judicial, entre muchas, SSTS 19 julio 1989 (Ar. 5878), 11 junio 1990 (Ar. 5049), 17 junio 1996 (Ar. 5166) ó 21 junio 2012 (rec. 2194/2011); asimismo, Sentencias del Tribunal Superior de Justicia Galicia 16 marzo 1993 (Ar. 1356), Castilla-La Mancha 28 marzo 1996 (Ar. 1939), Navarra 3 octubre 2008 (rec. 238/2008), Madrid 5 noviembre 2010 (AS 3121), Cataluña 5 marzo 2012 (núm. 1706/2012) y Andalucía/Granada 24 mayo 2012 (rec. 738/2012).

¹²³ GOERLICH PESET, J.M.: “Protección de la privacidad de los trabajadores en el nuevo entorno tecnológico: inquietudes y paradojas”, en AA.VV.: *El derecho a la privacidad en el nuevo entorno tecnológico. XX Jornadas de la Asociación del Letrados del Tribunal Constitucional, Tribunal Constitucional y Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, 2016, págs.. 135-136.

¹²⁴ LOUSADA AROCHENA, J.F.: “La Ley de Jurisdicción Social: una primera aproximación”, *Actualidad Laboral*, nº 21, 2011, pág. 27.

¹²⁵ LOUSADA AROCHENA, J.F.: “La prueba ilícita en el proceso laboral”, *Aranzadi Social*, nº 11, 2006, pág. 110.

¹²⁶ TASCÓN LÓPEZ, R.: “Tecnovigilancia empresarial y derechos de los trabajadores”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, nº 415, 2017, págs. 87 y ss., autor a quien se sigue en la presente exposición.

de las comunicaciones. Nada impide la confección de estos protocolos en las Administraciones Públicas, no en vano el art. 54.3 EBEP deja claro que los empleados públicos “obedecerán las instrucciones y órdenes profesionales de los superiores”. 2) Cuando la empresa guarda silencio y no adopta expresamente una decisión o instrucción sobre el uso y control de los medios laborales tecnológicos, se entiende que el trabajador adquiere una “expectativa razonable de intimidad” y, en consecuencia, puede disfrutar de un “uso social” de los instrumentos y herramientas laborales, sin que el empresario pueda, en consecuencia, pasar de la tolerancia a la sanción, de forma abrupta e imprevista. 3) Esta “expectativa de intimidad” puede ser limitada no sólo a través de una instrumentación o reglamentación clara y concreta de las prohibiciones totales o parciales de uso o sino de una previsión en convenio colectivo, aunque sea en el apartado relativo a las infracciones y sanciones. 4) Aunque hayan quedado fijadas reglas de actuación del trabajador en el manejo de las herramientas tecnológicas, el establecimiento de un ulterior control a través de un sistema permanente de supervisión queda condicionado a la observancia de dos obligaciones. De un lado, proporcionar la debida información, tanto a los representantes de los trabajadores de la instalación de la medida de control (art. 64.1.3 ET), como al trabajador afectado sobre la recogida de datos (imágenes, sonidos, archivos...), así como sobre su finalidad (de control de la actividad laboral y medio de prueba para la acreditación de los ilícitos laborales que justifique la adopción de hipotéticas futuras sanciones); ahora bien, la no observancia de estos requisitos no tiene por qué tener relevancia constitucional, pues lo importante es que el trabajador haya sido informado siquiera de una forma tan genérica como a través de un distintivo de videovigilancia o por resultar de general conocimiento en la empresa. De otro, el respeto al principio de proporcionalidad, pues tal doctrina no puede entenderse derogada como referente en la valoración de las posibles lesiones de derechos fundamentales a través del control empresarial, si bien ha de ser reubicada como un criterio de cierre del sistema, es decir, establecidas las reglas de uso e informada la adopción de la medida de control, la misma ha de ser razonable y no puede resultar abusiva o desproporcionada (sobre todo si la información al trabajador ha sido escasa o defectuosa), pues en tal caso desde luego merecería reproche jurídico. 5) En fin, si el empresario no pretende una instalación permanente *ad futurum* de un sistema de vigilancia en la organización productiva, sino un control puntual y esporádico basado en una “desconfianza” o “razonable sospecha” de un incumplimiento laboral (actividades delictivas o dolosas), puede obviarse la regla de información y proceder a confeccionar la prueba con mayor opacidad (control oculto), en lo que se denomina “el principio de intervención indiciaria”¹²⁷.

En cualquier caso, a la espera de que el legislador asuma el papel protagonista, de manera conjunta a la función complementaria de la autorregulación de las partes implicadas, la inutilidad de una prueba ilegal es, en definitiva, doble: ni se debe admitir la práctica de dicha prueba (decisión judicial de inadmisión), ni se deben aceptar por el juez sus resultados fácticos en el caso de haberse practicado dentro o fuera del proceso (decisión judicial de exclusión de sus resultados a la hora de su valoración)¹²⁸.

10.- EL PREOCUPANTE FENÓMENO DEL TECNO-ESTRÉS

La delgada y vulnerable línea de la salud mental, tan amenazada en la civilización moderna, queda especialmente sometida al riesgo no sólo en situaciones límite sino también

¹²⁷ MORALES VALLEZ, C.E.: “El control de los medios tecnológicos por el empresario a la luz de la sentencia del TEDH de 12 de enero de 2016”, *CEF.-Laboral Social*, febrero 2016, www.laboral-social.com

¹²⁸ DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ, A.B.: *Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo*, cit., pág. 144.

en contextos más cotidianos singularmente propicios para ponerla en peligro, tal y como sucede con el trabajo en el sector público, paradigmático contexto de exposición, teniendo en cuenta la necesidad de trabajar con TICs ante las nuevas exigencias legislativas relacionadas con la Administración electrónica y las obligaciones de transparencia, acompañadas de circunstancias más clásicas que no han sido erradicadas como la ambigüedad de las relaciones de puestos de trabajo, la generalización de ineficaces mecanismos de promoción, la continuidad de estructuras organizativas marcadamente rígidas y burocratizadas, la ausencia de mecanismos eficaces de resolución de conflictos interpersonales, la falta de reglas claras sobre asignación de tareas, la carencia de formación cualificada por los costes que conlleva, el deficiente reconocimiento de la labor bien hecha, etc.¹²⁹.

10.1.- Los denominados entornos administrativos “cibercientíficos” como caldo de cultivo óptimo para el surgimiento de dolencias psicosociales

Las nuevas formas de actividad en los modelos de industria 4.0 o en los sistemas cibercientíficos a los que no son ajenas las Administraciones Públicas, intensivas en el uso de tecnologías de la información y comunicación (TICs) y de otros adelantos (robótica, microelectrónica, virtualización, optométrica...)¹³⁰, aun cuando presentan innumerables ventajas para la eficacia y la eficiencia en la prestación de servicios públicos y provocan acusados progresos en la reducción de la toxicidad y penosidad de los puestos, no dejan de integrar el entramado adecuado para el surgimiento de dolencias psicosociales, acrecentado por un cuádruple cúmulo de circunstancias: primera, una amenaza constante de destrucción de empleos públicos ante el desempeño por robots de gran parte de las tareas o del posible acceso indirecto a bienes y servicios dado el generalizado contexto de privatizaciones, circunstancias capaces de justificar despidos colectivos u otras medidas de reestructuración de efectivos; segunda, una monotonía provocada por el empobrecimiento de las tareas al reducir las habilidades y capacidades exigidas; tercera, un requerimiento excesivamente exigente en relación con las aptitudes del empleado sobre todo como consecuencia de la Administración digital, que pueden justificar una inadaptación al puesto de trabajo o una disminución sustancial del rendimiento, causas de despidos objetivos o de otras medidas de ajuste si se trata de funcionarios; en fin, y no menos importante pero ya conocida, una implementación de sistemas de control de la actividad laboral excesivamente rigurosos o exhaustivos, bien dentro de la Administración, bien a distancia, llegando a alcanzar incluso a conductas extralaborales, no en vano los códigos de espacio y tiempo van a quedar difuminados, sobre todo tras las exigencias de la Ley de Transparencia.

La manifestación principal de todas estas realidades radica en que el empleado público deviene atrapado en el proceso productivo en el sentido más amplio del término, sumido en un continuo esfuerzo adaptativo y severamente vigilado, con el perjuicio para la separación entre la vida profesional y la privada¹³¹, circunstancias capaces de provocar no sólo, como ya se ha visto, atentados a sus derechos fundamentales sino también severas patologías emocionales o

¹²⁹ RIVAS VALLEJO, P.: *La prevención de los riesgos laborales de carácter psicosocial*, Granada (Comares), 2009, pág. XIII.

¹³⁰ Tras la automatización de la industria en los siglos XVIII y XIX (considerada industria 1.0), la división del trabajo y la producción en cadena de principios del siglo XX (industria 2.0), y la revolución tecnológica de finales del siglo pasado (industria 3.0), la nueva se basa en la digitalización de la economía.

¹³¹ GOERLICH PESET, J.M.: “¿Repensar el Derecho del Trabajo? Cambios tecnológicos y empleo”, *Gaceta Sindical*, núm. 27, 2016, pág. 181.

cognitivas asociadas al “tecnoestrés”¹³² en sus distintas manifestaciones (“tecnofobia”, “tecnoansiedad” o “tecnofatiga”, “tecnofilia” o “tecnoadicción”)¹³³.

Desde tal perspectiva, la premisa de partida se presenta obvia: tan peligrosa es su inamovilidad cognitiva o cualitativa como su instalación en una inercia frenética de cambio y ajuste funcional permanente¹³⁴, sin olvidar un claro efecto inherente de “despersonalización”. Sin lugar a dudas los métodos corporativos, anclados en una concepción desconocedora del valor del capital humano, y centrados exclusivamente en una “dirección por resultados” (“*results magnaging*”)¹³⁵, convierten el ambiente de trabajo en un espacio hostil y deshumanizado capaz de generar patologías sociolaborales asociadas al estrés, provocando enfermedades mentales y neuronales por mucho que se establezcan reparadoras compensaciones económicas a favor de quienes las sufren¹³⁶.

La tensión que todo trabajo supone, normalmente genera un cansancio que suele (o debería) eliminarse tras un adecuado descanso¹³⁷. Ahora bien, cuando la exigencia profesional es constante la fatiga llega a cronificarse, el sujeto ve alterada su eficiencia funcional y comienzan a manifestarse síntomas que, a la larga, afectan de manera drástica a la salud y estabilidad de los afectados (pérdidas de concentración, memoria, debilidad general, merma de la capacidad de resistencia, falta de sueño, dolores musculares y articulares, problemas gastrointestinales y cardiovasculares...)¹³⁸, llevando, incluso, al consumo compulsivo de fármacos. Es más, y en ocasiones, el abuso de estos medicamentos termina en auténticas adicciones a ansiolíticos y antidepresivos y en hábitos tóxicos, tales como el exceso de café, alcohol, tabaco y otro tipo de drogas¹³⁹. Las consecuencias surgen, a su vez, con claridad meridiana: mayor siniestralidad, absentismo, presentismo laboral con escasos resultados, conflictos interpersonales y baja productividad¹⁴⁰.

No existe previsión alguna en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), de aplicación también en las Administraciones Públicas, que alerte sobre las sensaciones no placenteras o negativas que puede sufrir el trabajador sometido a

¹³² Como ejemplo paradigmático, cabe mencionar la STSJ Madrid 6 julio 2016 (EDJ 6895), que reconoce una incapacidad permanente absoluta a un ingeniero de telecomunicaciones con alergia al wifi, pues esta afección le impide trabajar en entornos con campos electromagnéticos.

¹³³ ALFARO DE PRADO SAGRERA, A.: “Estrés tecnológico: medidas preventivas para potenciar la calidad de vida laboral”, *Temas Laborales*, núm. 102, 2009, pág. 125.

¹³⁴ ALEMÁN PÁEZ, F.: “El derecho de desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la Loi travail n° 2016-1088”, en prensa, pág. 6.

¹³⁵ ODIORNE, G.S.: *El lado humano de la dirección*, Madrid (Díaz de Santos), 1989, págs. 52 y ss.

¹³⁶ DOUGLAS, M.E. y DOUGLAS, D.N.: *El management del tiempo en el trabajo en equipo*, Barcelona (Paidós), 1997, pág. 125.

¹³⁷ NTP 445: *Carga mental del trabajo: fatiga*, 1997.

¹³⁸ TASCÓN LÓPEZ, R.: “Los riesgos psicosociales en relación con las circunstancias de la actividad (especial atención a determinados sectores de importancia en Castilla y León)”, en AA.VV (ÁLVAREZ CUESTA, H., Dir.): *Aspectos jurídicos de la salud mental de los trabajadores en Castilla y León*, León (Eolas), 2016, págs. 53 y ss.

¹³⁹ MARTÍNEZ SELVA, J.M.: *Estrés laboral. Guía práctica para empresarios y empleados*, Madrid (Pearson), 2004, pág. 36. Con superior detalle, a través del cuestionario “RTT et modes de vie”, AFSA, C. y BISCOUP, P.: “L’evolution des rythmes de travail entre 1995 et 2001: quel impact des 35 heures?”, *Economie et Statistique*, núms. 376-377, 2004, págs. 182-187.

¹⁴⁰ GONZÁLEZ COBALEDA, R.: “Riesgos psicosociales, derechos fundamentales y NTIC: una perspectiva de protección diferente”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 387, 2015, pág. 41.

una insoportable fatiga cognitiva¹⁴¹ a sistemas punteros de supervisión ante la exigencia de una mayor disponibilidad temporal y dependencia personal hacia el empresario sin límites de horario o de jornada demasiado claros¹⁴², capaz de provocar un agotamiento emocional (*burnout thecnological*), cúmulo de demasiada presión y pocos motivos de satisfacción¹⁴³, sufriendo una especie de síndrome de “*karoshi*”, típico de los empleados japoneses¹⁴⁴.

Así pues, el manejo de los recursos tecnológicos como herramienta de trabajo influye decididamente en el grado de satisfacción laboral¹⁴⁵, pudiendo llegar, en su extremo negativo, a desembocar en auténticas patologías (agrupadas bajo el rótulo de “tecno-estrés”), derivadas, en todo caso, de un claro desajuste ocupacional¹⁴⁶, consecuencia, por un lado, de una demanda excesiva o sobrecarga en el trabajo¹⁴⁷ o de la imposición de un alto ritmo productivo, con presiones para decidir o ejecutar casi de inmediato, acompañadas de la exigencia de mucha concentración o atención sostenida durante largos espacios temporales ante la continua necesidad de adaptación y reciclaje, así como a la difícil desconexión del trabajo¹⁴⁸ o, por otro y en su envés, de la asignación de cometidos monótonos o repetitivos (“the daily grind of work”)¹⁴⁹, capaces, igualmente de generar una situación de fatiga fruto de la ausencia de motivación¹⁵⁰. Todo ello sin olvidar que son importantes los deterioros sufridos en la salud por la utilización de pantallas alfanuméricas o gráficas como instrumento de trabajo (fatiga visual, trastornos posturales y fatiga psicológica), de ahí que se haya promulgado una norma específica preventiva en este contexto de gran incidencia para las Administraciones Públicas (el Real Decreto 448/1997, de 14 de abril)¹⁵¹.

De este modo, con el objetivo de observar lo previsto en el art. 14 LPRL cuando establece que “en cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en *todos* los aspectos relacionados con el trabajo”, así como en el art. 15.1.g) LPRL cuando determina que, al planificar la prevención, el

¹⁴¹ ESCUDERO MORATALLA, J.F. y POYATOS I MATAS, G.: “Acoso laboral: diversas posibilidades procesales para ejercitar la acción”, *Temas Laborales*, núms. 47-48, 2003, pág. 804.

¹⁴² RODRÍGUEZ PÉREZ, M.C.: “La dimensión de los riesgos psicosociales y el papel de la Inspección de Trabajo en su control y represión”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 323, 2010, pág. 12.

¹⁴³ BRILLHART, P.E.: “Technostress in the workplace. Managing stress in the electronic workplace”, *The Journal of American Academy of Business*, Cambridge, September, vol. 5, Issue 1/2, págs. 302 y ss.

¹⁴⁴ VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, M.: *Impacto laboral del estrés*, Madrid (Lettera), 2005, pág. 27.

¹⁴⁵ NTP 212: *Evaluación de la satisfacción laboral: métodos directos e indirectos*, 1998 (CANTERA LÓPEZ, F.J.)

¹⁴⁶ FRENCH, J.R.P. y CAPLAN, R.D.: “Organizational stress and individual strain”, en AA.VV. (MARROW, A.J., Ed.): *The failure of success*, Nueva York (Amacon), 1973, págs. 30 y ss.

¹⁴⁷ NTP 318: *El estrés: proceso de generación en el ámbito laboral*, 1993 (MARTÍN DAZA, F.); NTP 438: *Prevención del estrés: intervención sobre la organización*, 1997 (MARTÍN DAZA, F. y NOGAREDA CUIXART, C.); NTP 443: *Factores psicosociales: metodología de evaluación*, 1997 (MARTÍN DAZA, F. y PÉREZ BILBAO, J.); NTP 489: *Violencia en el lugar de trabajo*, 1998 (PÉREZ BILBAO, J. y NOGAREDA CUIXART, C.); NTP 604: *Riesgo psicosocial: el modelo demanda-control-apoyo social (II)*, 2003 (VEGA MARTÍNEZ, S.) y NTP 704: *Síndrome de estar quemado o ‘burnout’ (I): definición y proceso de generación*, 2006 (FIDALGO VEGA, M.).

¹⁴⁸ NTP 534: *Carga mental: factores*, 1999 (DE ARQUER, M.I.) o NTP 703: *El método COPSOQ (ISTAS 21, PSQCAT 21) de evaluación de riesgos psicosociales*, 2006 (MONCADA I LLUÍS, S.; LLORENS SERRANO, C.; KRISTENSEN, S. Y VEGA MARTÍNEZ, S.).

¹⁴⁹ Un estudio acabado en SEMMER, N.K.: “Individual differences, work stress”, en AA.VV (SCHRABRACQ, M.J.; WINNUST, J.A.M. y COOPER, C.L., Eds.): *The handbook of work and Health Psychology*, Chichester (John Willey and Sons), 2003, págs. 83-120.

¹⁵⁰ NTP 604: *Riesgo psicosocial: el modelo demanda-control-apoyo social (II)*, cit.

¹⁵¹ NTP 139: *El trabajo con pantallas de visualización*, 1981 (ROJO BEBERIDE, S. y NOGAREDA CUIXART, C.).

empresario buscará “un conjunto coherente que integre en ella la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales”, resulta de gran interés realizar un análisis casuístico de los factores desencadenantes de la degradación de la calidad de vida de los trabajadores públicos que sufren teconoestrés con el fin establecer mecanismos para prevenir las consecuencias tanto desde las exigencias de la organización del trabajo como del otorgamiento de los preceptivos períodos de asueto¹⁵², salvaguardando “el derecho constitucional a la protección de la integridad psíquica que exige que se intervenga antes de producirse el daño”¹⁵³

10.2.- El teletrabajo y la sensación de claustrofobia

La combinación entre los avances en la digitalización y en la robotización implica una sustancial absorción de los trabajos directos y rutinarios por las máquinas, lo cual provoca que la presencia continuada del trabajador en el centro de trabajo pierda su sentido, afirmación que cobra plena vigencia en relación con la prestación de servicios públicos, ámbito singularmente adecuado, en muchas de sus competencias, para trabajar a distancia. Característica esencial del teletrabajo, entendido como un modo de organizar la actividad laboral que aligera costes de infraestructura ante el uso intensivo de medios tecnológicamente avanzados (teléfono, fax, correo electrónico, módems, redes de área local, videoconferencia, etc.), reduce gastos en transporte y mejora las posibilidades de conciliación de la vida laboral y familiar, es la de permitir la separación física del trabajador de la oficina central o del centro de producción¹⁵⁴.

Atendiendo a tales ventajas, varias experiencias se han implementado en diversas Administraciones: desde los planes pilotos de la Administración General del Estado de los años 2006 y 2007, pasando por el Decreto del Consell 82/2016, de 8 de julio, de Valencia, la Resolución de 28 de noviembre de 2016, de la Secretaría General de la Junta de Extremadura, la Orden de 5 de septiembre de 2016 de la Xunta de Galicia, el Decreto 92/2012, de 29 de mayo, del País Vasco, el Decreto 36/2013, de 28 de junio, de la Comunidad de Islas Baleares o el Decreto 46/2013, de 5 de diciembre, de la Comunidad Autónoma de la Rioja, para llegar a su más elaborada formulación en la Comunidad de Castilla y León a través del Decreto 9/2011, de 17 de marzo. En la actualidad, en la Generalitat de Catalunya el trabajo a distancia representa el 10% del total y el reto es que en el 2025 esté en el 25%.

Ahora bien, la comunicación rápida y constante del empleado con su superior a través de herramientas de procesamiento electrónico de la información¹⁵⁵, unida al desarrollo de un quehacer profesional que exige pasar largos períodos de tiempo solo, sin contacto ni con compañeros ni con usuarios, se han revelado como una fuente de riesgo para la salud mental, asociado a la depresión y la ansiedad. Es indiferente, por lo demás, que la conexión sea *off line* (la realización de la actividad laboral se lleva a cabo a través de un disco compacto, disquetes, USB u otros medios tecnológicos o mecánicos como correo convencional, dado que no existe conexión telemática directa con la empresa), *on line* (el trabajador debe hacer uso de las telecomunicaciones para recibir, informar, recoger órdenes de trabajo y resultados hacia la

¹⁵² SALANOVA, M.: “Trabajando con tecnologías y afrontando el tecnoestrés: el rol de las creencias de eficacia”, *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones*, Vol. 19, núm. 3, 2003, págs. 225 y ss.

¹⁵³ STCo 170/2007, de 10 de mayo.

¹⁵⁴ AA.VV (SÁNCHEZ IGLESIAS, A.L., Coord.): *Situaciones jurídicas fronterizas con la relación laboral*, Pamplona (Aranzadi), 2016, págs. 234 y ss.

¹⁵⁵ GARCÍA ROMERO, B.: *El teletrabajo*, Pamplona (Aranzadi), 2012, pág. 36.

empresa y viceversa), *one way line* (las tareas se desarrollan con un terminal conectado a un ordenador o sistema central de la empresa donde fluyen los datos), *two way line* (el trabajador desarrolla su actividad con un terminal conectado a una red, permitiendo intercambiar la información con la empresa y con los diferentes ordenadores) e, incluso, “*off shore*” (cuando se desarrolla en uno o varios países distintos de aquél donde se ubica la empresa matriz)¹⁵⁶.

Con cualquiera de estos modelos, la salud neuronal del trabajador puede sufrir graves atentados, pues tanto en el “teletrabajo interactivo” como en el que se desarrolla “sin conexión telemática”, el empleado se encuentra expuesto a estrecha vigilancia, bien directa y en tiempo real, bien diferida, mediante la utilización de determinados programas *in accounting*¹⁵⁷. Al tiempo, la necesidad de rápidas respuestas y las posibilidades de conexión permanente están eliminando todas las fronteras entre lo personal y lo profesional, difuminando las separaciones entre jornada de trabajo y tiempo de descanso ante una necesidad de conectividad permanente¹⁵⁸, lo cual provoca un cierto trastorno compulsivo e involuntario a continuar trabajando, unido a un desinterés general por otro tipo de actividades (*workalcoholism*). Además del sedentarismo que provoca trabajar muchas horas delante de un ordenador, la facilidad de acceder a la comida en cualquier momento de la jornada puede conllevar una marcada “obesidad funcional”¹⁵⁹. Ello sin olvidar que siempre es necesaria una fuerte autodisciplina y motivación para realizar las tareas, palpando además un cierto sentimiento de extrañamiento por distancia, monotonía y aislamiento físico¹⁶⁰, particularmente manifiesto cuando el trabajo se desarrolla en el propio domicilio y no tan patente cuando se lleva a cabo en telecentros, es decir, entramados compartidos por varias empresas normalmente pequeñas y medianas, en los que se utilizan recursos comunes¹⁶¹.

Es importante, sin duda, para evitar estos inconvenientes implementar una política de planificación seria en la gestión de los recursos humanos a medio y largo plazo, que analice las disponibilidades y necesidades de personal en el empleado público, teniendo en cuenta las previsiones de jubilaciones, de forma que las ofertas de empleo centradas en tareas de pertinente cobertura sea la base presupuestaria estable y previsible para garantizar una dimensión adecuada de los servicios públicos, en la que no falte una adecuada dosis de formación de los empleados públicos que asegure su adaptabilidad para dar satisfacción a las nuevas demandas de los ciudadanos fruto de la evolución de la técnica que ha cambiado sustancialmente el diseño de las tareas públicas¹⁶².

¹⁵⁶ POQUET CATALÁ, R.: “Teletrabajo y su definitiva configuración jurídica”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 351, 2012, pág. 147.

¹⁵⁷ PURCALLA BONILLA, M.A. y PRECIADO DOMENECH, C.H.: “Trabajo a distancia vs. Teletrabajo: estado de la cuestión a propósito de la reforma laboral de 2012”, *Actualidad Laboral*, núm. 2, 2013, pág. 217.

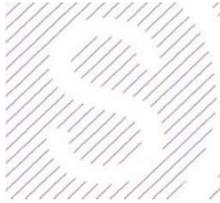
¹⁵⁸ Importante es la STSJ Castilla y León 3 febrero 2016 (rec. 2229/2015), que obliga a una empresa a abonar horas extraordinarias a los teletrabajadores, comentada por MIRÓ MORROS, D.: “El control de la jornada y el teletrabajo”, *Aranzadi Instituciones*, BIB 2016/3956.

¹⁵⁹ DE LAS HERAS GARCÍA, M.A.: *El teletrabajo en España: un análisis crítico de normas y prácticas*, Madrid (CEF), 2016, pág. 264.

¹⁶⁰ DÍAZ FRANCO, J.J.: “Psicopatología relacionada con alteraciones por quebrantamiento en la organización del trabajo”, en AA.VV (COLLANTES, M.P. y MARCOS, J.I., Coords.): *La salud mental de los trabajadores*, Madrid (La Ley), 2012, pág. 150.

¹⁶¹ SEMPERE NAVARRO, A.V. y KAHALE CARRILLO, D.T.: *Teletrabajo*, Madrid (Francis Lefebvre), 2013, pág. 28.

¹⁶² SUÁREZ CORUJO, B.: “El fraude en el trabajo de duración determinada en las Administraciones Públicas españolas, según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, cit., pág. 3.



L'ocupació pública després de la crisi

“Cuando despertó, el dinosaurio todavía estaba allí” (Augusto Monterroso)

Manuel Férez Fernández

Professor de dret administratiu, ESADE-URL

ESQUEMA DE LA SESIÓN

I. ¿Ha sido la crisis un simple paréntesis? Elementos para un diagnóstico después de la crisis

- A) Perspectiva cuantitativa
- B) Perspectiva cualitativa
- C) Tendencias derivadas de la crisis
 - 1. Envejecimiento
 - 2. Aumento de la temporalidad
 - 3. Revisión de las fronteras entre funcionarios y laborales

- II. Principales aspectos a mejorar ante esta nueva etapa
- 1. Modelos de selección y de carrera para atraer y retener el talento
 - 2. Impulsar la evaluación del desempeño
 - 3. Institucionalizar la dirección pública profesional
 - 4. Adaptar el modelo de relaciones laborales

Taula 1. Dicotomia entre la reforma i la contenció en el procés de presa de decisions

Reforma	Contenció
Establiment de prioritats polítiques	No establiment de prioritats polítiques en base a anàlisis racionals
Anàlisis racional de les tasques principals i fonamentals	Retallades lineals (cheese-slicing)
Presa de decisió estratègica i a llarg termini	Decisions i compromisos pragmàtics i a curt termini.

Font: Kickert et al., 2015.

Taula 2. Fases en la presa de decisions en processos de retallades

Fases de en la presa de decisió relativa a retallades	Tipus de mesures d'ajustament pressupostari
Negació. Defensar els avantatges de la situació. Poc convenciment de la gravetat i la duració de la crisi.	Petites mesures temporals. Ajustaments moderats a l'statuts quo. Es planifiquen retallades per anys següents (es posposa l'acció)
Compliment amb les necessitats de retallades.	Primeres aproximacions per dur a terme ajustaments pressupostaris seriosos.
Internalització de la necessitat d'ajustaments pressupostaris.	Primeres retallades lineals i orientades a millorar l'eficiència.

Font: Kickert et al. 2015.

PERSPECTIVA CUANTITATIVA

(S

PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ENTIDADES LOCALES DE CATALUNYA

	<u>2008</u>	<u>2011</u>	<u>2016</u>
➤ Total	92.977	93.734	<u>95.988</u>
<i><u>Clases:</u></i>			
➤ Funcionarios Carrera	33.019	34.584	<u>34.615</u>
➤ Funcionarios interinos	7.385	6.931	<u>9.246</u>
➤ Laborales indefinidos	38.324	<u>39.016</u>	37.328
➤ Laborales temporales	12.686	11.824	<u>13.765</u>
➤ Directivos	<u>559</u>	511	510
➤ Eventuales	<u>1004</u>	868	615

PERSPECTIVA CUANTITATIVA

(S)

❖ PERSONAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA GENERALITAT Y SU SECTOR PÚBLICO

	<u>2008</u>	<u>2011</u>	<u>2016</u>
➤ Total	200.387	<u>208.160</u>	202.505
<u>Clases:</u>	119.001	<u>126.190</u>	109.217
➤ Funcionarios de carrera			
➤ Funcionarios interinos	33.162	28.482	<u>41.946</u>
➤ Laborales indefinidos	33.443	<u>43.325</u>	38.119
➤ Laborales temporales	<u>12.604</u>	10.532	12.556
<u>Nivel directivo</u>			
➤ Org. Sup. Alt. C.	<u>205</u>	160	180
➤ Otros Directivos	<u>851</u>	338	334
➤ Eventuales	<u>221</u>	133	153

Taula 20. Evolució del personal temporal durant la crisi econòmica

	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Nombre de personal temporal	74.472	74.229	69.984	66.738	64.693	67.091	72.031
Percentatge de personal temporal	23,72%	23,42%	21,70%	20,57%	20,41%	21,39%	23,01%
Índex de creixement (base 2008 = 100)	100	99,67	93,97	89,61	86,87	90,09	96,72
Ràtio de temporalitat	0,31	0,31	0,28	0,26	0,26	0,27	0,3
Font: SAFP – SIOP,							

PERSPECTIVA CUANTITATIVA

PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS:

TOTAL: 2.523.167 en 2016 (2.685.837** en 2011; y 2.636.900 en 2008).**

➤ **51,81% CCCA (1.307.358 en 2016; **1.351.883** en 2011; y 1.332.844 en 2008).**

➤ **21,52% EELL (553.110 en 2016; 597.212 en 2011; y **629.505** en 2008).**

➤ **21,4% Administración Pública Estatal (522.412 en 2016; **581.861** en 2011; y 575.021 en 2008).**

➤ **5,9% Universidades (150.287 en 2016; y **154.881** en 2011).**

- A nivell internacional, el percentatge d'empleats públics sobre el total d'ocupació a Catalunya es troba **per sota de la mitjana de l'OCDE**. Concretament, a Catalunya el percentatge d'ocupació pública sobre el total de persones ocupades representa un **13%**, mentre que la mitjana de l'OCDE és de 21%.
- A nivell comparatiu, el **pes de les retribucions als empleats públics a Catalunya en relació al PIB es troba significativament per sota altres països del nostre entorn**.
- Tant a Catalunya com a Espanya els **sous dels treballadors públics són, de mitjana, superiors als dels treballadors en el sector privat**. Concretament, el sou dels empleats públics és 1,5 vegades superior al dels assalariats en el sector privat. Aquest fet, tal i es deu principalment a que el hi ha un 35% dels assalariats en el sector privat que perceben menys de 1.200 euros mensuals, mentre que en el sector públic, gairebé un 60% dels assalariats percep més de 2.173 euros mensuals.
- Cal destacar un fenomen que s'està perpetuant i es que un gran percentatge d'empleats públics està sobre qualificat per dur a terme les tasques que té assignades. Concretament, **gairebé el 40% del total d'empleats del col·lectiu d'administració i tècnic té, segons consta en el registre de personal, una titulació superior a la requerida per al lloc de treball**.

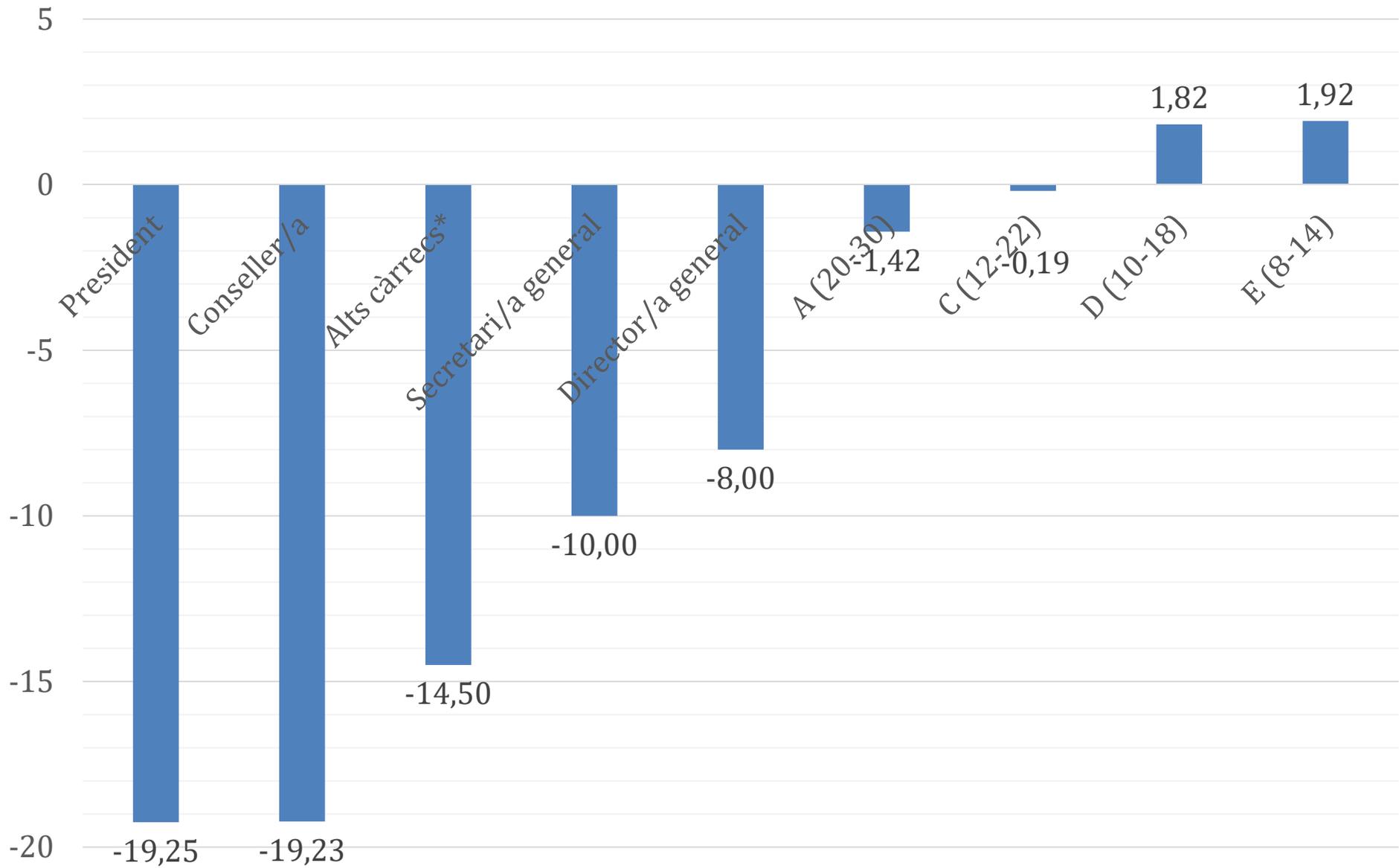
Taula 13. Percentatge de les retribucions d'assalariats públics en relació al PIB

	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Catalunya*	5,36	5,73	6,57	6,86	6,6	6,58	ND	ND
Catalunya**	3,66	3,92	4,55	4,83	4,60	4,61	4,62	4,15
Espanya	9,94	10,58	11,64	11,55	11,45	10,92	11,12	11,04
Alemanya	7,33	7,38	8,04	7,89	7,72	7,73	7,75	7,7
França	12,36	12,36	13,1	13	12,8	12,87	12,9	13,05
Itàlia	10,2	10,43	10,91	10,75	10,35	10,29	10,26	10,15
Països Baixos	8,57	8,68	9,49	9,52	9,29	9,32	9,26	9,17
Polònia	10,43	10,87	11,04	11	10,52	10,31	10,37	10,39
Regne Unit	10,6	10,62	11,2	11,08	10,57	10,3	9,64	9,5
Suècia	12,28	12,4	12,8	12,2	12,09	12,5	12,64	12,61

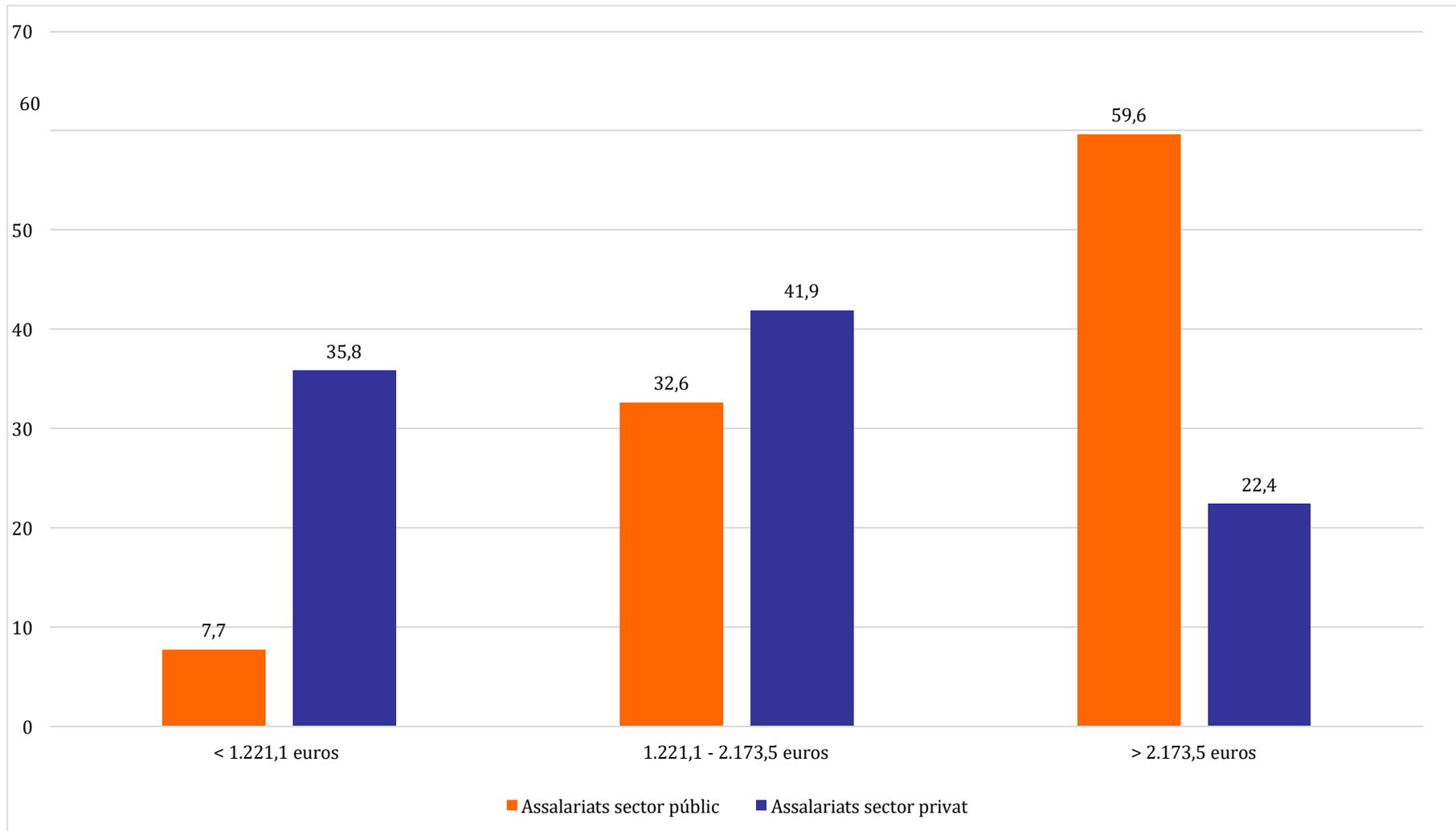
Font: OCDE Statistics, 2015; SAFP – SIOP, 2015.

*Percentatge del capítol 1 del pressupost inicial de les administracions catalanes sobre el PIB català

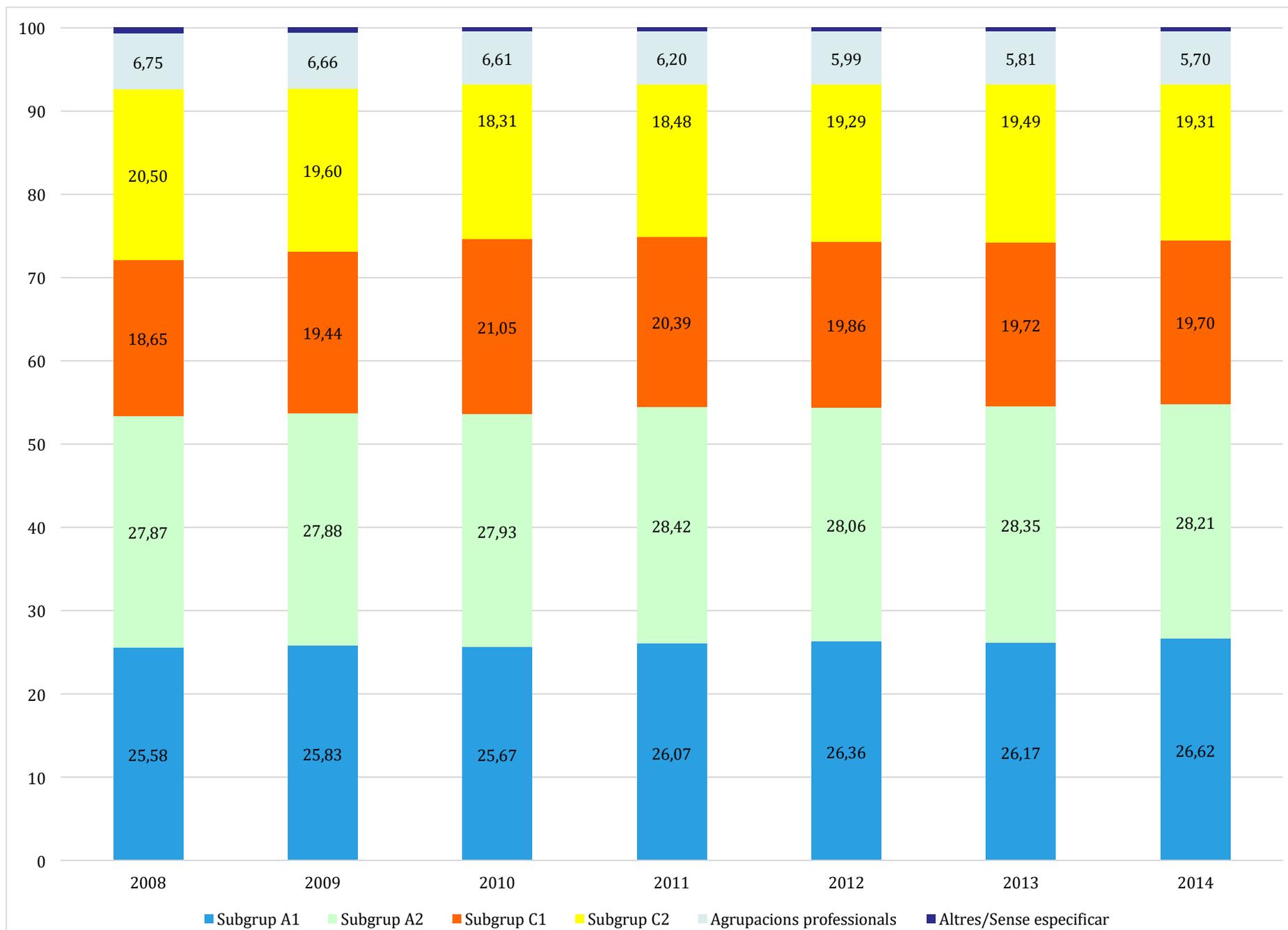
Evolució percentual de les retribucions dels empleats públics segons escala salarial (2008-2014)



Percentatge d'assalariats públics i privats segons ingressos mensuals (Font: INE ,2014)



Percentatge d'empleats públics segons grup de titulació

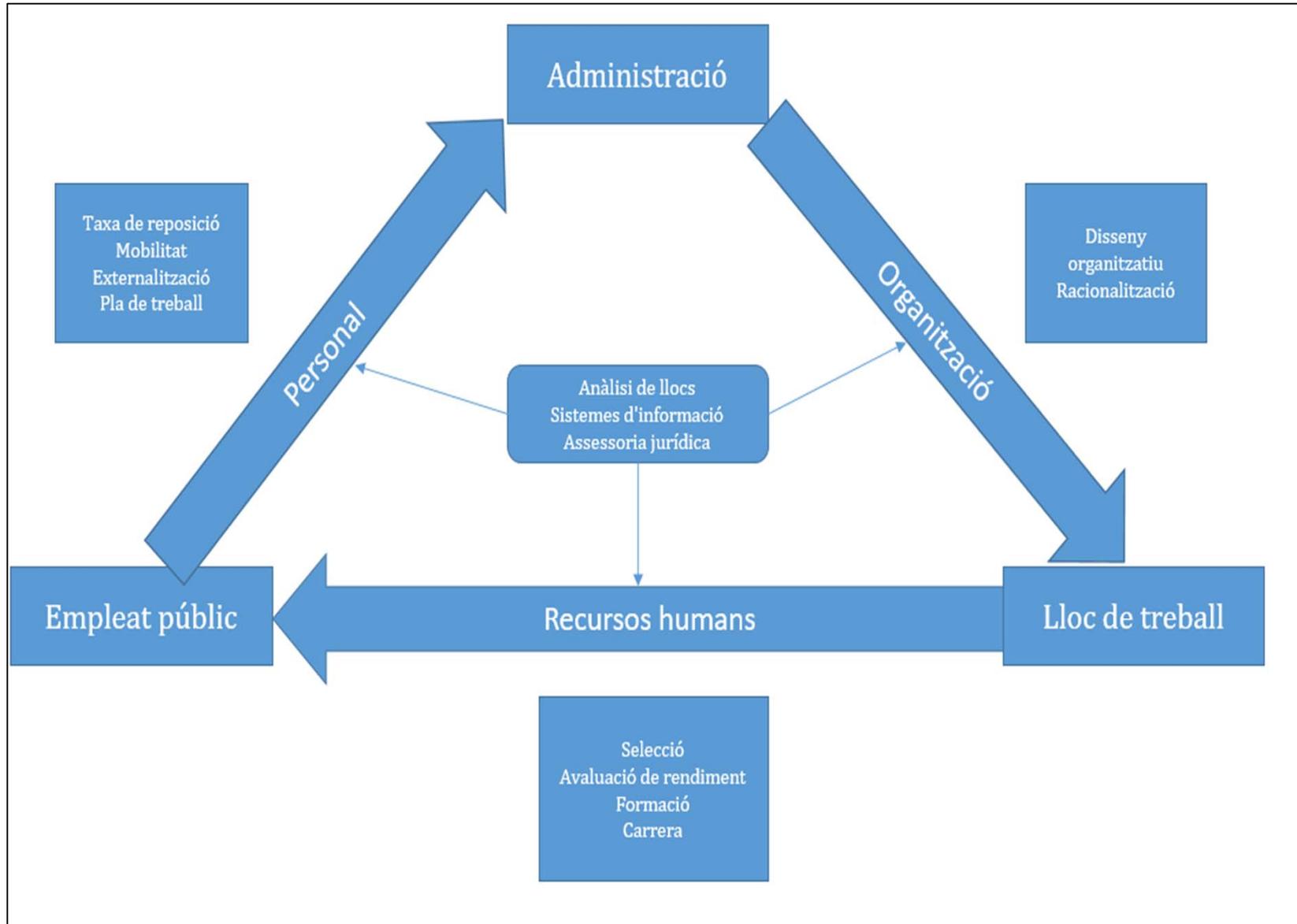


PRINCIPALES RESPUESTAS DEL EMPLEO PÚBLICO A LOS RETOS DEL ENTORNO



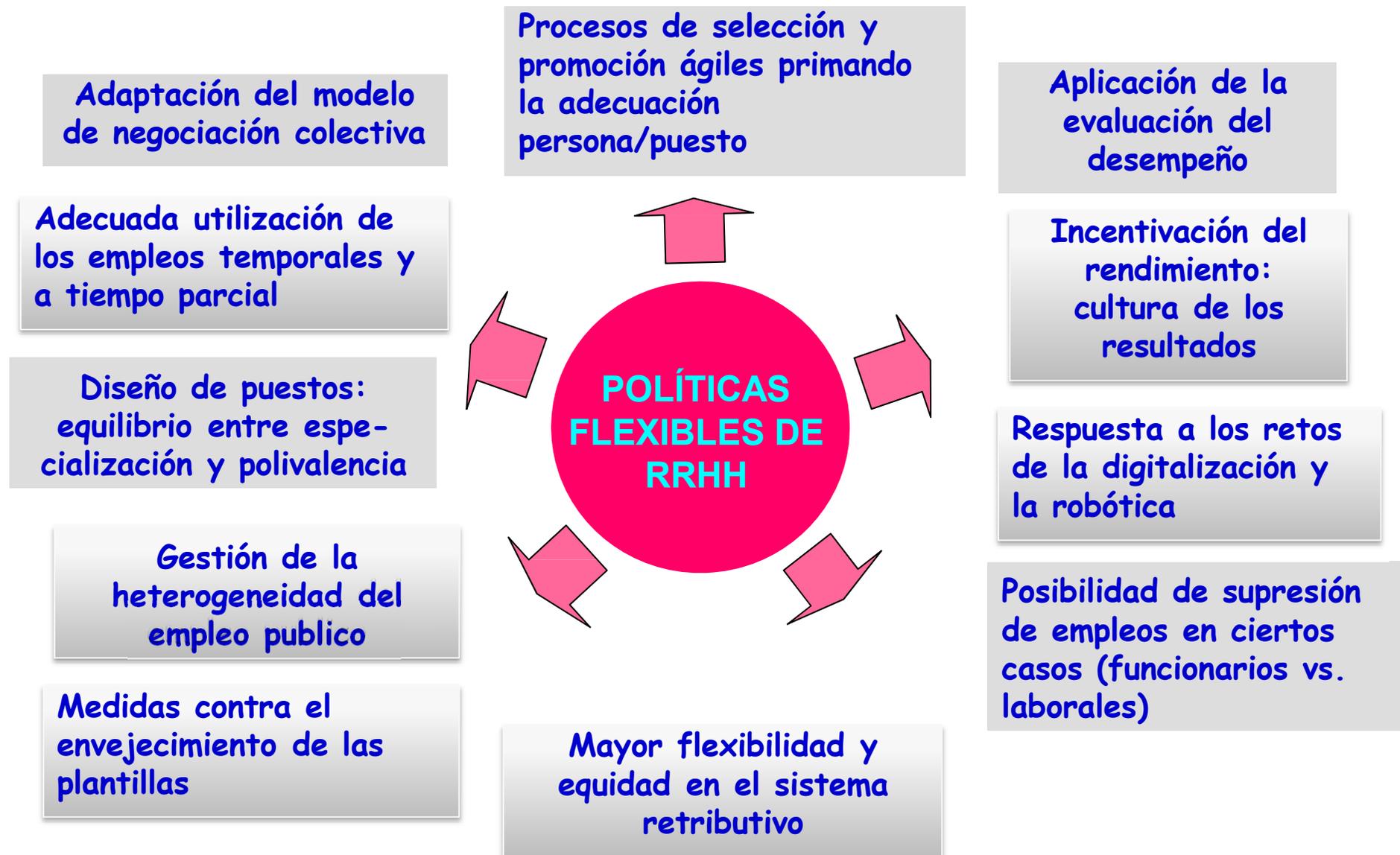
Fuente: Esquema adaptado por Manuel Férrez a partir de las propuestas de Francisco Longo y Mikel Gorriti (2017)

Sistema de empleo público



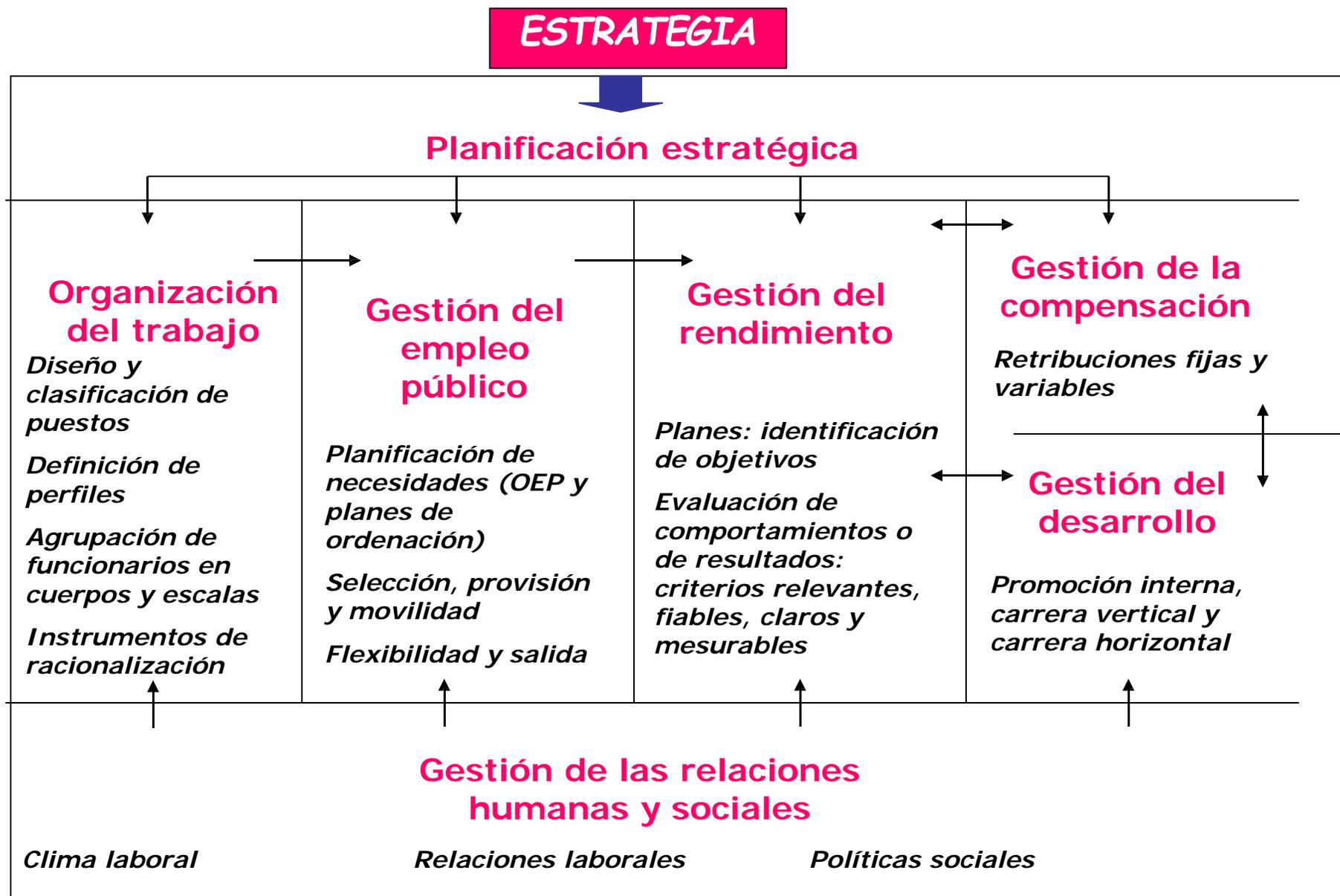
Font: Mikel Gorriti (" Un sistema de reforma del empleo público alternativo a los recortes de personal",IVAP, 2013)

RESPUESTAS AL ENTORNO: LA ORIENTACIÓN A LA FLEXIBILIDAD



UN SISTEMA INTEGRADO DE GRH EN EL SECTOR PÚBLICO

(S)



Taula 26. Sistemes de negociació col·lectiva i aspectes sindicals al sector públic

País	Centralitzat (C) Descentralitzat (D)	Dret a vaga [*Sí amb excepcions]	Acords vinculants	Dret a la negociació col·lectiva	Afiliació sindical al sector públic (%)	Afiliació sindical global (%)
Espanya	C	*Sí	Sí	Sí	30	16,88
Alemanya	C i D	Parcial	Sí	No	40-55	18,13
França	D	*Sí	No	No	-	7,12
Itàlia	C i D	*Sí	Sí	Sí	-	37,29
Països Baixos	D	*Sí	Sí	Sí	25-40	17,75
Polònia	C	Parcial	No	No	-	12,72
Regne Unit	D	Sí	Sí	Sí	65-70	25,80
Suècia	C i D	*Sí	Sí	Sí	90	67,73

Font: Govern d'Espanya 2010 i OCDE 2014

PRINCIPALES ASPECTOS A MEJORAR

“La evaluación del desempeño, la carrera profesional y la dirección pública profesional (fortalecer el liderazgo intermedio en las organizaciones) son las únicas vías para ofrecer una administración pública competitiva y con escenarios de desarrollo profesional (y, por tanto, estimulantes) a quienes ingresen en el sector público en los próximos quince años, que –no se olvide– pueden representar en algunos casos más del cincuenta por ciento de las actuales plantillas. **Una renovación que no se puede hacer sobre las bases de un edificio en ruinas.**” Mikel GORRITI y Rafael JIMÉNEZ (*¿Marchitar o florecer? La función pública ante el reto de su descapitalización por el envejecimiento de las plantillas-2017*).

Taula 23. Sistema d'ocupació per a l'Alta Direcció Pública (ADP): anàlisi comparat

	ADP formalitzada	ADP no formalitzada
ADP amb condicions especials	Països Baixos*, Regne Unit*, Bèlgica, Itàlia, Malta, Polònia, Portugal, Romania.	Alemanya, Àustria, Dinamarca, Eslovàquia, Espanya (Catalunya), Estònia, Finlàndia, França, Grècia, Irlanda, Letònia, Luxemburg, Suècia.
ADP sense condicions especials	Bulgària, Xipre	Hongria, Lituània, República Txeca.

* Tant els Països baixos com el Regne Unit, a diferència de la resta de països Europeus, compten amb una oficina central encarregada de gestionar tot allò relacionat amb l'alta direcció pública.

Font: Kuperus i Rode (2008) i Govern d'Espanya (2010)

Taula 16. Ràtio d'envelliment de l'ocupació pública catalana

	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Mitjana d'edat a la Generalitat	43,53	44,15	43,92	44,28	44,41	44,54	44,84
Mitjana d'edat a Catalunya	40,7	40,8	41,0	41,2	41,5	41,8	42,1
Empleats de menys de 30 anys (%)	11,69	10,26	9,43	7,82	6,00	4,76	3,97
Població en edat laboral de menys de 30 anys (%)	18,65	16,78	17,32	16,64	16,12	15,64	15,26
Empleats de 60 anys o més (%)	4,88	5,16	5,36	5,43	5,73	6,02	6,49
Població de més de 60 (%)	16,73	17,08	16,89	16,94	17,04	17,26	17,48
Ràtio d'envelliment*	0,47	0,55	0,62	0,75	1,01	1,32	1,7

*Ràtio d'envelliment mesurat a partir de la divisió del nombre de personal de 60 anys o més i el nombre de

Característiques principals del sistema de direcció pública actual (Jiménez Asensio):

- Confiança política o personal.
- Un sistema d'entrada tancat i opac.
- Manca de competència en el sistema de provisió de llocs de direcció pública.
- Manca de definició de les competències requerides per ocupar un lloc de naturalesa directiva.
- Manca, excepte en casos singulars, d'acreditació prèvia de competències professionals.
- Manca d'avaluació dels resultats de la gestió i d'un sistema d'incentius vinculat a l'avaluació.
- Alta vinculació entre la permanència al càrrec i la confiança política o el cicle polític.



Envejecimiento y Servicios Públicos: las políticas de edad en la ocupación pública en el próximo decenio.

Autor: Mikel Gorriti Bontigui

FMC. Diciembre de 2017



Envejecimiento y Servicios Públicos: las políticas de edad en la ocupación pública en el próximo decenio

1. Introducción	3
2. Diagnóstico	4
2.1. Evidencias Cuantitativas	4
2.2. Herramientas: estadísticos necesarios para evidenciar y significar los datos	4
2.3. Conclusiones del diagnóstico por prioridades y dependencias mutuas	11
3. Diseño de Actuaciones. Materialización de la política	14
3.1. Tabla de actuaciones por elemento diagnosticado	14
3.2. Naturaleza y condicionantes de las intervenciones principales	16
4. Planificación.	28
5. Evaluación	29
GESTIÓN DE CONOCIMIENTO EN LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL PAÍS VASCO (AGPV).	33
1. Introducción	33
2. Diagnóstico y Antecedente	33
3. Diseño de la intervención.	33
3.1. Preparación (entrevista estructurada)	34
3.2. Selección de procesos básicos	35
3.3. Secuenciación. Identificación de hitos por proceso	36
3.4. Proceso de dar sentido. Preguntas por proceso. (Entrevista Estructurada)	37
4. La intuición	40
5. Informe final. Validación	43
6. Plan de Análisis y Entrevistas	44
7. Limitaciones	45
Referencias	49



1. Introducció.

El envejecimiento de las plantillas de empleados públicos es un problema objetivo de todas las administraciones públicas del Estado y de Europa (OCDE, 2007). Para su abordaje este escrito entiende necesario estructurarse bajo el modelo de la teoría clásica de resolución de problemas, como un plan de actuación con cuatro fases diferenciadas:

- *Diagnóstico.*

Se entiende por diagnóstico el acto por el que se califica un hecho o situación desde la observación de síntomas o signos propios de su naturaleza (RAE). En lo que nos ocupa, diagnosticar presupone un juicio negativo ya que si no lo fuese no habría nada que resolver. No es por tanto el signo de la calificación lo que nos interesa sino su calidad: la interpretación de los datos y signos existentes en las administraciones públicas (AAPP). Todo diagnóstico implica la predicción de que algo negativo ocurrirá si no se interviene, por lo que el diagnóstico también se cualifica en función de los contenidos de dicha predicción.

- *Diseño.*

Un diseño es una concepción original de un *procedimiento* para conseguir un producto o servicio que es solución, consecución de algo, o efecto deseado. Según esta definición la esencia de esta fase es la novedad en la concepción de una secuencia de actuaciones cuya finalización solventará el elemento diagnosticado. Esto no quiere decir que no pueda considerarse diseño aplicar lo que se ha demostrado válido. También prevenir y recuperarse de errores

- *Planificación*

Muchas veces la planificación se define como secuencia solapándose semánticamente con lo que hemos definido como diseño. Lo trascendente de la planificación es la *asignación de recursos*: de personas, de materiales, económicos y de tiempo. Son los elementos que harán factible, posible y realista el Plan. La bondad de esta fase se refiere a la calidad y cantidad de los recursos decididos:

- *Evaluación*



Todo plan exige la determinación de los criterios, hitos e indicadores desde los que se puede concluir que se han conseguido los objetivos para los que fue diseñado. En lo que nos ocupa evaluar es evidenciar. La naturaleza de esta fase se refiere a los criterios desde los que constatar que el diseño se ha cumplido y a que ello solventa lo diagnosticado. Tres apartados: hitos, a modo de momentos en los que comprobar si algo ha ocurrido; criterios, a modo de leyes o razones de dicha bondad; indicadores, como efectos ocurridos y constatables, fruto de las acciones.

2. Diagnóstico

2.1. Evidencias Cuantitativas

Este apartado pretende concretar las herramientas necesarias para cuantificar el diagnóstico; saber cuál es la magnitud y naturaleza de la intervención necesaria en función de las jubilaciones que se producirán en la siguiente década en las AAPP. Una cuantificación de la que no solo importa el número y su significatividad estadística sino su significación en el contexto de cada administración y sus circunstancias organizativas. También la interpretación prospectiva del dato para una demografía que en cantidad y calidad será distinta de la que ahora tenemos.

2.2. Herramientas: estadísticos necesarios para evidenciar y significar los datos

La secuencia de herramientas estadísticas propuestas no tiene un orden dictado por tal disciplina sino por las necesarias intervenciones organizativas y de recursos humanos a las que el problema de las jubilaciones afecta. Se utilizarán como ejemplos las herramientas, datos e interpretaciones utilizados en el *Plan de Empleo de la Administración General del País Vasco*¹ (PEAGPV). Todos los ejemplos utilizados se referencian a 1 de diciembre de 2015 fecha de aprobación del PEAGPV.

- Población de estudio.

¹ http://www.irekia.euskadi.eus/uploads/attachments/7333/plan_empleo.pdf?1454332206



Este apartado acota el dominio de la intervención; el conocimiento de la realidad de jubilaciones en las unidades y puestos susceptible de sufrir el problema. A este respecto es de especial importancia tener en cuenta la inclusión o no de puestos de personal eventual: subdirecciones, subdelegados, etc. También la diferenciación entre funcionarios de carrera e interinos. Igualmente la decisión de si se incluyen o no los puestos de laborales, realidad muy frecuente en las administraciones locales. Es especialmente importante identificar y cualificar la estabilidad y fiabilidad de la fuente/es de datos. Mi experiencia es que en algún momento debe “pararse” la obtención de estos datos y referir los análisis a la fecha en que tal decisión se tomó. A modo de ejemplo presentarnos la tabla utilizada en el PEAGPV:

<i>Unidad Administrativa</i>	<i>AGPV</i>	
	<i>Funcionario/a de Carrera</i>	<i>Funcionario/a Interino/a</i>
Academia de Policía	7	0
Autoridad Vasca de la Competencia	7	1
Emakunde	12	21
EUSTAT	42	58
HABE	43	9
IVAP	41	78
Kontsumobide	44	15
Lanbide	419	155
Osalan	91	63
Departamentos del Gobierno Vasco	2884	1574
Totales:	3590	1974
	Población Total:	5564

Téngase en cuenta que esta tabla se refiere a una población y no a una muestra. Es decir, esta fase de diagnóstico compromete actuaciones para todo colectivo: todo el personal de la Administración General del País Vasco y sus organismos autónomos. Es de especial interés y trascendencia la tasa de interinidad ya que ella por sí misma condiciona las intervenciones posteriores de ofertas públicas de empleo (OPE's) tal y como se verá posteriormente.

- Datos agregados y desagregados. Descriptivos. Medidas de tendencia central y de dispersión. Histogramas.

Estos estadísticos permiten una visión global sintética y primera del diagnóstico. Una primera valoración del alcance del problema. Ejemplos del PEAGPV:



Edad y % de interinidad (datos agregados).

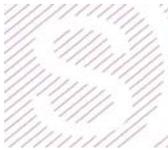
Concepto	Todos	Funcionarios	Interinos
Media	50,84	53,87	45,27
Moda	52	54	40
Mediana	52	54	45
Mínimo	23	26	23
Máximo	69	69	69
% Interinidad			35,48

Edad e Interinidad (datos desagregados).

Grupo	Tipo	Media	Mediana	Moda	Mínimo	Máximo	Totales	%
A1	Funcionario	54,04	55	54	35	69	217	90,79
	Interino	44,14	43	41	31	53	22	9,20
A1/A2	Funcionario	54,16	55	56	31	69	1147	53,13
	Interino	45,66	46	52	23	69	1012	46,87
C1	Funcionario	52,60	53	52	26	64	369	74,85
	Interino	41,40	41	46	26	58	124	25,15
C1/C2	Funcionario	54,04	54	53	34	66	748	85,98
	Interino	44,59	44	44	31	63	122	14,02
C2/AP	Funcionario	54,07	54	54	36	65	706	64,83
	Interino	45,09	45	40	29	66	383	35,17
AP	Funcionario	52,94	53	52	34	66	403	56,44
	Interino	46,10	46	46	28	64	311	43,56
Total:							5564	

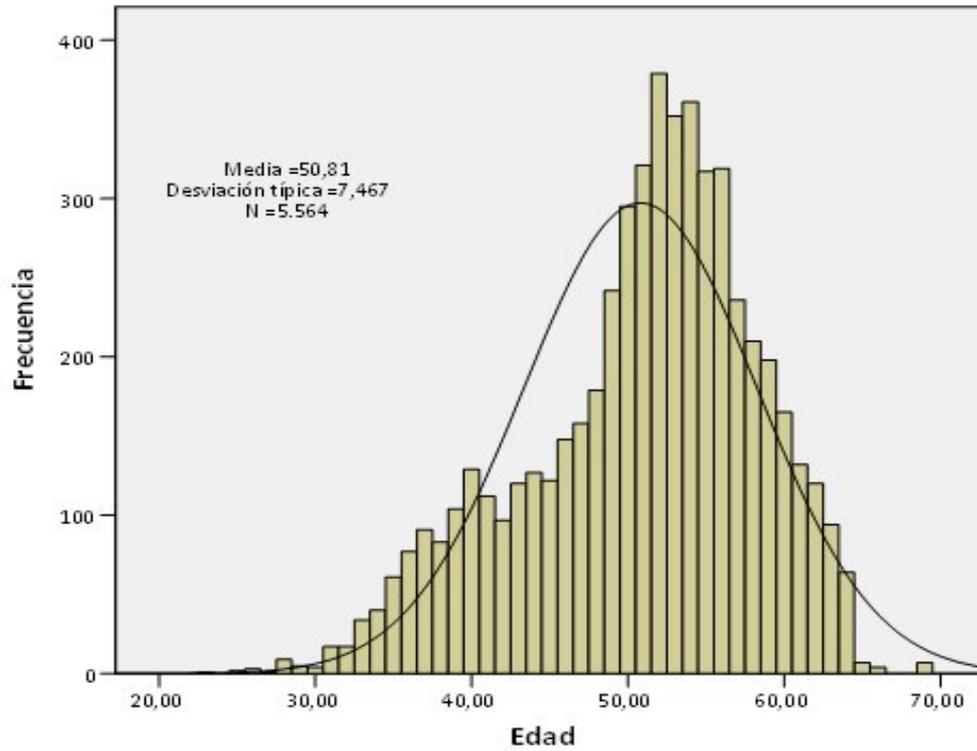
- Histogramas.

Los histogramas son la representación gráfica de la distribución de los datos descriptivos. Cualifican el diagnóstico al ver la altura y la asimetría de las frecuencias de edades de los empleados/as públicos. Su comparativa aporta información relevante en relación a colectivos afectados. En el siguiente ejemplo del PEAGPV son especialmente significativas las diferencias de simetría entre funcionarios de carrera e interinos. Siendo asimétrico a la derecha el histograma de todo el personal y más o menos simétrica (normal) la distribución de los interinos indicando, con un primer vistazo, que la edad media de todo el personal que ocupa puestos de funcionarios, no es “normal”.

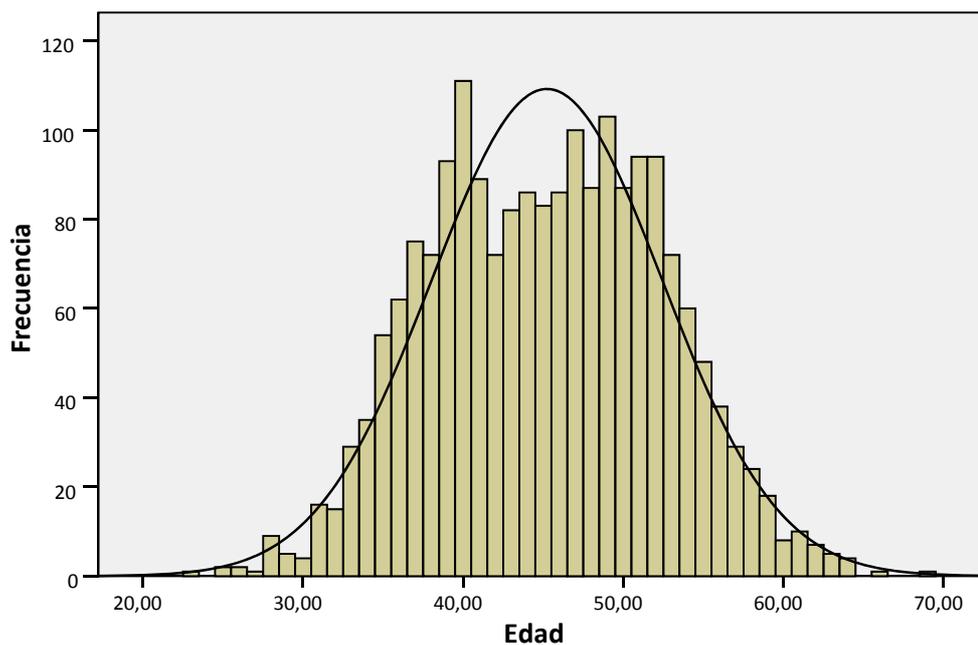


Todo el personal

Histograma



Interinos





- Análisis de Varianza de un Factor.

Muchas veces el diagnóstico exige comprobar hipótesis sugeridas por los datos. Por ejemplo, si hay diferencias significativas en la edad por grupos de clasificación (niveles de complejidad), por el año de jubilación, por niveles retributivos, por sexos, por antigüedad, número de puestos ocupados en la carrera del empleado/a público, vacantes por grupos de clasificación, etc. O información sospechada de todas estas variables cruzadas entre sí o juntas. En estos casos se puede usar el *análisis de varianza de un factor* y el método de comparación “*post-hoc*”. Veamos un ejemplo del PEAGPV:

Edad

Nivel de Complejidad	N	Subconjunto para alfa = .05		
		2	3	1
Técnico	1896	49,87		
Subalterno	714	49,96		
Administrativo y Auxiliar	2452		51,32	
Jefatura	502			52,99

Se observa que el grupo de mayor edad es el de las jefaturas, seguido por administrativos y auxiliares. Mientras que los puestos técnicos y subalternos son ocupantes de menor edad. Si además distinguiéramos los puestos ocupados por funcionarios de carrera de los ocupados por interinos, observaríamos que estos últimos, de media, tienen menos edad que los funcionarios en cualquiera de las categorías de puestos definidas anteriormente.

El método de comparación “*post hoc*” utilizado es el de Tukey, que indica, básicamente, cuáles son las edades significativas y diferentes según niveles de complejidad (la edad más representativa y que le distingue de otros grupos). El valor 0.05 es límite para poder afirmar que existe dicha diferencia. En la tabla se señalan solamente las edades significativas y características de cada grupo.

Como se ha dicho, el mismo análisis puede hacerse en función de diferentes hipótesis a confirmar:



Año de Jubilación

Nivel de Complejidad	N	Subconjunto		
		2	3	1
Jefatura	502	2027,01		
Administrativo y Auxiliar	2452		2028,68	
Subalterno	714			2030,04
Técnico	1896			2030,08

O combinando variables:

Tipo Ocupante	N	Edad			Año Jubilación			Nivel		
		1	2	3	1	2	3	1	2	3
Interino	1974	45,23			2034,77			19,41		
No Titular Funcionario	1236		52,38			2027,62			20,31	
Titular Funcionario	2354			54,66			2025,34			18,65

En esta tabla se observa que son los interinos los que tienen la edad media más baja, seguidos por los funcionarios de carrera que ocupan una plaza de la que no son titulares. Los funcionarios titulares son los que tienen más edad y se jubilarán antes. Por último, los funcionarios titulares tienen menor nivel que los funcionarios no titulares y los interinos, ya que, proporcionalmente, existen más funcionarios titulares en puestos de menor nivel retributivo como son los Subalternos, Auxiliares y Administrativos.

Sexo	N	Edad		Año Jubilación		Nivel	
		1	2	1	2	1	2
Hombres	2077	51,70		2028,30		19,97	
Mujeres	3487		50,28		2029,72		18,88

Los hombres, en comparación con las mujeres, tienen una edad y nivel retributivo superior y se jubilan un año antes.

- Tablas de contingencia.

Otra forma de obtener información de los datos es mediante tablas de contingencia. Este estadístico permite cruzar variables de interés e informa de las frecuencias reales y de las esperadas. Las frecuencias esperadas indican el número natural de una distribución lógica. Sus desviaciones alertan de datos a estudiar. Veamos un ejemplo del PEAGPV solo referido a puestos técnicos y de jefatura:



Tipo de Ocupante por Edad

			Edad				Total
			24-47	48-52	53-56	57-69	
Tipo de Ocupante	Titular Funcionario	Recuento	64	143	245	345	797
		Frecuencia esperada	218,7	213,7	185,8	178,8	797,0
	No Titular Funcionario	Recuento	55	180	193	139	567
		Frecuencia esperada	155,6	152,0	132,2	127,2	567,0
	Interino	Recuento	539	320	121	54	1034
		Frecuencia esperada	283,7	277,3	241,0	232,0	1034,0
Total		Recuento	658	643	559	538	2398
		Frecuencia esperada	658,0	643,0	559,0	538,0	2398,0

Se observa que de los funcionarios titulares, más de la mitad (74,03%) tienen una edad superior a los 52 años. En el caso de los no titulares, más de la mitad (68,78%) está entre los 48-56 años. Por último, los interinos, en su mayoría (52,12%), se encuentran en el tramo de menor edad.

Sexo por Edad

			Edad				Total
			25-47	48-52	53-56	57-69	
Sexo	Mujer	Recuento	434	371	314	199	1318
		Frecuencia esperada	361,7	353,4	307,2	295,7	1318,0
	Hombre	Recuento	224	272	245	339	1080
		Frecuencia esperada	296,3	289,6	251,8	242,3	1080,0
Total		Recuento	658	643	559	538	2398
		Frecuencia esperada	658,0	643,0	559,0	538,0	2398,0

Existen más mujeres de las esperadas en el tramo de 25-47 años, mientras que son menos que las esperadas en el tramo de mayor edad (57-69). En el caso de los hombres ocurre lo contrario. Esto corrobora lo apuntado anteriormente: las mujeres son más jóvenes que los hombres. Específicamente, en los tramos centrales de edad (los que van desde los 48 a los 56 años), las diferencias, en proporción, entre hombres y mujeres no son grandes. Es en el caso de los tramos extremos dichas diferencias se agudizan.



Sexo por Nivel

			Nivel		Total
			Jefatura	Técnico	
Sexo	Mujer	Recuento	218	1100	1318
		Frecuencia esperada	275,9	1042,1	1318,0
	Hombre	Recuento	284	796	1080
		Frecuencia esperada	226,1	853,9	1080,0
Total		Recuento	502	1896	2398
		Frecuencia esperada	502,0	1896,0	2398,0

Existen menos mujeres de las esperadas en puestos de jefatura, mientras que los hombres, en proporción, son más numerosos que los esperados. En el caso de los puestos técnicos ocurre lo contrario.

Estos datos son más llamativos si tenemos en cuenta que el número de mujeres en estos puestos representan un 58,01%, pero sólo representan un 43,43% de los puestos de jefatura.

Se concluye que los hombres tienen más edad y ocupan puestos de mayor nivel, sobre todo en el caso de puestos de jefatura en comparación con las mujeres.

2.3. Conclusiones del diagnóstico por prioridades y dependencias mutuas.

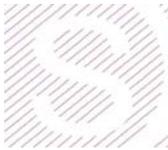
Este apartado pretende identificar la secuencia de intervenciones más pertinente en función de su lógica y su interdependencia. En tanto que prioriza las actuaciones es trascendente como condicionante de las políticas de envejecimiento y su posibilidad. La lógica puede también estar condicionada por variables contextuales que moderan una intervención libre teóricamente. Así, en el caso de la Administración General del País Vasco su alta tasa de interinidad obliga a secuencias las ofertas de empleo público con distintos objetivos selectivos. El criterio de éxito de las intervenciones y de su secuencia lógica es la gestión inteligente de las vacantes.

Se identifican tres niveles de prioridad:

Prioridad I: Variables de Provisión y Acceso, y variables de Organización.



- En este apartado deben ubicarse los elementos del diagnóstico cuya intervención es imperiosa por tener comprometida la calidad del servicio público y su sostenibilidad. La realidad de las **vacantes, el porcentaje de puestos cubiertos por personal interino y la edad media** de los empleados públicos obligan a establecer como primera prioridad el Concurso de Traslados y las Ofertas Públicas de Empleo. Y por este orden porque no deben convocarse ofertas públicas de empleo sin haber cubierto las vacantes previamente. Luego el dato de las vacantes también debe ser objeto de análisis estadísticos.
- También forma parte del grupo de esta prioridad las **actividades de organización** pero no tanto las identificadas como mejora o racionalización de procedimientos, que también, sino el **análisis de la demanda ciudadana** ya que es razonable preguntarse si las plazas que deben cubrirse en las OPE's son las que conforman la actual Relación de Puestos de Trabajo (RPT), o algunas de ellas pueden o deben ser amortizadas, rediseñadas, en función de la demanda de una ciudadanía que empieza a salir de una dura crisis económica y en una realidad tecnológicamente compleja donde la globalización y la interconectividad condiciona sus necesidades. Asimismo debe tenerse en cuenta el año en el que se diseñó del núcleo principal de la actual RPT en cada administración.
- También de este nivel de prioridad, aunque a distinta velocidad, se englobarían actividades relativas a la **adecuación de la estructura organizativa a las nuevas formas de trabajo derivadas de la implantación de la Administración electrónica y las TIC's** en general, el rediseño del empleo implicado y la identificación de sus determinantes de selección y formación para su cobertura y adecuación.
- Por último se debe ser consciente de la discriminación por **género** que evidencian los datos no solo de la Administración General Vasca. Es necesario intervenir en este elemento tanto para conocer su naturaleza y sus razones, como para orientar los diseños de movilidad, carrera, relación laboral, retribuciones para los ya empleados públicos, como el acceso para los futuros empleados y empleadas públicos.



Una actividad prioritaria entonces: consolidar y renovar las AAPP teniendo en cuenta la actualizada demanda de servicio público, la nueva realidad de la Administración Electrónica, las TIC's y la posible discriminación de género inherente a estas prácticas.

Prioridad II. Formación de los empleados público y reconocimiento

En este apartado se identifican aquellos elementos del diagnóstico más centrados en los empleados públicos y cuya intervención debe ser una conjunción entre las expectativas de estos y las necesidades de la propia Administración.

- La **formación**, entendida como un cambio planificado para la adquisición, retención y transferencia de conocimientos y destrezas para el desempeño eficaz de tareas, es una actuación esencial para la carrera en todas sus modalidades y para la satisfacción de las expectativas profesionales de los empleados públicos. Adquirir nuevas destrezas y comportamientos laborales es otra de las actividades prioritarias de diseño y gestión.
- También las intervenciones necesarias para establecer **sistemas de reconocimiento** de los empleados públicos. Independientemente de actuaciones formales e institucionalizadas, la formación también está presente aquí, y probablemente el desarrollo normativo y técnico de figuras como el Directivo Público Profesional y herramientas como la Evaluación del Desempeño.

Prioridad III. Alineamiento de la estrategia política y la actuación administrativa.

Por último se recoge en este apartado una prioridad no urgente pero trascendente para la satisfacción de los empleados públicos una vez que estos se sienten satisfechos en sus necesidades básicas de seguridad laboral y salario. En términos organizativos podría enunciarse del siguiente modo: *que todo empleado público sea capaz de reconocer sus actuaciones como procesos que satisfacen compromisos de*



respuesta ante necesidades ciudadanas decididas-diseñadas en el marco de una estrategia política.

Se trata de un alineamiento de su quehacer diario, así como de todas las actividades de innovación y evaluación que pueden y deben generar en los empleados públicos.

3. Diseño de Actuaciones. Materialización de la política.

3.1. Tabla de actuaciones por elemento diagnosticado

Seguidamente se expone la tabla de posibles actuaciones por elementos diagnosticados. Su descripción es asimétrica en función de la novedad de la medida (columna de elemento diagnosticado). Se han añadido columnas relativas a su prioridad con tres niveles: I de necesidad de intervención inmediata; II de necesidad de intervención segunda en función de haber cumplido con la prioridad I; III actuaciones no prioritarias pero no por ello menos importantes. También se añade una primera columna que identifica el ámbito de las intervenciones en coherencia con las conclusiones del diagnóstico y de la clasificación que allí se hizo. Como no podía ser de otra manera, el protagonismo de Función Pública es lógico.

Ámbito	Prioridad	Elemento Diagnosticado	Actuaciones Propuestas
Var. de provisión y acceso	I	Vacantes/Movilidad	<ul style="list-style-type: none">• Diseñar, Convocar y resolver Concurso de Traslados.• Promoción Interna.
	I	Interinidad	<ul style="list-style-type: none">• Diseñar y Convocar Procesos de consolidación de empleo.
	I	Edad	<ul style="list-style-type: none">• Diseñar y Convocar OPE General.
	I	Género	<ul style="list-style-type: none">• Analizar causas y naturaleza.• Discriminación Positiva.• Planes de Igualdad.
	II	Jubilación anticipada	<ul style="list-style-type: none">• Estudio sobre jubilación anticipada: Ventajas y desventajas.• Planificación acorde con el Plan de Igualdad y las actividades de Mentoring.



Àmbit	Prioritat	Elemento Diagnosticado	Actuaciones Propuestas
Formación	II	Carrera	<ul style="list-style-type: none"> Realizar estudio de validación de las áreas funcionales. Diseñar las escalas y especialidades. Regular normativamente. Diseño de itinerarios formativos.
		Movilidad	<ul style="list-style-type: none"> Elaborar las condiciones de movilidad entre puestos: normativa, formación de reciclaje y actualización. Elaborar un formulario para la previsión explícita de su propia carrera de cada funcionario. Identificación de campos de especialización, formal o no, para el desarrollo profesional de los empleados público.
	III	Satisfacción de las expectativas profesionales	<ul style="list-style-type: none"> Identificación de campos de especialización, formal o no, para el desarrollo profesional de los empleados público.
	II	Planes departamentales	<ul style="list-style-type: none"> Comprometer los planes de formación por departamentos o por unidades horizontales en función de las necesidades formativas detectadas.
		Formación para la Dirección.	<ul style="list-style-type: none"> Elaborar un plan de formación para la dirección relativo a los comportamientos directivos principales y en función de la ubicación organizativa del DPP.
Var. de Organización	I	Análisis de la Demanda Ciudadana	<ul style="list-style-type: none"> Estudio de nuevas realidades de demanda de Servicio Público. Identificación de puestos de nueva creación o rediseño. Identificación de puestos a amortizar, rediseñar o a no cubrir tras jubilaciones.
	I	Servicios Horizontales	<ul style="list-style-type: none"> Estudio para la racionalización de los servicios horizontales derivadas de la implantación de Administración Electrónica y TIC's. Diseño de los determinantes de Selección y Formación de Administración Electrónica y TIS.
	II	Titulaciones	<ul style="list-style-type: none"> Revisión de las titulaciones de los puestos. Revisión de las mismas y adaptación a los criterios de Bolonia.
	II	Percepción de la Dirección	<ul style="list-style-type: none"> Elaborar un diseño organizativo y de RRHH referido a la figura del Directivo Público profesional. Elaborar un estudio relativo a las características de los puestos de directivos. Elaborar un manual de traspaso y acogida del alto Cargo y del Directivo/a público profesional
Reconocimiento	II	Reconocimiento	<ul style="list-style-type: none"> Elaborar un plan de acogida y otro de despedida. Elaborar un plan de Mentoring (recoger y mantener el saber hacer de los que se jubilan). Establecer un sistema de evaluación del desempeño. Y un plan de implantación del mismo.
	III	Retribución	<ul style="list-style-type: none"> Iniciar los diseños para la retribución de la carrera horizontal.
Alineament o Estratégico	II	Conocimiento e identificación de objetivos	<ul style="list-style-type: none"> Rediseñar el formato y contenidos de los decretos de estructura. Despliegue del programa político en proyectos concretos, responsables y fechas de cumplimiento.



3.2. Naturaleza y condicionantes de las intervenciones principales.

Seguidamente se expone la naturaleza y condicionantes de las actividades que se consideran prioritarias. No se describen todas las identificadas en la tabla de actuaciones, sólo aquellas respecto a las cuales son más relevantes por su prioridad, velocidad de implantación, o por su novedad. Tampoco se incluyen aquellas que son instrumentales o se exigen de otras sí explicadas.

- *Concurso de Traslados.*

El concurso de traslados es un proceso de provisión interna de vacantes. Como tal es un proceso selectivo abierto a empleados públicos funcionarios de carrera que optan a plazas vacantes de los grupos y cuerpos a los que ellos/as pertenecen. El modelo que se propone es el de concurso-oposición.

Condicionantes del Concurso de Traslados²:

- Uno de los primeros condicionantes se refiere la trascendencia de las bases de convocatoria para el diseño del soporte informático del proceso. Todo lo referido al soporte documental y formal de méritos.
- Todo concurso de traslados supone una ruptura del *status quo*. La movilidad que todo concurso genera implica una renovación de relaciones, importante para el clima de la organización y para su sistema de reconocimiento establecido.
- La reubicación de los desplazados en plazas vacantes puede generar un efecto dominó al final del cual alguien ajeno al proceso se vea afectado.
- Es conveniente que el diseño de un concurso se asocie a la convocatoria de OPE's, sobre todo teniendo en cuenta el porcentaje de interinidad que se tenga. A este respecto se debe tener en cuenta la edad media de los interinos que ocupan las vacantes susceptibles de ser convocadas.

² No se especifican los condicionantes técnicos del proceso ya que ellos no se consideran razones suficientes para poder matizar la convocatoria del concurso en un plan como el que se propone.



- *Procesos de consolidación de empleo temporal.*

El contenido de esta actuación se diferencia de una clásica concepción de OPE en el sentido de que su fin principal es la consolidación de quienes ya han demostrado sus conocimientos y buen hacer en los puestos técnicos básicos que han desempeñado como funcionarios interinos. Su fin no es tanto medir potencial o capacidad de aprendizaje y adaptación, como constatar un saber hacer resultado de las capacidades, los conocimientos y el entrenamiento en un contexto de trabajo determinado. Ello genera un valor añadido de gran importancia ante el evidente peligro de descapitalización que demuestran los datos presentados en el diagnóstico. Por otro lado también es importante este proceso si consideramos el relevo necesario en jefaturas de servicio que se va dar en la década de los veinte. El saber hacer es base para el establecimiento de criterios, esencia de las jefaturas de servicio.

El modelo de proceso selectivo que se propone es el del concurso-oposición. En la fase de concurso se propone dar valor a la experiencia desarrollada en la medida que la legalidad y la igualdad de oportunidades lo permita. En la fase de oposición se propone modular el contenido teórico del temario al imprescindible por ley y referirlo siempre a contenidos concretos directamente relacionados con los puestos o áreas convocados. Por otro lado, en los estadios últimos del proceso, debería contemplarse la posibilidad de utilizar pruebas prácticas para la constatación de destrezas con peso significativo en la puntuación final. Por último, debe considerarse la posibilidad de que el proceso sea compensatorio (no excluyente) en alguna de sus fases o a partir de determinados umbrales.

Condicionantes de los procesos de consolidación de empleo³:

- El soporte informático del proceso.

³ No se incluyen los condicionantes técnicos clásicos.



- La legalidad vigente puede exigir determinados umbrales para la fase de concurso y la de oposición que maticen mucho el valor de consolidación. Art. 61.3. del TREBEP (2015).
- La posible conflictividad social y su valor constitucional en función del artículo 23.2. de la CE. También de la disposición transitoria cuarta del TREBEP (2015), punto 3 en relación a la valoración de la experiencia.
- El análisis y diseño de pruebas prácticas puede exigir una infraestructura material importante sobre todo si se concibe un proceso compensatorio. También de trabajo para los tribunales.
- *Ofertas Públicas de Empleo (OPE's) generales.*

Una vez finalizados los procesos de consolidación de empleo se propone el diseño de OPE's de renovación general del personal. Este tipo de OPE obedece más a la clásica concepción de OPE's pero se distingue de ellas por el especial énfasis que debe darse a pruebas de capacidad que miden potencial. En este sentido es necesaria una reflexión sobre el papel de los grandes temarios en función de la validez predictiva demostrada por investigación (Gorriti, 2011). Es evidente que alternativas más igualitarias y con misma eficacia selectiva existen siempre que el objetivo de la selección sea la predicción del desempeño eficaz en igualdad.

Se propone un modelo de oposición puro o de concurso oposición con bajo peso para la fase del concurso en función de la legalidad vigente. Su fin principal es captar a funcionarios jóvenes (25 a 35 años) para que inicien su carrera funcional desde puestos técnicos básicos (niveles 21 a 23). También la provisión de personal con potencial para ocupar jefaturas a finales de la década de los veinte, una vez que los funcionarios que obtuvieron tal condición en el proceso de consolidación también se vayan jubilando.

Por último, se considera necesario asociar a esta OPE o considerar una de sus fases un periodo formativo en prácticas de naturaleza selectiva.



Condicionantes de las OPE's generales.

- La primera se refiere a la cercanía de esta OPE con el proceso de consolidación (todo proceso selectivo genera un cansancio en el personal en ella implícito, y más si el anterior ha sido larga o con muchos recursos).
- Funcionarios interinos que no superaron el proceso de consolidación de empleo o no se presentaron por distintas razones, pueden ver frustradas sus aspiraciones de ser funcionarios por no superar esta OPE más propicia para candidatos jóvenes con mayor capacidad de estudio y disponibilidad de tiempo.
- La validez aparente (relación de contenidos entre pruebas y desempeños en los puestos o áreas convocados) de las pruebas en algunas fases de esta OPE's puede ser más difícil de entender por ser necesario usar prueba psicotécnicas de medición de aptitudes. Ello puede llevar a considerar esta OPE más "psicológica" con todos los miedos que ello genera en los candidatos presentados y en otros grupos que suelen achacar a este tipo de pruebas discriminación o incluso invasión de intimidad. Esto es inherente a cambiar el objetivo de la medida desde la medición de destrezas (propio de los procesos de consolidación de empleo) por el de potencial (conocimientos y aptitudes).
- Esta OPE puede tener un "efecto llamada" que exija grandes infraestructuras en sus fases iniciales con todo lo que ello conlleva de gestión y costes. Aunque estudios demográficos recientes parecen desmentir esta posibilidad⁴.
- La comentada fase de formación en prácticas selectiva implica diseños y el establecimiento de tutorías novedosos para muchas AAPP. También la inevitable evaluación en una organización con una evidente falta de cultura a este respecto. Muy probablemente este tipo de actuaciones requerirían una gestión del cambio y una formación específica del personal que la llevara a cabo.
- Por último, a la hora de diseñar estas OPE's se debe ser consciente de que los puestos que estos nuevos funcionarios podrán desempeñar, si no se actualizan, han sido diseñados y sancionados treinta años antes de media. Para cuando esta OPE pueda resolverse, la mayor parte de los aprobados serán nativos digitales, con una concepción distinta de lo que es trabajar, aprender,

⁴ <https://www.populationpyramid.net/es/espa%C3%B1a/2030/>



relacionarse y jerarquía. Y con una exigencia de destrezas que inevitable habrá que identificar.

- *Estudios de Género: Techo de cristal y Discriminación Positiva.*

Esta actuación este documento lo aborda como estudio para analizar sus causas y en función del mismo proponer una serie de acciones correctivas a incluir en respectivos planes de igualdad a realizar o llevar a cabo por las distintas AAPP.

Condicionantes de los Estudios de Género:

- El primer condicionante es la sensibilidad de estos temas porque es muy difícil tomar medidas claramente correctoras. Muchas de las medidas generan sus efectos a largo plazo por su naturaleza axiológica y de toma de conciencia, siendo difícil constatar su eficacia o validarlas a corto plazo.
- Otro condicionante se refiere al origen de la discriminación. Muchas veces las mujeres se ven abocadas a aceptar esta discriminación ante su deseo, legítimo y necesario, de ser madres. Situación forzada por una “normalidad” social claramente favorable al género masculino no obligado a esta elección.
- El tercero es la representatividad del estudio. Muchas personas no estarán dispuestas a contestar al estudio porque el tema está manido, “politizado” y saturado. Esto puede restar fiabilidad y representatividad al estudio restando eficacia a las medidas.

- *Carrera. Satisfacción de expectativas profesionales. Promoción interna.*

Esta actuación tiene dos posibilidades diferenciadas: una por desempeñar distintos puestos (carrera), y otra por la profundización en tareas (carrera horizontal). No se considera la comisión de servicios por ser, en teoría, excepcional y una forma de provisión cuyos aspectos más trascendentes ya se han tratado en el apartado del concurso.



La **carrera** implica cambiar del puesto del que se es titular a otro pretendido, normalmente superior en responsabilidad y salario, mediante el sistema de concurso. También la promoción interna que consiste básicamente en cambiar de Grupo. Más allá de lo ya comentado en relación con el Concurso, lo más importante es la concepción de carrera como posibilidad por consolidación de grado profesional y el establecimiento de itinerarios formativos entre puestos o áreas, que se acreditan mediante la satisfacción de requisitos formativos y la superación de la evaluación del desempeño (acreditar conocimientos y destrezas previamente a solicitar una promoción).

Condicionantes de la carrera.

- Soporte informático del proceso en cuanto a casar requisitos de puestos y personas. Más si el modelo de carrera admite itinerarios formativos acreditados o previstos.
- La validación de las áreas funcionales, su demostración empírica y los escenarios de simulación que ellas generan. También las exigencias de actualización y taxonomización de conocimientos y destrezas. Ello puede implicar un necesario establecimiento de escalas y especialidades y una nueva concepción de los cuerpos.
- También el diseño y regulación de los itinerarios formativos que relacionan las distintas áreas funcionales. Formación ofertada para un modelo de carrera que contempla la autogestión por parte de los funcionarios. Esto implica un cambio cultura importante en los propios funcionarios que deben gestionar sus expectativas y esfuerzos, así como de los institutos de administración pública que deberían diseñar y ofertar la formación que satisface los itinerarios en tiempo y forma a las expectativas de los empleados públicos.
- La autogestión de la carrera implica un registro de personal acorde con los contenidos que condicionan la carrera. Acreditar, reconocer y relacionar la formación de los empleados públicos es trascendente para esta concepción de carrera. Esto exige unas herramientas informáticas potentes en su estructura y



en la posibilidad de generar escenarios de adecuación y gestión de recursos humanos.

La segunda es la **carrera horizontal** entendiendo por ésta la carrera en el puesto; la mejora retributiva y de reconocimiento profesional sin cambiar de puesto de trabajo. Una carrera que se produce necesariamente por la profundización y especialización en un campo de conocimiento susceptible de complejidad creciente. Una carrera que se reconoce por creación de nuevos procesos, tareas, etc., del puesto de trabajo que lo proyecta a cotas de excelencia en sus ejecuciones. También por la generación de nuevos criterios de actuación y éxito del puesto de trabajo. También se reconoce por la exigencia de nuevos instrumentos para evaluar su desempeño.

Condicionantes de la Carrera Horizontal.

- El potencial coste de su remuneración y diseño.
- La carrera horizontal es un cambio cultural importante, tanto para gestores de personal, de recursos humanos, asesores jurídicos, como para los propios empleados públicos, acostumbrados a concebir la promoción como mayores cotas de responsabilidad, salario y estatus. La carrera horizontal cambia el criterio de éxito profesional desde éxito externo (salario y estatus) a éxito interno (desarrollo de las propias capacidades). Y reconoce que no todo el mundo está capacitado para mandar, ni hay puestos para ello.
- Es muy probable y fácil, que la carrera horizontal se confunda con antigüedad llegando a “evaluarse” ésta por segunda vez.
- La carrera horizontal no se constata por la acreditación de nuevas titulaciones o mayor formación sino por la profundización evidenciada en procesos y destrezas asociadas con un beneficio claro para la propia administración. Acreditar excelencia en contenidos o destrezas no asociadas a los fines de la Administración Vasca no es carrera horizontal.
- Esta acreditación, el órgano encargado de ella, es otro de los condicionantes. También su soporte informático que exige una nueva concepción del registro y de sus funcionalidades.



- La (alta) edad media de los funcionarios no facilita la implantación de esta modalidad de carrera por una posible escasez de demanda. Ello no implica que no sea necesario diseñarla. Es más, cumplidas las OPE's generales que puedan rejuvenecer la plantilla ofertar esta forma de carrera será trascendente por su propia concepción de éxito.
- *Movilidad temporal.*

Se refiere a la movilidad entre dotaciones de un mismo puesto. Si el diseño organizativo de las AAPP se ha realizado en puestos tipo, permite la movilidad del personal entre dotaciones. Esta realidad implica la adscripción temporal de personal a dotaciones ubicadas en distintas unidades organizativas obedeciendo a asimétricas cargas de trabajo que a modo de vasos comunicantes solventan situaciones generalmente coyunturales. También implica formación para resolver las necesidades formativas que se derivan de la especificidad de tarea entre dotaciones.

Condicionantes de la movilidad.

- La resistencia más importante es la ruptura del status quo que, por no ser voluntaria, implica cambiar de entorno de trabajo; la ruptura de rutinas y adaptaciones que construyen la zona de confort de todo empleado público.
- La resistencia de los directivos para desprenderse de personal a los que, independientemente de su carga de trabajo, consideran necesarios para mantener el sistema de reconocimiento establecido: mando y clima.
- Por estos condicionantes, toda movilidad implica evidenciar mediante una medida fiable la asimetría de cargas de trabajo. Esta medida, la fiabilidad y validez de los datos en los que se sustenta, es otro de los condicionantes más importantes de esta actuación.
- *Formación para la Dirección.*



A pesar de que esta estructura de Plan concibe la formación como una de las actividades más estratégicas relacionadas con la racionalización y movilidad por su capacidad para generar vacantes y ser condición de movilidad y carrera, la formación a la que nos referimos en este apartado se limita a la formación de directivos entendiendo por tal aquella que forma para las siguientes actividades: resolución de problemas; organización, planificación y consecución de objetivos; comunicación y representación; capacidad de influencia, evaluación, reconocimiento y gestión de conflictos. Una formación que debería ser condición para acceder a puestos directivos y que también debería ser evaluada en sus manifestaciones de desempeño posterior.

Condicionantes de la formación para la dirección.

- El más trascendente se refiere al modelo de directivo público profesional que se decida o haya decidido en las leyes de empleo público respectivas. No referido, principalmente, a contenidos de perfil o conductas principales ya establecidas por investigación, sino a su nivel organizativo y a la determinación de qué puestos son directivos públicos en cada administración. Unas líneas divisorias claras entre esta figura, las jefaturas de servicio y el nivel político. Un locus propio en la estructura organizativa de cada administración.
- También la forma de proveerse dichos puestos: requisitos formativos, contenidos selectivos, prácticas y evaluación. Su relación con la carrera administrativa de los funcionarios y su relación contractual. La posibilidad de que accedan a estos puestos personal no funcionario.
- También el sistema de evaluación del desempeño que contemple las leyes de empleo público ya que dicho modelo condicionará el objetivo formativo y sus criterios de éxito.
- *Análisis de la demanda ciudadana y proyección sobre el modelo de Administración.*



En los últimos años se han producido cambios muy significativos en la sociedad: el envejecimiento de la población, la evolución y socialización de la tecnología, la globalización y la crisis. Todo ello hace que resulte necesario plantearse qué administración ha de configurarse para dar respuesta a las necesidades de la sociedad del siglo XXI.

Hay que tratar de aproximarse a qué modelo de estructura y organización será necesaria para esta situación e identificar qué puestos deben evolucionar en sus responsabilidades, cuáles deben desaparecer y cuáles deben crearse. El actual diseño organizativo de muchas AAPP es antiguo por lo que podría decirse que las actuales estructuras administrativas datan del siglo anterior cuando la complejidad y las herramientas eran muy distintas a las actuales. Se entiende necesario trabajar en el análisis de esta demanda y su traducción en un diseño organizativo. También en una sanción organizativa de estos diseños por parte de los órganos encargados del diseño y la sanción organizativa. Una vez realizado este diseño y sancionado en una nueva RPT, se estaría en condiciones de hacer un uso estratégico de las jubilaciones de la década de los veinte, con tasas de reposición acordes con las nuevas demandas de Servicio Público.

Condicionantes del análisis de la demanda ciudadana.

- El primero es su relativa abstracción; la dificultad de ver su trascendencia en realidades organizativas concretas; traducir el análisis realizado a nuevos puestos y amortización o rediseño de antiguos. También su realidad no urgente al proyectar su eficacia en años.
- Al ser un trabajo proyectado en el tiempo que cuestionará el estatus quo, será criticado por aquellos a los que se exija un reciclaje o adaptación a nuevos diseños de puestos: la gestión del cambio y ruptura de la zona de confort. A este respecto es trascendente la edad media de los funcionarios y la gestión de este condicionante ligado a la tasa de reposición.
- Puede ocurrir que el análisis sociológico objetivo, de su demanda de servicio público proyectado en el tiempo, no sea acorde con una visión política de la misma generándose un conflicto entre ideología y realidad. El estudio podría



objetivar la no justificació de polítiques actuals exigint una reflexió crítica de les mateixes.

- Si els resultats se materialitzessin en amortització, rediseño i creació de nous llocs que necessàriament haurien de materialitzar-se en una nova RPT, podria donar-se un conflicte clàssic entre disseny i gestió.

A la data d'aquest escrit la AGPV ha realitzat un estudi qualitatiu d'anàlisi de demanda ciutadana amb resultats interessants en lo referit a Sanitat, Educació, Empleo, Urbanisme i Gestió de RRHH i Organització. Els conformaran un qüestionari a utilitzar en un posterior estudi quantitatiu. Aquests dos estudis juntament amb un altre anàlisi demogràfic de la societat vasca en el 2030 seran la base per poder realitzar una gestió intel·ligent de vacants.

- *Evaluació del desenvolupament.*

Independèntment de obligatorietats fixades en la norma bàsica del TREBEP (2015), és patent la necessitat de evidenciar que els compromisos públics -i les seves complexitats inherents- són satisfets pels empleats públics (hecho coherent amb la regulació de figures com les del directiu públic professional, i alternatives al treball *presencial* com el tele treball). Per un altre costat, el desenvolupament i la seva mesura és el contrast de la major part de les eines de recursos humans. Demostrar que la selecció, formació i els models de carrera han complert amb les seves previsions, exigeix la mesura del desenvolupament com a criteri últim de validesa. Estem abocats a acceptar com a algo natural la evaluació dels comportaments laborals rellevants dels empleats públics i a utilitzar aquesta informació per a la millor gestió dels recursos humans, i per a evidenciar l'eficàcia i productivitat del servei públic.

Per un altre costat, la evaluació del desenvolupament és una de les eines fonamentals per al reconeixement que un superior ha de donar a les seves subordinats tant per a fixar conductes com per a endreçar-les. També com a font principal de satisfacció i motivació, clarament reclamats pels empleats públics.

Condicionants de la Evaluació del Desenvolupament.



Son tantos que de su lectura puede deducirse la errónea conclusión de que es mejor no hacerla. Incluso los primeros pasos de la implantación de esta herramienta casi siempre justifican que no merece la pena su implantación por el revulsivo que significan. Estos mismos condicionantes evidencian su potencia.

- El primero es la ausencia de una cultura de evaluación. Aunque todos hacemos evaluación y tomamos decisiones en función de ella, lo que ahora cambia es la técnica, sus requisitos de relevancia, fiabilidad y no subjetividad. Y la publicidad de sus resultados. Usar la técnica, tener que evidenciar los juicios y hacerlos públicos implica un cambio de cultura trascendente para la paz social de la administración y para el día a día de la gestión directiva.
- Implantar un sistema de evaluación presupone una estandarización del bien hacer de la administración. Sin saber qué debo hacer, cómo se hace y cómo sé que está bien hecho, es difícil evaluar bien. Gestionar sin esta estandarización es más sencillo, sobre todo cuando de las ineficacias no se derivan consecuencias inmediatas.
- Tener un sistema de evaluación del desempeño genera evidencias de ineficacias selectivas (no eran lo buenos que parecían) o formativas (no ha mejorado nada después del curso) que puede poner en entredicho los diseños o contenidos de estas herramientas de recursos humanos.
- La gestión de la diferencia inherente a la evaluación del desempeño da razones para el trato diferencial de los empleados públicos, dificultando planteamientos generalistas u homogeneizadores.
- Un sistema de evaluación del desempeño eficaz modifica el rol del directivo exigiéndole un trabajo de estandarización, compromiso, seguimiento, evidencia y reconocimiento para el que no todos los directivos están preparados o tienen aptitudes, ni actitudes. El diseño y superación de un curso al respecto parece una exigencia previa a su implantación, dificultando asignaciones no basadas en este tipo de méritos.
- *Jubilación anticipada.*

Se refiere a la posibilidad de acogerse a la situación de jubilación antes de cumplir los 65 años de edad. Esto implicaría, desde el punto de vista de las personas, la



posibilidad de acogerse a la jubilación valorando la minoración retributiva que supone la pensión en relación con las retribuciones percibidas hasta la fecha. Desde el punto de vista de la organización este proceso puede servir para la renovación de la plantilla y para la reestructuración de la misma. Por ejemplo, se podrían amortizar o diseñar puestos que un estudio organizativo haya evidenciado innecesarios o susceptibles de modificar

Condicionantes de la jubilación anticipada.

- La propia Ley General de la Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 1/1995 de 20 de junio) señala los requisitos para acceder a la jubilación anticipada.
- Otro de los condicionantes es la gestión del conocimiento y el mentoring. Dado que para que la jubilación anticipada surta los efectos más eficaces posibles para la organización, como en el caso de la jubilación ordinaria, deberá de estar supeditado a la implantación real de la gestión del conocimiento y del mentoring de tal forma que se transmitan los conocimientos y las destrezas expertas de la persona que se jubila anticipadamente a la/s persona/s que la sustituyan en el puesto.
- La jubilación anticipada en la medida que pueda servir para reestructurar la organización, está condicionada a la finalización del análisis de demanda ciudadana y a su plasmación en una RPT.

4. Planificación.

Cumpliendo con lo expuesto al comienzo de este documento la planificación se refiere a la *asignación de recursos*: de personas, de materiales, económicos y de tiempo. Entiendo que este apartado es propio del contexto organizativo y económico de cada administración por lo que no concretaré contenido alguno de recursos necesarios para llevar a cabo las acciones de políticas de edad. Las personas interesadas en la planificación que la AGPV realizó para lo aquí expuesto pueden leerlo en detalle en el propio Plan de Empleo de dicha administración en la referencia antes dada.



5. Evaluación.

En este apartado se pretende identificar las razones y evidencias por las que las acciones arriba descritas pueden ser calificadas como conseguidas o bien hechas. Se describen en tres apartados: hitos, como momentos de comprobación; criterios, a modo de leyes o razones de dicha bondad; indicadores, como efectos ocurridos y constatables, fruto de las acciones realizadas.

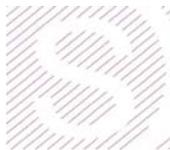
<i>Actuación</i>	<i>Hitos</i>	<i>Criterio</i>	<i>Indicador</i>
Concurso de traslados	<ul style="list-style-type: none"> • Publicación de la bases de convocatoria. • Publicación de la relación definitiva de admitidos y excluidos. • Convocatoria de pruebas. • Relación definitiva de aprobados. 	<ul style="list-style-type: none"> • Ausencia de falsos positivos • Ausencia de falsos negativos 	<ul style="list-style-type: none"> • Número de recursos perdidos/ganados en corte. • Evaluaciones de desempeño para validación del proceso.
Procesos selectivos y ofertas Públicas de empleo.	<ul style="list-style-type: none"> • Publicación de la convocatoria • Publicación de la relación definitiva de admitidos y excluidos. • Publicación de la convocatoria del 1er examen • Publicación de resultados definitivos del 1er examen • Publicación de la convocatoria del 2º examen • Publicación de resultados definitivos del 2º examen • Publicación de la valoración de méritos • Publicación de la relación definitiva de aprobados • Publicación de la relación definitiva de seleccionados 	<ul style="list-style-type: none"> • Ausencia de falsos positivos • Ausencia de falsos negativos 	<ul style="list-style-type: none"> • Número de recursos ganados/perdidos en corte. • Evaluaciones de desempeño • No discriminación por género o raza. • % de variación del presupuesto estimado. >15%
Estudios de Género	<ul style="list-style-type: none"> • Realización de encuestas • Publicación de informe de conclusiones. Diseño de actuaciones. • Implementación de acciones. • Elaboración de planes de igualdad 	<ul style="list-style-type: none"> • Determinación de causas de discriminación. Comprensión de su génesis, naturaleza y posibilidades de solución. 	<ul style="list-style-type: none"> • Publicación de la investigación. • Discriminación positiva. • Cuotas. • Porcentaje de cumplimiento de Planes de igualdad.



Actuación	Hitos	Criterio	Indicador
Análisis de la Demanda de servicio público	<ul style="list-style-type: none">• Valoración de resultados cualitativos y cuantitativos.• Resultados del estudio de la demografía.• Determinación de efectos organizativos sobre puestos: amortizar, rediseñar, crear. Publicación de la adjudicación.	<ul style="list-style-type: none">• Identificación del modelo de administración pública y de la forma y naturaleza del servicio público desde 2015 a 2030• En función de las necesidades identificadas, amortización y creación de puestos en función de la tasa de reposición.	<ul style="list-style-type: none">• Disponibilidad del Plan de amortización y creación de plazas entre 2015 y 2030• Número de modificaciones de RPT debidas al plan.
Movilidad	<ul style="list-style-type: none">• Publicación de regulación sobre condiciones de movilidad.• Convocatoria del Curso de formación para movilidad.• Publicación de las Adscripciones.	<ul style="list-style-type: none">• Disponibilidad de dotaciones en función de cargas de trabajo para cada puesto tipo o agrupación de puestos.	<ul style="list-style-type: none">• Modificaciones de RPT• Bolsas no convocadas.
Carrera	<ul style="list-style-type: none">• Realización del estudio estadístico de áreas funcionales.• Publicación de la regulación de escalas y especialidades.• Publicación de los itinerarios formativos.• Publicar la oferta formativa para itinerario formativo.• Aplicativo para gestión propia de la carrera	<ul style="list-style-type: none">• Ausencia de falsos positivos• Ausencia de falsos negativos	<ul style="list-style-type: none">• Publicación del Estudio relativo al análisis empírico de áreas funcionales de los Grupos A1 y A2• Número de cursos convocados y superados.• Grado de uso del aplicativo en la intranet.• Modificación de registro de personal.
Carrera Horizontal	<ul style="list-style-type: none">• Publicación del modelo de carrera horizontal y su regulación normativa.• Diseño del soporte informático del proceso. Rediseño del registro de personal. Creación del aplicativo para gestión de la propia carrera.• Diseño del portfolio de formación.	<ul style="list-style-type: none">• Comprensión e identificación de posibilidades de complejidad por áreas• Comprensión de los grados de desarrollo profesional y sus posibilidades de acreditación académica y por desempeño.• Comprensión del concepto de éxito interno. Identificación de indicadores.	<ul style="list-style-type: none">• Disponibilidad del mapa de grados de desarrollo profesional• Modificación de registro de personal. Posibilidad de gestión del portfolio.• Variaciones retributivas ocurridas sin cambio de puesto.• Nuevos instrumentos de evaluación del desempeño.
Formación para la Dirección	<ul style="list-style-type: none">• Publicación de la convocatoria del curso de formación de directivos	<ul style="list-style-type: none">• Ausencia de falsos positivos• Ausencia de falsos negativos	<ul style="list-style-type: none">• % de funcionarios acreditados en función de las solicitudes.



Actuación	Hitos	Criterio	Indicador
	<ul style="list-style-type: none"> • Publicación de la relación definitiva de admitidos y excluidos. • Inicio del curso • Inicio del Periodo de prácticas. • Acreditación en el registro de personal. 	<ul style="list-style-type: none"> • Solventar el gap formativo entre técnico y directivo. 	<ul style="list-style-type: none"> • Grado de cobertura de puestos de DPP convocados. • Número de cursos convocados. • Número de recursos ganados/perdidos en corte. • Evaluaciones de desempeño • No discriminación por género o raza.
Evaluación del Desempeño (ED)	<ul style="list-style-type: none"> • Disponibilidad del Cuestionario de Evaluación de Desempeño. • Convocatoria del curso de formación de evaluadores. • Fecha de fijación de objetivos y compromisos de desempeño. Superior y subordinado • Entrevista de Seguimiento • Entrevista de evaluación • Elaboración de necesidades formativas. 	<ul style="list-style-type: none"> • Evaluación de comportamientos laborales relevantes • Relevancia fiabilidad y no contaminación de las medidas. • Identificación de necesidades formativas • Validación de procesos selectivos y formativos. 	<ul style="list-style-type: none"> • Número de recursos ganados/perdidos en corte. • Número de Cuestionarios de Evaluación de desempeño rediseñados. • No discriminación por género o raza. • Número de informes de necesidades formativas generadas. • Modificaciones de procesos selectivos. • Variaciones del complemento de productividad. • Identificación de dotaciones susceptibles de carrera horizontal. • Modificaciones presupuestarias derivadas.
Gestión de Conocimiento, Mentoring y Reconocimiento.	<ul style="list-style-type: none"> • Diseño de protocolo de comunicación con afectados • Planificación de actuaciones en función de jubilaciones previstas • Análisis cognitivo de tareas relevantes. • Identificación de destrezas expertas, conocimientos tácitos y criterios. • Identificación de contenidos formativos susceptibles de docencia y documentación. 	<ul style="list-style-type: none"> • Disponer de analistas de gestión del conocimiento para su uso discrecional • Falsos positivos y negativos del curso de formación. • Establecer el Mentoring como rutina de actividad de la Función Pública. • Diseños formativos por parte de los institutos de formación 	<ul style="list-style-type: none"> • Disponer del manual de despedida • Inicio de actividades reales de Gestión del Conocimiento y Mentoring. • Solicitudes de intervención por parte de los departamentos. • Informes de Gestión de Conocimientos solicitados y estandarizados. • Planificación de mentores y supervisados



Actuación	Hitos	Criterio	Indicador
	<ul style="list-style-type: none">• Diseñar y elaborar el manual de despedida.		<ul style="list-style-type: none">• Cursos de formación y tutorías realizadas.
Diseño de los determinantes de Selección y Formación de Administración Electrónica y TIS.	<ul style="list-style-type: none">• Determinación del modelo selectivo y formativo aplicable.• Identificación de puestos afectados por necesidades de incorporar nuevas funciones derivadas de la innovación pública.• Sanción organizativa de los nuevos diseños de puestos.• Identificación de contenidos de aptitud necesarios para el aprendizaje• Identificación de los contenidos y objetivos de aprendizaje.	<ul style="list-style-type: none">• Ausencia de falsos positivos• Ausencia de falsos negativos• Solventar necesidades formativas identificadas.	<ul style="list-style-type: none">• % de funcionarios acreditados en función de las solicitudes.• Grado de cobertura de puestos de administración electrónica y TIS.• Número de cursos convocados.• Evaluaciones de desempeño• No discriminación por género o raza.
Jubilación anticipada	<ul style="list-style-type: none">• Determinación de ventajas y desventajas de la jubilación anticipada• Planificación del impacto de la jubilación anticipada en la estructura organizativa• Identificación de los determinantes para acogerse a la jubilación anticipada	<ul style="list-style-type: none">• Comprensión de la idoneidad de la incentivación de la jubilación anticipada• En función de las necesidades detectadas con el análisis de la demanda de servicio público, amortización o creación de puestos	<ul style="list-style-type: none">• Número de modificaciones de RPT debidas al modelo• Variación de personas acogidas al modelo de jubilación anticipada tras su implantación• Costes por grupo de titulación y régimen de previsión social de posibles incentivos a la jubilación anticipada



GESTIÓN DE CONOCIMIENTO EN LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL PAÍS VASCO (AGPV).

1. Introducción.

Este documento pretende ser una guía de intervención para la gestión del conocimiento de los empleados/as públicos de la Administración General del País Vasco (AGPV) que se jubilarán en los próximos años. Su objetivo principal es evitar, en la medida de lo posible, la descapitalización de la AGPV por la marcha de quienes han sido referentes de criterio y destreza en esta Administración.

El proceso total de intervención contempla tres fases: 1. Gestión del conocimiento. Entendiendo por tal la disciplina profesional que identifica, captura, evalúa, y gestiona la experiencia y el saber hacer de los empleados públicos de esta Administración. 2. Diseño instruccional y formación de los conocimientos y destrezas identificados en el primer punto. 3. Prácticas guiadas y evaluadas de aquellos que han superado el curso de formación; Mentoring propiamente dicho. Este escrito sólo se refiere al primer punto de esta intervención total.

2. Diagnóstico y Antecedente.

Tal y como se dice en el Plan de Empleo Interno de la AGPV: *Existe un riesgo objetivo de descapitalización de la AGPV en la próxima década. Desde 2015 hasta el 2030, se jubilará el 78,09 % de estos puestos de criterio y mando. Y lo mismo puede decirse de los técnicos, aunque con un retraso de alrededor de tres años, y aliviado unos nueve años y medio si se consolidan los interinos.*

3. Diseño de la intervención.

Existen tres colectivos afectados: 1. puestos de jefatura, teóricamente depositarios del criterio, conocimiento asentado y destrezas esenciales objeto principal de la gestión del conocimiento; 2. técnicos que con conocimientos y destrezas necesarias pero no responsables de los criterios y modelos propios del ámbito; 3. los puestos de auxilio administrativo. Esta metodología se centra especial y exhaustivamente en el primer colectivo, selectivamente en el segundo, y prescinde, en principio, del último.



Esto no obsta para que, cuando algún departamento lo entienda necesario, el análisis se realice a demanda.

Es esta una intervención avanzada del clásico Análisis del Puesto de Trabajo (APT) conocido como Análisis Cognitivo de Tareas (ACT). Su objeto principal son los *procesos cognitivos implicados en la toma de decisiones de los/as expertos/as a la hora de afrontar incertidumbres*. Y de cómo utilizan la experiencia adquirida en estos casos inciertos.

Seguidamente se exponen los pasos de intervención propuestos:

3.1. Preparación (entrevista semiestructurada⁵).

Esta fase tienen tres objetivos principales: Selección de los expertos/as. La familiarización con el ámbito. Y el acotamiento del análisis.

- *Selección de expertos.*
- No todos los empleados públicos por el hecho de jubilarse son expertos, no todos deben ser sujetos de entrevista. Esta decisión debe ser conjunta con el departamento o unidad administrativa que va a sufrir la descapitalización. También se debe ser consciente de que, muchas veces, el/la experto/a no sabe que sabe, o tiene dificultades para expresarlo.
- Suelen ser buenos/as expertos/as: a. el/la experto/a que demuestra con evidencias (publicaciones, libros de consulta, etc.) que domina el ámbito objeto de estudio. b. su conocimiento ha sido suficientemente contrastado con la realidad en situaciones variadas y complejas, las cuales añaden valor añadido al aprendizaje propio del ámbito. No es bueno identificar expertos respecto de situaciones rutinarias. Un buen criterio suele ser el número y calidad de los incidentes críticos⁶ que son capaces de aportar.

⁵ Entiéndase por semi-estructurada la que tiene un guion básico de preguntas modificable en función del devenir de la entrevista.

⁶ Un incidente crítico es una historia o anécdota especialmente relevante para el éxito del puesto.



- *Familiarización con el ámbito de análisis.*

En este apartado se recopila información pertinente en relación con el ámbito sobre el que se va a realizar el análisis. Los puestos de trabajo son orientaciones pero no fronteras a este respecto. Tampoco los contenidos de la Relación de Puestos de Trabajo (RPT). Suelen ser documentos necesarios para esta familiarización: a. documentación básica esencial para comprender los principales procesos del ámbito; textos propios y definatorios del área de intervención; b. documentos producidos por el/la propio/a experto/a; c. libros clásicos del ámbito; e. documentos e información oficial del puesto de trabajo (monografías del puesto); normativa básica, decretos, notas, circulares internas, etc.; f. información de puestos homólogos en otras administraciones. El criterio de esta fase es acotar el ámbito de intervención; sus fronteras y singularidades respecto de otros ámbitos cercanos. También identificar la documentación o referencias fundamentales del ámbito objeto de estudio. Toda esta documentación debe estar disponible en todo el proceso de análisis. El/la analista debe leer esta información y hacerse una idea clara del ámbito de conocimiento sobre el que se va a captar la información: sus conceptos principales; la relación entre ellos y, sobre todo, sus criterios de éxito.

3.2. Selección de procesos básicos.

Partiendo del hecho de que no toda la información de un puesto es susceptible de ser conocida ni tampoco toda ofrece información relevante para el objeto de análisis, la técnica del Incidente Crítico (Flanagan, 1954) adquiere especial importancia: acotar aquellas actividades del puesto más importantes a la hora de conocer sus demandas cognitivas (complejidad) y los hechos más trascendentes para su formación. Esto debe quedar claro una vez que el/la analista se ha familiarizado con el ámbito objeto de análisis.

Se solicita al/la experto/a que identifique entre **3 y 5** procesos básicos del ámbito objeto de análisis. No deben ser tareas específicas de acotamientos cortos, ni enunciados generales que impidan identificar una secuencia de actuación (Millitelo y Hutton, 1998). El nivel de abstracción debe decidirse de manera que se asegure que los procesos sirven para diferenciar entre expertos y noveles. Es conveniente que el propio analista guíe al experto en el acotamiento del proceso. También debe



asegurar que los procesos sean suficientemente desafiantes como para exigir demandas cognitivas variadas y distintas; tantas como las exigidas por el puesto o ámbito.

Una vez identificados los procesos y acordados con el/la analista, se solicitan al/la experto/a incidentes críticos para cada uno de los procesos. Un Incidente Crítico (IC) consiste en una historia real; una anécdota ocurrida en el desempeño y que es ejemplo de un buen o mal hacer del procedimiento que se está analizando. Se deben solicitar, como mínimo, dos incidentes por proceso: uno positivo, y otro negativo. Son criterios para su aceptación los siguientes: 1. Debe tener consecuencias importantes para la Administración. 2. Debe ser fácilmente reconocible por alguien no experto. 3. Debe de ser posible y frecuente en el ámbito objeto de estudio. 4. Debe exigir los conocimientos y destrezas propios de un experto en el procedimiento. 5. Desde él se debe poder reconocer las razones por las que el proceso está bien o mal hecho, e identificar los indicadores para constatar inequívocamente tal calificación.

3.3. Secuenciación. Identificación de hitos por proceso.

Es conveniente que inicialmente sea el/la analista quien explique el proceso al/la experto/a para demostrar que ha comprendido correctamente cada proceso. Una vez que la visión principal de cada procedimiento ha sido consensuada, se solicita al/la experto/a que señale los que a su juicio son los hitos principales de dicho proceso: lugares de decisión críticos (Borders, Polander, Klein, Wright, 2015). Donde, en una situación de docencia, deberían especificarse hechos, criterios, destrezas, comprobaciones, evaluaciones, etc. Se trata de identificar los elementos cognitivos más difíciles. Aquellos donde es necesario realizar una auditoría del conocimiento más importante. Dónde es especialmente importante pararse porque representa un punto clave para la resolución del problema que representa el procedimiento.

Lo que da categoría de hito a ése lugar del proceso es la decisión que debe tomarse en él. Ella y los elementos intervinientes para poder tomarla: pistas, expectativas y metas. Su secuencia y jerarquía. Los contenidos posibles del hito son los siguientes (Hoffman, Crandall, Shadbolt, 1998):



- Pistas
- Conocimiento
- Acciones
- Evaluación
- Elaboración
- Meta
- Anticipación
- Meta cognición
- Contingencia

No todos deben darse en cada hito del proceso. Es una taxonomía que sirve para clasificar lo dicho por el/la experto en la entrevista estructurada.

3.4. Proceso de dar sentido. Preguntas por proceso. (Entrevista Estructurada).

Llegados aquí se ha acotado el objetivo del análisis: los procesos y sus lugares de decisión. Ahora se trata de profundizar en ellos para producir los contenidos del análisis cognitivo de tareas: los conocimientos, las destrezas, el marco de referencia, modelos, leyes, heurísticos y criterios que un experto utiliza a la hora de actuar de manera automática, rápida, intuitiva y exitosa. Se trata de poder explicar lo que hace un/a experto/a cuando utiliza esta secuencia de verbos: ver, significar, causar, predecir (hipótesis) y decidir. Según Hoffman (1987) el proceso es el siguiente: 1. Cómo transforma estímulos complejos en pistas. ¿Cuál es su proceso perceptivo?: “saber ver”. 2. Cómo transforma estas pistas en significados conceptuales por similitudes y diferencias en relación con su marco de referencia y experiencias previas. 3. Cómo genera explicaciones coherentes de los hechos en función de leyes más o menos validas o estandarizadas (heurísticos; algoritmos) y de categorías. 4. Cómo genera hipótesis sobre lo que ocurre; su comprensión, el dominio del sistema que le permite predecir. 5. Todo ello para tomar una decisión de actuar en una situación que para un novato es, claramente de más incertidumbre. En definitiva, una simulación cognitiva que termina, siempre, en una decisión.

Este apartado produce contenidos referidos a (Hoffman, 1998): diagnósticos; predicciones; conciencias de situación; meta-cogniciones; compensación de limitaciones de equipos; destrezas perceptuales; trucos; improvisación; reconocimiento de anomalías. Todo ello mediante preguntas que el experto

responde desde su experiencia pero que debe explicar desde la diferencia con un novel. A diferencia de ellos, los expertos no se fijan en los procesos básicos (ya se los saben) sino en las señales que pueden ser peligrosas y que los noveles ignoran por estar más preocupados del cómo. Los expertos han mejorado en su sensibilidad para señales débiles del entorno (atractores); las que su experiencia les dice que pueden ser importantes aunque sean poco probables. Los expertos prefieren adaptarse a una situación nueva que conformar una rutina.

Las preguntas deben de referirse a (Millitello & Hutton, 1998):

- **Pasado/Futuro.** Los expertos saben cómo se ha llegado a la situación actual y son capaces de predecir lo que va a pasar. (Buena capacidad de diagnóstico).

¿En alguna situación comprometida te diste cuenta enseguida de cómo se había llegado a ella y qué lo había producido? ¿Te diste cuenta de lo que iba a pasar si no actuabas rápido?

- **Visión Global.** Los novatos no tienen el cuadro completo, sólo ven trozos del cuadro general. Los expertos son capaces de la Visión Global: las interrelaciones necesarias, a veces resumidas en forma de sistema.

¿Me puedes decir la visión global de esta tarea; su razón de ser; aquello que por ser trascendente debería ser constatado o llevarse un registro?

- **Observación.** Los expertos ven indicios e identifican patrones significativos.

¿Me puedes decir de alguna ocasión en la que viste que algo iba mal aunque aparentemente no pasaba nada? ¿Algún ejemplo?

- **Tareas eficientes.** Los expertos no toman atajos, pero tampoco desperdician tiempo ni recursos.

¿Haciendo esta tarea alguna vez viste que se podía hacer más con menos; que sobraban cosas en el proceso principal? ¿Has descubierto alguna forma útil y estable de hacerla?

- **Oportunidades/Improvisación.** Los expertos son capaces de cambiar la forma de actuar para aprovechar oportunidades.

¿Alguna vez has improvisado sobre la marcha porque te diste cuenta de una mejor forma de hacerla en función del contexto o de oportunidades?

- **Auto-observación.** Los expertos son conscientes de su desempeño y son capaces de ajustarlo para que la tarea se realice.

¿Alguna vez te has dado cuenta de que hacías la tarea con una rutina mejorable?

Opcionales

Anomalías. Y son capaces de ver cuando algo que debería funcionar no lo hace.

¿En alguna situación de trabajo te has dado cuenta por detalles nimios o sutiles de que algo no iba bien; de que no era normal?

- **Dificultades de Equipamiento.** Los novatos generalmente confían en lo que dicen los aparatos; no saben cuándo ser escépticos.

¿Ha habido veces en que aunque el equipo te dijese que debías ir en una dirección, tu propio instinto te decía otra cosa? ¿Te fiaste más de tu experiencia que de la forma oficial de hacer algo?

Como dicen Gore, Banks y McDowall (2015), se trata de llegar a saber los contenidos por los que los expertos ven rápido, aplican modelos mentales profundos, asocian con sentido, realizan simulaciones mentales, son sensibles ante anomalías y cuando no hay suficientemente información usan tácticas eficaces de búsqueda para solventar la incertidumbre. Por ello es imprescindible ser consciente de que no se buscan conocimientos que se adquieren por docencia, sino por experiencia. Esto es trascendente para el siguiente paso del proceso general: el diseño instruccional. Por cierto, una de las competencias fundamentales del análisis se refiere a la “competencia socio-cognitiva”: las razones por las que la gente se relaciona o debe hacerlo; quién, con quién, cuándo y por qué. Esta destreza en usar la red de relaciones es una de las estrategias más exitosas de la experiencia

Es especialmente importante algo aparentemente contradictorio y donde reside el arte de esta entrevista estructurada: dejar libertad al experto para que aporte su experiencia tal y como le sea más cómodo, y a la vez asegurarse de que se satisfacen todos los contenidos del análisis. Además, todo el proceso debe

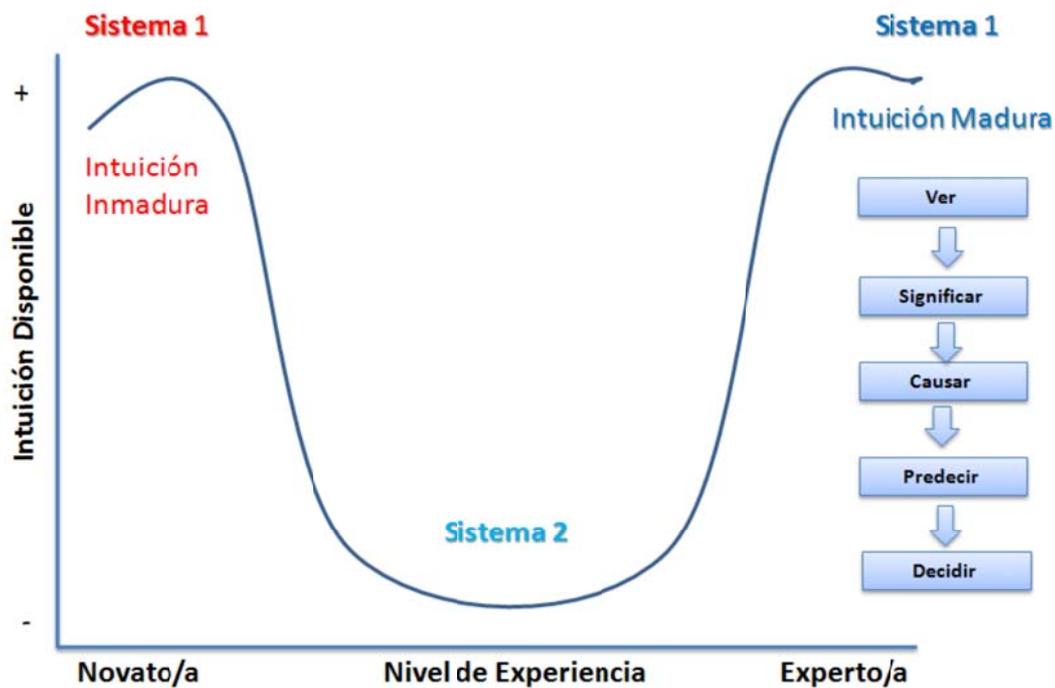
adaptarse a la idiosincrasia del ámbito: algunos son dominios mucho más estructurados que otros, incluso hay manuales para ellos. Otros, en cambio, requieren mucha más improvisación o decisiones de actuación en función de coyunturas.

4. La intuición.

De los cuatro pasos identificados, el paso 2 es el más automático; el que más rápido suele hacerse por parte de los expertos. Podríamos decir que es automático y muchas veces inconsciente. En la medida que estos cuatro pasos son menos deliberativos el proceso de toma de decisión es más intuitivo y lógicamente más corto.

Parce claro que hay dos sistemas cognitivos (Evans, 2008; Kahneman, 2011), el Sistema 1 que es inconsciente, rápido y atractivo: intuitivo. Viejo, y propio de un dominio específico, de un contexto y que usa una metodología de paralelismos y similitudes con experiencias previas, donde la inteligencia y la memoria no son trascendentes. Y el Sistema 2 que es deliberativo, consciente, moderno, abstracto, secuencial, basado en reglas y donde las diferencias individuales importan, sobre todo las de aptitud. Según Liberman (2000) el proceso intuitivo es un proceso neural, cognitivo y social. Correlato fenomenológico y comportamental del conocimiento obtenido por aprendizaje implícito: sin atender al mecanismo por el que se adquiere. La intuición es la materia prima de la que se alimenta el proceso deliberativo. En el mejor de los casos para controlarlo y en el peor para racionalizar lo ya decidido. En cualquier caso, inevitablemente orienta el ámbito y la tonalidad afectiva del proceso deliberativo (Salas, Rosen y Díaz Granados, 2009).

Existen dos momentos de los sistemas cognitivos, uno al comienzo de la actividad profesional y el otro al finalizarla. Este gráfico pretende explicarlo (Baylor, 2001; coloreado de elaboración propia):



El Sistema 1 actúa con un bajo nivel de experiencia (en rojo por peligroso) donde lo que se pretende es una función adaptativa porque los conocimientos están en un sumatorio inconexo, sin jerarquías ni criterios de relación, lo cual impide su comprensión sistémica; donde no se ha producido todavía el precipitado eficaz de esquemas y patrones (los novatos tienen más esquemas pero más inconexos y de menos contenido). Y un segundo momento cuando se ha acumulado una gran experiencia, donde el automatismo es rico, eficaz y fruto de estadios previos de uso del Sistema 2, que ha producido dichos patrones, heurísticos, algoritmos, categorías, propios del ámbito correspondiente. En definitiva un buen marco de referencia que permite “ver el cuadro grande”, generar automatismos adaptativos; atajos por similitud semántica, teorías, esquemas, etc., que son el resultado de eliminar incoherencias y disonancias al haber contrastado estos patrones con la realidad y haber obtenido feed-back de ella.

La investigación ha demostrado que la intuición es un constructo válido (Salas, et al., 2009), pero no es una panacea. A este escrito le importa sólo la intuición basada en la experiencia. A la hora de definir la intuición debe tenerse en cuenta: 1. Que es un proceso cognitivo (de pensamiento). 2. Que sólo se produce si el/la experto/a ha introducido conocimiento mediante estudio y reflexión tras evento contrastado y éste está disponible en la memoria del/la experto/a para ser convocado por un estímulo

significado por el/la propio/a experto/a. 3. Que es un proceso inconsciente (rápido y automático). 4. Que mucho del resultado es un sentimiento que aporta una tonalidad, y 5. Que dicho sentimiento es la base del juicio para actuar.

Toda intuición basada en la experiencia requiere un exhaustivo conocimiento del dominio de la tarea, lo cual permite el reconocimiento y evocación automática de patrones, de manera que permiten relaciones causales de comprensión, evaluación y la toma de decisiones certeras, eficaces y rápidas siempre orientadas a solventar la incertidumbre y posibilitar la consecución de objetivos. Las relaciones causales (paso 3) se realizan al contrastar la información significada (pistas) con heurísticos o algoritmos dependiendo del nivel de estructuración y estandarización del marco de referencia del ámbito correspondiente: cuanto menos estructurado es el marco de referencia, más heurísticos (creatividad) son necesarios para entender el sistema y dar significado a las pistas, todo a corto plazo. Cuanto más estructurado es el marco de referencia, el heurístico evoluciona a un algoritmo (proceso más estandarizado, incluso matemático). Normalmente la causalidad se mueve entre una creatividad guiada y unas cuantas reglas no cerradas. Son ejemplos de este tipo de reglas: “toda selección es una predicción”; “cuando vas a una ferretería a comprar un taladro, lo que se busca son agujeros”. Mediante este mecanismo se concluye una causalidad que adapta, permite predecir (paso 4) simulando una situación que “pone a correr un modelo” (Salas, et al., 2009), y permite tomar una decisión (paso 5). Los expertos gastan más tiempo en gestionar novedades y contexto que en dar sentido a lo que hay que hacer.

Una de las características del pensamiento racional es la anticipación. Los humanos al contrario de los animales no solo reaccionamos ante un cambio del entorno sino que somos capaces de anticiparnos y actuar mediante planes creados por nuestra razón e imaginación. Nuestra capacidad intelectual nos permite mezclar conceptos, historias y experiencias para afrontar anticipadamente grandes ambigüedades e incertidumbres (Klein, Snowden, Lock Pin, 2011).

La predicción es un paso posterior a la significación la cual es casi natural, inconsciente (intuitiva) y que nos prepara para obrar. Este proceso se realiza por el contraste de la información seleccionada contra un marco de referencia construido por patrones (algo que tiene una secuencia conocida por interdependencia de

eventos, condiciones y hechos). Aunque no es lo mismo que la anticipación que alerta, permite predecir consecuencias de una actuación la cual ya integra las condiciones y el contexto. Así como la predicción forma parte de la naturaleza decisoria, la anticipación es un proceso de dar sentido, imprescindible estadio para la acción.

Una forma de provocar la intuición madura es mediante las conocidas como restricciones artificiales de los procesos (Hoffman, et al. 1998). Básicamente consiste en limitar los recursos de tiempo, técnicos o personas a la hora de realizar los procesos básicos. Ellas obligan a describir estrategias de razonamiento: pistas, leyes, conocimientos o heurísticos que posibilitan la evaluación de una hipótesis de actuación en dicha situación artificialmente creada. Deben plantearse siempre de modo simulado y limitando su valor a dichas estrategias de razonamiento, siendo conscientes de que en una situación real sería infrecuente y por tanto no extrapolable. También debe reconocerse que dicha situación artificial no es comfortable para el/la experto/a.

5. Informe final. Validación.

A la hora de transcribir la información recopilada de cada experto (las entrevistas deben grabarse), se debe tener en cuenta cuál es la estructura de información que es necesaria transmitir a quien. Teniendo en cuenta que, tal y como se ha dicho, esta es la primera de tres fases y que las dos siguientes son técnicamente propias del IVAP para actuaciones de docencia y prácticas, es con ellos quien se deben priorizar los contenidos del informe final del análisis. En cualquier caso, adelantando una posible estructura necesaria para el diseño instruccional, la docencia y la fase de prácticas, el informe debe referirse a:

- Conocimientos: contenidos de conocimiento declarativo identificables en textos asequibles, sin más trascendencia de diseño instruccional.
- Destrezas finales de los procedimientos principales seleccionados: forma estandarizada por el/la experto de realizar los procedimientos. Objetivos de la formación.

- Contenidos de los hitos de los procedimientos trascendentes para el diseño instruccional. Para cada uno y cuando sean pertinentes deben especificarse los siguientes contenidos jerárquicamente establecidas:
 - Percepciones, pistas. Observaciones significadas.
 - Información de relevancia imprescindible para al hito. Información descartable si ello fuera necesario destacar.
 - Esquemas necesarios para significar el hito y encontrar sus relaciones causales. Razonamientos principales del hito.
 - Patrones aplicables al hito. Secuencias necesarias para la decisión del hito. Decisiones principales del hito
 - Previsiones de actuación. Hipótesis de actuación.
 - Criterios de validez del hito. Criterios e indicadores del éxito para el hito.
- DAP⁷ actualizado del puesto.

Toda la información aportada por el analista y concretada en el informe aquí propuesto debe ser validada por el/a experto/a. En la medida que otros/as expertos/as del mismo área refrenden esta información, esta será más fiable.

6. Plan de Análisis y Entrevistas. **Tiempo estimado de análisis: 10h**

1. Preparación (familiarización con el ámbito de análisis; metas del análisis; selección de expertos y documentación básica necesaria). **Primera reunión (1h).**
2. Selección de procesos básicos. **Segunda reunión (1h).**
3. Secuenciación. Identificación de hitos por proceso. **Tercera reunión (1h).**
4. Proceso de dar sentido. Preguntas por proceso⁸. **Cuarta reunión (1h por proceso)**
 - 4.1. Pistas (inputs objetivos, apreciaciones subjetivas, percepción experta).
 - 4.2. Conocimiento aplicado (marco de referencia; contenido formativo y destreza).

⁷ DAP: Descripción Agregada de Puesto. Es el informe de análisis que por puesto obra en poder de la Administración General del País Vasco, fruto de análisis de puesto realizados. Es "agregado" porque resume la información aportada por varios ocupantes del puesto analizado. Una síntesis coherente elaborada por un analista de puestos tras un proceso cuantitativo y cualitativo. Es una información más amplia que la *monografía de puesto*, la cual sólo informa de los contenidos necesarios para describir lo publicado en la Relación de Puestos de Trabajo (RPT).

⁸ Al final de cada pregunta se diferencia entre novato y experto.

- 4.3. Ayuda (información utilizada, descartada). Alternativas de acción (actuaciones sopesadas y descartadas).
- 4.4. Analogías (escenarios estandarizados recordados y utilizados). Experiencia: Intuiciones aplicadas (automatismos). Modelo mental (paradigma básico; heurísticos aplicados).
- 4.5. Toma de decisiones (proceso mental de la decisión). Metas decididas del proceso. Pasos del proceso.
- 4.6. Evaluación (criterios de éxito de la actuación; indicadores). Errores posibles.
5. Hipótesis del proceso en situaciones forzadas o limitadas de recursos (personas, tiempo y dinero). [Cuarta reunión \(30' por proceso\)](#).
6. Validación de informe previamente elaborado por analista (30').

7. Limitaciones

La primera limitación es la novedad de esta técnica para la Administración Vasca. La referencia más relevante referida a la extracción del conocimiento de los/as expertos/as es de Hoffman (1987). Y la referencia más relevante del Análisis Cognitivo de Tareas es de Millitello y Hutton (1998). Sin embargo la necesidad de estas dos técnicas no ha sido evidente hasta entrado el siglo XXI, ya que, tal y como será la salida, fue la entrada de empleados públicos en esta administración. En la AGPV sí se han realizado análisis de puestos (ver Gorriti y López, 2010), pero principalmente con fines selectivos, formativos, de diseño de carrera y evaluación del desempeño. Esta vertiente cognitiva de los procesos implícitos en la experiencia no se ha hecho. Una novedad que exige un replanteamiento de los objetivos, contenido y técnica de cómo se obtiene información relevante para la gestión de la descapitalización comentada. Como toda novedad tiene sus hándicaps de gestión del cambio, de ruptura de zona de confort y de evidenciar cosas mejorables. Resistencias al fin y al cabo. También de aprendizaje por parte de los técnicos de recursos humanos a quienes compete esta responsabilidad. Extraer un conocimiento asentado de un experto del que no siempre es consciente es una tarea difícil por su complejidad y por un campo del saber relativamente inexplorado por este tipo de profesionales: la psicología cognitiva. Por otro lado, aunque se domine, esta técnica

en tanto que se refiere a determinantes del desempeño de puestos de criterio especializado, es una predicción y como tal exige ser comprobada.

La segunda limitación se refiere a la propia resistencia de los expertos/as para ser analizados. No es verdad que todas las personas que se jubilan están deseosas de contar lo que saben. Muchas veces por la pereza de un esfuerzo solicitado al final de su vida laboral, estadio al que han accedido desacelerando su curiosidad y su implicación. Otras porque no quieren evidenciar sus posibles carencias al dudar de la calidad de lo que saben o del juicio que sobre ello pueda hacer la Administración. Por último la propia disponibilidad de los empleados públicos que ya se han marchado. Esto obliga a la propia Administración a una labor de vigilancia proactiva y control de las fechas de jubilación. La Administración debe cuestionarse si esta actividad debería ser obligatoria para los empleados públicos que entran en tal situación. Situaciones como el contrato relevo o el propio Mentoring pueden ayudar en este aspecto. También los incentivos que se decidan por ser docentes y tutores de la instrucción diseñada para entrenar los procesos y asimilación de criterios que el análisis cognitivo ha producido. También el reconocimiento que estas actividades conllevan.

La tercera se refiere a los efectos administrativos de la posible formación. Es evidente que no todos los empleados públicos podrán optar a la formación diseñada, sino aquellos que cumplan con algún criterio de pertenencia bien sea el cuerpo, la especialidad o la escala. Temas referidos a la igualdad de oportunidades en relación a cuántos puestos se han analizado desde esta técnica; del número de alumnos susceptibles de formarse en cada área o especialidad; del valor de una formación superada; de la evaluación de la misma y sus efectos; de su tratamiento como mérito; de la oferta formativa en plazo; del número de alumnos máximo por tutor; de la asunción de responsabilidades en las prácticas por parte del experto/a y los empleados públicos que aspiran a tal acreditación pero sin haber sido nombrados para tales responsabilidades, etc. Este es un hándicap importante, pero no imposible si hay voluntad por parte de los gestores.

La cuarta limitación se refiere a un cambio en la concepción formativa. Haber extractado la experiencia de los/as expertos/as con la metodología descrita, impone una gestión formativa que incorpora el diseño instruccional al identificar como

objetivos formativos una serie de comportamientos laborales seleccionados y para los cuales se han identificado observaciones significadas, información de relevancia, esquemas, relaciones causales, razonamientos principales, patrones, secuencias, objetivos y previsiones de actuación, criterios e indicadores del éxito. El diseño instruccional exigirá a los técnicos de recursos humanos del IVAP una formación en dicha técnica y una actualización de sus criterios de éxito. Otra ruptura de zona de confort.

La quinta limitación tiene que ver con la superación del concepto de puesto. Acotamiento de gran trascendencia administrativa pero también de gestión de recursos humanos. La información obtenida mediante esta metodología establece nuevas fronteras de puestos en función de lo que los propios/as expertos/as dominan; de lo que él o ella hacen realmente en su ámbito, lo cual no siempre se limita a lo que dice su monografía de puesto, ni a lo que se publica en la relación de puestos de trabajo. Una personalización muchas veces más coherente que la propia RPT, aunque también es verdad que ha podido deberse a la propia motivación del experto, a sus curiosidades o a sus aptitudes. Las personas hacen coherentes los puestos que ocupan.

La última limitación de la que este estado de conocimiento me hace consciente se refiere a que todo el análisis es retrospectivo: lo que una persona de, más o menos, 65 años sabe. Esta es una visión retrospectiva no siempre necesaria de repetir o validar institucionalmente. El análisis crítico de lo obtenido y su proyección al futuro de lo que la administración debe hacer en el siglo XXI es una tarea difícil que como mínimo debe tener en cuenta realidades demográficas de la sociedad a la que va a servir (OCDE, 2007), así como el análisis de la demanda ciudadana que tras la crisis. Tal y como dice el mencionado *Plan de Empleo de la Administración Vasca (2015)*:

En los últimos años se han producido cambios muy significativos en la sociedad: el envejecimiento de la población, la evolución y socialización de la tecnología, la globalización y la crisis. Todo ello hace que resulte necesario plantearse qué administración ha de configurarse para dar respuesta a las necesidades de la sociedad vasca del siglo XXI.

Hay que tratar de aproximarse a qué modelo de estructura y organización será necesaria para esta situación e identificar qué puestos de la AGPV deben evolucionar en sus responsabilidades, cuáles deben desaparecer y cuáles deben crearse. El actual diseño organizativo de la AGPV es de 2007 y aquel diseño fue una racionalización de estructuras (Análisis Funcionales) más que un diseño organizativo necesario por un análisis de la demanda ciudadana, y lo fue en época de bonanza económica, por lo que podría decirse que las actuales estructuras administrativas datan del siglo anterior cuando la complejidad y las herramientas eran muy distintas a las actuales. Entre el año 2015 y el 2019 se entiende necesario trabajar en el análisis de esta demanda y su traducción en un diseño organizativo. También en una sanción organizativa de estos diseños por parte de la Dirección de Función Pública. Una vez realizado este diseño y sancionado en una nueva RPT, se estaría en condiciones de hacer un uso estratégico de las jubilaciones de la década de los veinte, con tasas de reposición acordes con las nuevas demandas de Servicio Público.

Referencias

- Baylor, A. (2001). A U-shaped model for the development of intuition by level of expertise. *New Ideas in Psychology*, 19: 237-244.
- Borders, J., Polander, N., Klein, G., Wright, C. (2015). ShadowBox: Flexible training to impart the expert mindset. *Procedia Manufacturing* 3. 1574-1579.
- Evans, J.S.B.T. (2008). Dual processing accounts of reasoning, judgment, and social cognition. *Annual Review of Psychology*, 59: 255-278.
- Flanagan, J.C. (1954). The critical incident technique. *Psychological Bulletin*, N°4. Vol. 51. pp: 327-358
- Gobierno Vasco (2015). Plan de Empleo de la Administración General del País Vasco. En:
http://www.irekia.euskadi.eus/uploads/attachments/7333/plan_empleo.pdf?1454332206
- Gore, J., Banks, A., McDowall, A. (2015). Advancing ACTA: Developing socio-cognitive competence/insight. *International Conference on Naturalistic Decision Making 2015*, McLean VA. 1-6
- Gorriti, M. & López, J. (2010). *Análisis de puestos de trabajo en la administración pública*. Instituto Vasco de Administración Pública (IVAP), Oñate.
- Gorriti, M (2011). Sistema de selección para el acceso a una función pública postburocrática. *Nuevas Políticas Públicas: Anuario Multidisciplinar para la Modernización de las Administraciones Públicas*. ISSN-e1699-7026, N°. 7, 2011 (Ejemplar dedicado a: Formación y selección en la administración pública), págs. 147-161
- Hoffman, R.R. (1987). The problem of extracting the knowledge of experts from the perspective of experimental psychology. *AI Magazine*. Vol. 8, N°2. 53-67
- Hoffman, R.R., Crandall, B., Shadbolt, N. (1998). *Human Factors*, Vol. 40, N° 2. June. Pp. 254-276
- Kahneman, D. (2011). *Pensar rápido, pensar despacio*. Debate.
- Klein, G., Snowden, D., Lock Pin Ch. (2011). Anticipatory Thinking. En: Kathleen L. Mosier and Ute M. Fischer, editores. *Informed by Knowledge. Expert Performance in Complex Situations*. 235-246. Psychological Press. N.Y. 2011.
- Liberman, M.D. (2000). Intuition: A social cognitive neuroscience approach. *Psychological Bulletin*, 126: 109-137.

Militello, L.G. & Hutton, J.B. (1998) Applied cognitive task analysis (ACTA): a practitioner's toolkit for understanding cognitive task demands. *Ergonomics*, Vol. 41, N°11, 1618-1641

OCDE, (2007). *Ageing and the Public Service. Human resource challenges*. En: <http://www.oecd.org/ireland/ageingandthepublicservicehumanresourcechallenges.htm>

Salas, E., Rosen, M.A., DiazGranados, D. (2009). Expertise-Based Intuition and Decision Making in Organizations. *Journal of Management*.
<http://jom.sagepub.com/content/early/2010/01/26/0149206309350084.short>