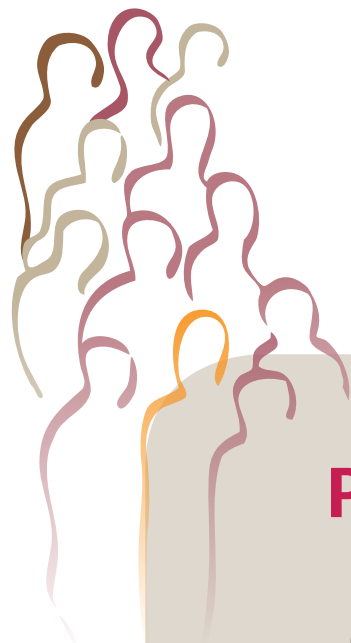




IVAP

HERRI ARDURALARITZAREN
EUSKAL ERAKUNDEA

Pertsonak eta Antolakunde Publikoak kudeatzeko Euskal Aldizkaria

Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas

N.º 17 zk.

JULIO-DICIEMBRE
UZTAILA-ABENDUA

2019

AZTERLANAK / ESTUDIOS

Agustín Garnica Cruz, Isabel Lozano Enguita y José María Recio Sáez de Guinoa

Formación y aprendizaje ante los nuevos retos de la Administración Pública

Josefa Cantero Martínez

A vueltas con las causas del pase a segunda actividad de los policías locales y su nuevo régimen de jubilación anticipada

Emma Rodríguez Rodríguez

La subrogación empresarial en los procesos de reversión de contratos y concesiones administrativas ante una Administración Pública digitalizada

BERRIKUNTZA eta JARDUNBIDE EGOKIAK / INNOVACIÓN y BUENAS PRÁCTICAS

Francisco Saavedra García y Ángel Iniesta Nicolás

Los institutos y escuelas de Administración Pública como centros de gestión del conocimiento para la innovación. La experiencia de EFIAP

Asier Gallastegui Fullaondo y Maider Gorostidi García

La regulación de conflictos en la Administración Pública como una oportunidad para la innovación: una propuesta aplicada

AZTERKETA eta EZTABAIDA JURIDIKOA / ANÁLISIS y DEBATE JURÍDICO

Jorge Fondevila Antolín

El cuestionable amparo de la jurisdicción social y la arbitrariedad en el acceso al empleo en las sociedades públicas

Joan Mauri Majós

El procedimiento de negociación y aprobación de los acuerdos colectivos en la función pública

Eduardo Enrique Taléns Visconti

El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral

EUKARRIZKETA / ENTREVISTA

Prof. Filip De Fruyt. Ganteko (Belgika) Unibertsitateko katedraduna Psikologia Diferentziala eta Nortasunaren Ebaluazioa saillean (*Elkarrizketatzailea / Entrevistador: Miel A. Elustondo - Zaldi Ero*)

JURISPRUDENTZIA / JURISPRUDENCIA

César Gallastegui Aranzabal. Deustuko Unibertsitatea/Universidad de Deusto

BIBLIOGRAFIA AUKERATUA / SELECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

Novedades bibliográficas

Irizpide irekiko politika eta egile-eskubideak

Aldizkari honek berehalako irispide irekian eta testu osoarekin eskaintzen ditu bere edukiak, ikerketaren emaitzetarako irispide librearen politikak ezagutza-trukea maila globalean areagotzen duelako printzipioan oinarrituta. Erabiltzaileek aldizkari honetako artikuluen testu osoak irakurri, deskargatu, kopiatu, banatu, inprimatu, bilatu edo lotu ditzakete, aurretik editorearen edo egilearen baimenik eskatu gabe. Hori bat dator «Budapest Open Access Initiative» (BOAI) delakoak irispide irekiaz egindako definizioarekin.

IVAPek kontserbatu egiten ditu argitaraturiko lanen ondare-eskubideak (copyright), eta lan horien berrerabilpena baimentzen eta sustatzen du, BY-NC-ND erabilera-lizentziaren pean.

Lanak aldizkariaren edizio elektronikoan argitaratzen dira, Creative Commons-en BY-NC-ND lizentziaren pean. Lanak kopiatu, erabili, zabaltu, transmititu eta erakutsi daitezke, honako baldintza hauek beteta: 1) egiletza eta argitalpenaren jatorrizko iturria aipatzea (aldizkaria, argitaletxea eta lanaren URLa); 2) helburu komertzialetarako ez erabiltzea; 3) erabilera-lizentzia eta berorren espezifikazioak aipatzea.



Política de acceso abierto y derechos de autor

Esta revista proporciona sus contenidos en acceso abierto inmediato y a texto completo, bajo el principio de que permitir el acceso libre a los resultados de la investigación repercute en un mayor intercambio del conocimiento a nivel global. Los usuarios pueden leer, descargar, copiar, distribuir, imprimir, buscar o enlazar los textos completos de los artículos en esta revista sin pedir permiso previo del editor o el autor. Esto está de acuerdo con la definición BOAI de acceso abierto.

El IVAP conserva los derechos patrimoniales (copyright) de las obras publicadas, y favorece y permite la reutilización de las mismas bajo la licencia de uso BY-NC-ND.

Las obras se publican en la edición electrónica de la revista bajo una licencia Creative Commons BY-NC-ND. Se pueden copiar, usar, difundir, transmitir y exponer públicamente siempre que: 1) se cite la autoría y la fuente original de su publicación (revista, editorial y URL de la obra); 2) no se usen para fines comerciales; 3) se mencione la existencia y especificaciones de esta licencia de uso.



El Instituto Vasco de Administración Pública no se identifica con los juicios y opiniones de los autores reproducidos en esta Revista

ISSN: 2173-6405

e-ISSN: 2531-2103

Lege gordailua/Depósito legal: BI - 247-2011

Diseinua/Diseño: Voice

Fotokonposaketa/Fotocomposición: Ipar, S.Coop.
Zurbaran, 2-4 - 48007 Bilbao

Erredakzio-kontseilua Consejo de redacción

Presidentea/Presidente

JOSÉ MARÍA PEIRO SILLA
 Catedrático de Psicología Social y de las Organizaciones
 de la Universidad de Valencia

Bokalak/Vocales:

Fulgencio ALEDO AMORÓS
 Licenciado en Psicología. Secretario de Coordinación y Gestión del IVAP
 José Luis ÁVILA ORIVE
 Doctor en Derecho. Profesor de la Facultad de Derecho de la
 Universidad de Deusto
 Juan María BARASORDA GOICOECHEA
 Licenciado en Derecho. Director de Función Pública del Gobierno Vasco
 M.ª Concepción CAMPOS ACUÑA
 Doctora en Derecho y Secretaria de Administración Local, Categoría
 Superior. Ayuntamiento de Vigo
 Juan Bautista DELGADO GARCÍA
 Doctor en Economía de la Empresa. Decano
 de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la
 Universidad de Burgos
 Jesús M.ª IMAZ MANZANOS
 Licenciado en Psicología. Responsable del Servicio de Calidad del
 Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz
 Rafael JIMÉNEZ ASENSIO
 Doctor en Derecho. Director de la Fundación Democracia y Gobierno
 Local. Profesor de Derecho Constitucional de la Universitat Pompeu Fabra
 Jon LANDETA RODRÍGUEZ
 Doctor en Ciencias Económicas y Empresariales.
 Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea
 Adela MESA DEL OLMO
 Zientzia Politikoa eta Administrazioan doktorea. Gizarte zientziak eta
 Komunikazio Fakultateko irakaslea EHUn.
 M. Carme NOGUER PORTERO
 Antolakuntzaren, Giza Baliabideen eta Administrazio Elektronikoen
 arduraduna Manlleuko udalean.
 Susana RODRÍGUEZ ESCANCIANO
 Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
 Universidad de León
 Enrique SACANELL BERRUECO
 Licenciado en Ciencias Políticas y Sociología. Evaluador senior de la
 Fundación Vasca para la Calidad (EUSKALIT). Consultor independiente
 Manuel VILLORIA MENDIETA
 Doctor en Derecho. Catedrático de Ciencia Política de la Universidad
 Rey Juan Carlos

Idazkaritza teknikoa (lanak nori bidali)/ Secretaría técnica (envío de trabajos)

Ainhoa Urien Martin
 (rvpop@ivap.eus)

Harpidetza/Suscripciones

argitalpenak-ivap@ivap.es

Aholku-Kontseilua Consejo Asesor

Juan Ignacio Apoita Gordo (Human Age Institute).
 David Arellano Gault (CIDE, México)
 Sabino Ayestarán Etxeberria (Universidad del País Vasco/Euskal Herriko
 Unibertsitatea)
 Íñigo Bilbao Oleaga (Ayuntamiento de Getxo)
 Xavier Boltaina Bosch (Universitat de Barcelona)
 Julia Bosse (EIPA Barcelona)
 Josefa Cantero Martínez (Universidad de Castilla La Mancha)
 Agustí Cerrillo Martínez (Universitat Oberta de Catalunya)
 Javier Cuenca Cervera (Universidad de Valencia)
 Marco Depolo (Università di Bologna)
 Manuel Fernández Ríos (Universidad Autónoma de Madrid)
 Joaquín Gairín Sallán (Universitat Autònoma de Barcelona)
 Carlos García Rivero (Universidad de Valencia)
 Sonia González Ubierna (Gobierno Vasco)
 Mikel Gorriti Bontigui (Gobierno Vasco)
 Alexander Heichlinger (EIPA Barcelona)
 Santiago Larrazábal Basáñez (Universidad de Deusto)
 José Antonio Latorre Galicia (Diputación de Alicante)
 Julia López López (Universitat Pompeu Fabra)
 Paulo Renato Lourenço (Universidade de Coimbra)
 Luís Francisco Maeso Seco (Universidad de Castilla La Mancha)
 Sigmar Malvezzi (Universidade de São Paulo)
 Isabel Martínez Díaz de Zugazua (UNED)
 Maite Martínez González (Universitat Autònoma de Barcelona)
 Rafael Martínez Martínez (Universitat de Barcelona)
 Rafael Martínez Puon (Uni. Nacional Autónoma de México)
 Vicente Martínez Tur (Universidad de Valencia)
 Joan Mauri Majós (Universitat de Barcelona)
 Miren Jaione Mondragón Ruiz de Lezana (Universidad del País Vasco/
 Euskal Herriko Unibertsitatea)
 Henry Alberto Mosquera Abadía (Universidad del Valle, Colombia)
 Lourdes Munduate Jaca (Universidad de Sevilla)
 Joseba Pérez de Heredia Arbígano (Diputación Foral de Álava)
 Guy Peters (University of Pittsburgh)
 Pilar Pineda Herrero (Universitat Autònoma de Barcelona)
 Katia Puente-Palacios (Universidade de Brasília)
 Carles Ramió Matas (Universitat Pompeu Fabra)
 José Ramos López (Universidad de Valencia)
 Martín Razquin Lizarraga (Universidad Pública de Navarra)
 Enma Rodríguez Rodríguez (Universidad de Vigo)
 Remedios Roqueta Buj (Universidad de Valencia)
 Miquel Salvador Serna (Universitat Pompeu Fabra)
 Juan Ignacio Sánchez (Florida International University)
 Joan Subirats Humet (Universitat Autònoma de Barcelona)
 Itxaso Trigueros Rojo (Ayuntamiento de Galdakao)
 Imanol Ulacia Aramendi (Universidad del País Vasco/Euskal Herriko
 Unibertsitatea)
 Gracia Vara Arribas (EIPA Barcelona)
 Aurelio Villa Sánchez (Universidad de Deusto)

IVAP

HERRI ARDURALARITZAREN
EUSKAL ERAKUNDEA

Pertsonak eta Antolakunde Publikoak
kudeatzeko Euskal Aldizkaria

Revista Vasca de Gestión de Personas
y Organizaciones Públicas



AURKIBIDEA SUMARIO

AZTERLANAK/ESTUDIOS

- pág. 8* **Agustín Garnica Cruz, Isabel Lozano Enguita
y José María Recio Sáez de Guinoa**
*Formación y aprendizaje ante los nuevos retos
de la Administración Pública*
- pág. 24* **Josefa Cantero Martínez**
*A vueltas con las causas del pase a segunda
actividad de los policías locales y su nuevo
régimen de jubilación anticipada*
- pág. 54* **Emma Rodríguez Rodríguez**
*La subrogación empresarial en los procesos
de reversión de contratos y concesiones
administrativas ante una Administración Pública
digitalizada*

BERRIKUNTZA eta JARDUNBIDE EGOKIAK/INNOVACIÓN y BUENAS PRÁCTICAS

- pág. 72* **Francisco Saavedra García y Ángel Iniesta Nicolás**
*Los institutos y escuelas de Administración
Pública como centros de gestión del
conocimiento para la innovación. La experiencia
de EFIAP*



- pág. 86* **Asier Gallastegui Fullaondo y Maider Gorostidi García**
La regulación de conflictos en la Administración Pública como una oportunidad para la innovación: una propuesta aplicada

AZTERKETA eta EZTABAIDA JURIDIKOA/ANÁLISIS y DEBATE JURÍDICO

- pág. 104* **Jorge Fondevila Antolín**
El cuestionable amparo de la jurisdicción social y la arbitrariedad en el acceso al empleo en las sociedades públicas
- pág. 130* **Joan Mauri Majós**
El procedimiento de negociación y aprobación de los acuerdos colectivos en la función pública
- pág. 150* **Eduardo Enrique Taléns Visconti**
El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral

ELKARRIZKETA/ENTREVISTA

- pág. 162* **Prof. Filip De Fruyt.** «Giza kapitalarekin ari gara lanean eta horretan jarri behar dugu arreta handiena»
(*Elkarrizketatzailea / Entrevistador:* Miel A. Elustondo – Zaldi Ero)

JURISPRUDENTZIA/ JURISPRUDENCIA

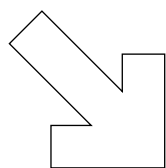
- pág. 172* **César Gallastegi Aranzabal**
Deustuko Unibertsitatea/Universidad de Deusto

BIBLIOGRAFIA AUKERATUA/ SELECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

- pág. 182* *Novedades bibliográficas*
- pág. 192* PERTSONAK ETA ANTOLAKUNDE PUBLIKOAK
KUDEATZEKO EUSKAL ALDIZKARIA ARGITARATZEKO
ARAUAK/
NORMAS DE PUBLICACIÓN
DE LA REVISTA VASCA DE GESTIÓN DE PERSONAS Y
ORGANIZACIONES PÚBLICAS
- pág. 200* PERTSONAK ETA ANTOLAKUNDE PUBLIKOAK
KUDEATZEKO EUSKAL ALDIZKARIAREN PRINTZPIO
ETIKOAK
PRINCIPIOS ÉTICOS PARA LA REVISTA VASCA DE
GESTIÓN DE PERSONAS Y ORGANIZACIONES
PÚBLICAS

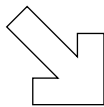


IVAP



IVAP

AZTERLANAK
ESTUDIOS



1 Agustín Garnica Cruz, Isabel Lozano Enguita y José María Recio Sáez de Guinoa
Formación y aprendizaje ante los nuevos retos de la Administración Pública
Training and Learning in the New Challenges of the Public Administration

2 Josefa Cantero Martínez
A vueltas con las causas del pase a segunda actividad de los policías locales y su nuevo régimen de jubilación anticipada
Grappling with the Causes for the Move to a Second Activity of Local Police Officers and their New Anticipated Retirement Scheme

3 Emma Rodríguez Rodríguez
La subrogación empresarial en los procesos de reversión de contratos y concesiones administrativas ante una Administración Pública digitalizada
The Business Succession in the Reversion Processes of Contracts and Administrative Concessions before a Digitalized Public Administration

FORMACIÓN Y APRENDIZAJE ANTE LOS NUEVOS RETOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA TRAINING AND LEARNING IN THE NEW CHALLENGES OF THE PUBLIC ADMINISTRATION

Agustín Garnica Cruz

Director del Instituto Aragonés
de Administración Pública
Gobierno de Aragón
agarnica@aragon.es

Isabel Lozano Enguita

Jefa de Sección de Formación del Instituto Aragonés
de Administración Pública.
Gobierno de Aragón
ilozano@aragon.es

José María Recio Sáez de Guinoa

Administrador Superior. Gobierno de Aragón.
Profesor Asociado de Área de Ciencia Política y de
la Administración de la Universidad de Zaragoza
jmrecio@aragon.es

Recibido: 03/09/2019

Aceptado: 07/11/2019

© 2019 IVAP. Este es un artículo de acceso abierto distribuido
bajo los términos de la licencia Creative Commons Reconoci-
miento – NoComercial – SinObraDerivada (by-nc-nd)



Laburpena: Zerbitzu publikoaren alorrean prestakuntzak erronka berriak aurkezten ditu testuinguru instituzional eta teknologiko berri batean. Prestakuntza eta trebakuntzak zerbitzu publikoan funtzio publikoaren erreforma eta modernizazioari buruzko eztabaidaren objektu hobetsia bezala finkatu da. Garapen eraginkorra lortzeko zailtasunak izan arren, Langile Publikoaren Oinarrizko Estatutuak gaur egungo trebakuntza-politika esparru publikoan berritzeko jarraitzen du: eredu estrategiko baten sorrera, irekia, zeharkakoa, eraldatzailea, egokitzen dena eta malgua, lankidetzarako prest, teknologikoki aurreratua eta partekatua, erakundeen arteko elkarlana eta baliabide erabilgarriak elkarberdintzea bultzatzen duena.

Gako-hitzak: prestakuntza, garapen profesionala, langile publikoaren oinarrizko estatutua, funtzio publikoa, teknologia berriak, erakundeen arteko koordinazioa eta elkarlana

Resumen: La formación en el ámbito de la función pública presenta nuevos retos en un nuevo contexto institucional y tecnológico. La formación y capacitación en el servicio público se ha consolidado como objeto preferente del debate sobre la reforma y modernización de la función pública. A pesar de las dificultades en su efectivo desarrollo, el Estatuto Básico del Empleado Público continúa constituyendo una oportunidad para la renovación de la actual política de formación en el ámbito público: la configuración de un modelo estratégico, abierto, transversal, transformador, adaptativo y flexible, colaborativo, tecnológicamente avanzado y compartido, que propugna la colaboración institucional y la mutualización de los recursos disponibles.

Palabras clave: formación, desarrollo profesional, estatuto básico del empleado público, función pública, nuevas tecnologías, coordinación y colaboración institucional.

Abstract: Training in the field of public service presents new challenges in a new institutional and technological context. The training and capacitation in the public service has been consolidated as a preferential subject of the debate on the reform and modernization of the public service. The Basic Statute of the Public Employee continues to constitute an opportunity for the renewal of the current training policy in the public sphere, despite the difficulties in its effective development: the configuration of a strategic, open, transversal, transformative, adaptive and flexible, collaborative, technologically advanced and shared framework, that promotes institutional collaboration and mutualization of the available resources.

Keywords: training, professional development, basic statute of the public employee, public service, new technologies, institutional coordination and collaboration.

Sumario

1. Situación de partida: el contexto ha cambiado...—2. Una función pública competente y preparada para prestar a la ciudadanía servicios públicos de calidad.—3. El modelo formativo actual en las Administraciones Públicas españolas.—4. Política formativa y Estatuto Básico del Empleado Público.—5. La formación como elemento clave del sistema de gestión de las personas en las organizaciones públicas.—6. Perspectivas y propuestas: hacia un modelo flexible basado en el aprendizaje permanente sobre la gestión de conocimiento.—7. Conclusiones.—8. Referencias bibliográficas

1. Situación de partida: el contexto ha cambiado...

La función pública de nuestros días afronta nuevos desafíos. El dinamismo social, los avances tecnológicos o la propia configuración institucional convierte el contexto actual en el que se insertan las Administraciones públicas en profundamente cambiante y dinámico (Cf. Ramió, 2018). Este nuevo contexto plantea nuevas oportunidades para el desarrollo de la política formativa en las Administraciones públicas.

En el 2018, existían más de 1000 millones de páginas web. El camino se inició cuando Tim Berners-Lee presentó su idea en un documento del 12 de marzo de 1989, dando lugar a la primera comunicación entre un cliente y un servidor usando el protocolo HTTP en noviembre de 1989¹. YouTube.com se activó el 14 de febrero de 2005. El primer video en YouTube se subió el 23 de abril de 2005: «Me at the Zoo» muestra al cofundador Jawed Karim en el Zoológico de San Diego. El 9 de octubre de 2006, se anunció que Google compraba YouTube por 1,65 miles de millones de dólares. Los primeros anuncios se lanzaron en agosto de 2007. Actualmente, cada minuto se suben 300 horas de vídeo y son vistas 3,25 miles de millones de horas de video al mes. Más de la mitad de las visitas a YouTube provienen de dispositivos móviles. En promedio, las sesiones en los móviles duran más de 40 minutos y se contabilizan mil millones de visualizaciones de video en móviles al día².

Por su parte, la aparición de los MOOCs³ han comportado un antes y un después en la infraestructura de aprendizaje. El primer MOOC fue el curso «Connectivism and Connective Knowledge» organizado

por George Siemens y Stephen Downs en la University of Manitoba (Canadá) en agosto de 2008⁴. En el 2016, el número de usuarios que se matricularon en, al menos, un curso MOOC fue de 35 millones, el doble respecto al año anterior. En esta misma fecha, había más de 4.000 MOOCs activos en todo el mundo a través de diferentes plataformas⁵. Las instituciones educativas españolas no han sido una excepción en este proceso⁶. A pesar de ello, la evolución y consolidación de este formato educativo todavía debe confirmarse.

No obstante, la perspectiva debe ser, ante todo, necesariamente actitudinal. En este sentido, se ha propuesto superar el concepto tradicional de formación laboral y promover el aprendizaje permanente como valor organizativo: construir una «organización que aprende», donde la capacitación se configura como un valor integrado en la cultura organizativa. Se ha señalado que el aprendizaje, más que un resultado, es una actitud. La Unión Europea aprobó en el año 2006 una Recomendación, formulada por el Parlamento Europeo y el Consejo, «sobre las competencias clave para el aprendizaje permanente», dirigida, entre otros objetivos, a que los adultos puedan desarrollar y actualizar sus competencias clave mediante una oferta coherente y completa de aprendizaje permanente. Entre dichas competencias clave se incluyó la de «aprender a aprender», que consiste en «la habilidad para iniciar el aprendizaje y persistir en él, para organizar su propio aprendizaje y gestionar el tiempo y la información eficazmente, ya sea individualmente o en grupos». Según el mencionado documento, «esta competencia conlleva ser consciente del propio proceso de aprendizaje y de las necesidades de aprendizaje de cada uno, determinar las oportunidades disponibles y ser capaz de superar los obstáculos con el fin de culminar el aprendizaje con éxito». Actualmente esta Recomendación de 2006 ha

sido sustituida, desde el año 2014, por el programa Erasmus⁷.

La Organización Internacional del Trabajo también dedicaría su atención a esta cuestión. Su Recomendación 195 de 1994 estuvo dedicada al «desarrollo de los recursos humanos y la formación». Esta recomendación incorporó igualmente el «aprendizaje permanente» entre los desafíos relativos a este campo, como un derecho de todos los seres humanos: «la consecución del aprendizaje permanente debería basarse en un compromiso explícito por parte de los gobiernos, de invertir y crear las condiciones necesarias para mejorar la educación y la formación en todos los niveles; por parte de las empresas, de formar a sus trabajadores y, por parte de las personas, de desarrollar sus competencias y trayectorias profesionales (art. 4 b). En dicha recomendación se define «aprendizaje permanente» como todas aquellas actividades de aprendizaje realizadas a lo largo de la vida con el fin de desarrollar las competencias y cualificaciones (art. 2a). Dicho documento señala que «al contrario de unas décadas atrás, cuando la tendencia dominante era hacia la especialización, hoy parece necesario contar con una serie de competencias básicas, transversales y actitudinales que habilitan tanto para actuar en ambientes de trabajo con menor grado de control y situaciones imprevistas que deben resolverse sobre la marcha, como para «navegar» en un mercado de trabajo difícil y competitivo. El desarrollo de habilidades como iniciativa, creatividad, capacidad de emprendimiento, pautas de relacionamiento y cooperación ha de ir acompañado por las nuevas competencias técnicas requeridas, que son relativamente menos específicas que en el pasado; idiomas, informática, razonamiento lógico, capacidad de análisis e interpretación de códigos diversos, etc. Con relación a la especialidad tecnológica, la actualización es, cada vez más, adquirida en el propio trabajo y algunas empresas prefieren tomarlas a su cargo. El aprendizaje en el lugar del trabajo así como el autoaprendizaje, facilitados por las oportunidades que ofrecen las Tecnologías de la Información y la Comunicación «se extienden rápidamente requiriendo fuertes transformaciones en las metodologías y prácticas formativas».

Por su parte, el Diccionario de competencias del Gobierno de Aragón (2011) incluyó al «aprendizaje permanente» entre las competencias transversales del personal de esta Administración, común a todas las personas que trabajan en ella, y la define como «aquella competencia que consiste en mantenerse al día en su conocimiento profesional, actualizando sus conocimientos de acuerdo con la evolución tecnológica o social en la que trabaja». La persona que ostenta esta competencia «mantiene una actitud abierta

hacia su propio aprendizaje, conoce sus limitaciones intelectuales y busca completar el conocimiento de sus déficits. Supone curiosidad por saber sobre temas nuevos y utilizar estrategias para ampliar el conocimiento. Incluye la capacidad de capitalizar la experiencia de otros y la propia, propagando el «saber hacer» adquirido» (Embidi *et al*, 2011).

La consolidación de una cultura de aprendizaje permanente comporta un presupuesto necesario para la implantación de un modelo de gestión del conocimiento dentro de cada Administración. La gestión del conocimiento se configura, en este nuevo contexto, como una herramienta clave para el desarrollo organizativo y el desarrollo de las personas que prestan servicios en cualquier organización (Rodríguez Gómez, 2006). La gestión de conocimiento se configura, así como valor estratégico, que permite a la organización promover valor organizativo a través del conocimiento acumulado y articular una cultura del conocimiento en el seno de la misma. Y ello es así especialmente, en los modelos de carrera funcional, denominados «de carrera administrativa», como el español, en los que el funcionario accede a la función pública, en la mayoría de los casos, en su juventud y permanece a lo largo de toda su carrera profesional en el seno de la misma organización. Ello comporta que el desarrollo y política formativa resulte, especialmente, en este modelo, una clave estratégica del éxito organizativo. La inversión en formación resulta una inversión plenamente reversible.

Pero la relevancia del modelo formativo exige una reflexión sobre su adecuación a las necesidades que presentan las organizaciones y personas que trabajan en las Administraciones públicas españolas. Esta reflexión ha sido compartida por el debate doctrinal y limitadamente afrontada por el legislador administrativo. Han transcurrido más de diez años desde la promulgación del Estatuto Básico del Empleado Público, tiempo que permite sin duda, un primer balance de situación.

2. Una función pública competente y preparada para prestar a la ciudadanía servicios públicos de calidad

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) ha dedicado una reciente recomendación a la formación en el ámbito del sector público. Adoptada el 17 de enero de 2019 por el Con-

sejo, a propuesta del Comité de Gobernanza Pública, la recomendación parte de la convicción de que «un servicio público profesional, competente y responsable es un motor fundamental de la confianza de los ciudadanos en las instituciones públicas». El documento recomienda la instauración, en el seno de la función pública, de una cultura y un liderazgo orientado por los valores de servicio público. Esta recomendación formula catorce principios dirigidos a identificar aquello que permite capacitar al servicio público para realizar los objetivos y responsabilidades actuales y futuras, mediante la promoción de la eficacia y la calidad del servicio a la ciudadanía (OCDE, 2019).

Entre las propuestas que incorpora este documento podemos destacar aquellas que se refieren especialmente al ámbito de la formación en el empleo público. El documento propone «invertir en la capacidad y competencia del servicio público con la finalidad de desarrollar un servicio público eficaz y digno de confianza» (ap. III). En concreto, formula las siguientes iniciativas:

1. La identificación continua de las habilidades y competencias necesarias para «transformar la visión política en servicios que generen valor a la sociedad». En particular, asegurando un elenco adecuado de competencias, habilidades directivas y especialización técnica que permitan cambiar la naturaleza del trabajo en el servicio público, revisando y actualizando periódicamente las habilidades y competencias requeridas, con base en la información suministrada por el personal público y la ciudadanía, para adaptarse al cambio tecnológico y a las necesidades de la sociedad a la que sirven y alineando los procesos de la gestión de las personas con las habilidades y competencias identificadas.
2. Atraer y retener personal con las habilidades y competencias requeridas por el mercado de trabajo; en particular, posicionando el servicio público como un empleador atrayente que promueva una «marca» que apele a los valores de las personas candidatas, a la motivación y al orgullo de contribuir al bien público.
3. Reclutar, seleccionar y promover a las personas candidatas a través de procesos transparentes, abiertos y de mérito, con la finalidad de garantizar un tratamiento justo e igualitario.
4. Desarrollar las competencias y aptitudes necesarias para crear una cultura y un contexto propicio al aprendizaje en el seno de la función pública, especialmente, a través de convertir el desarrollo profesional de los empleados y empleadas públicas una función esencial del

respectivo responsable jerárquico y animarles a aprovechar el conjunto de competencias del personal, animar y motivar al conjunto de los empleados públicos a participar activamente en su desarrollo y aprendizaje permanente y ofrecerles oportunidades reales para hacerlo valorar en diferentes enfoques y contextos de aprendizaje, dependiendo del perfil, competencias, ambición y capacidades del empleado o empleada.

5. Evaluar, recompensar y reconocer el desempeño, el talento y el espíritu de iniciativa.

Este documento viene a confirmar que la formación en el conjunto del contexto comparado constituye un elemento central en el debate sobre la reforma de las Administraciones públicas y de la gestión pública en general. Este mismo debate ha concurrido en otros múltiples contextos del ámbito europeo y, en concreto, en países como Francia (Le Bris, 2008) o Bélgica (Op de Beeck, S. Hondeghem, 2010). España no ha sido una excepción en este proceso: la formación en la función pública ha sido objeto de relevante interés en el debate doctrinal (Jiménez Asensio, 2010).

3. El modelo formativo actual en las Administraciones Públicas españolas

El modelo de formación en las Administraciones públicas actuales se ha articulado, en términos generales, sobre los elementos siguientes:

Por una parte, la influencia del “modelo INAP” (con una clara inspiración francesa) en la configuración organizativa de los centros de formación del personal de la Administración pública en España. Un cierto isomorfismo institucional se ha plasmado también en el ámbito de la formación funcional, consolidándose este modelo en el conjunto de Administraciones públicas autonómicas. Es un modelo articulado sobre un instituto o escuela al que se atribuyen las competencias de gestión de la formación del personal de la respectiva Administración pública. Por tanto, se trata de un modelo fuertemente centralizado en el que la mayoría de las competencias formativas se concentran en un solo organismo, del que depende el desarrollo del modelo formativo en su conjunto. Este modelo presenta múltiples ventajas, pero al mismo tiempo, algunas desventajas, como ha demostrado la experiencia.

Entre las principales ventajas, destaca la fuerte homogeneidad del sistema que permite una gestión centralizada de las actividades formativas. Ello promueve una oferta formativa marcada por la universalidad y por una cierta uniformidad. También permite una mayor especialización en el desarrollo de la función formativa en el seno de la Administración pública.

No obstante, este modelo presenta también desventajas. La concentración de las funciones en materia formativa en un único organismo de la Administración provoca la falta de integración del modelo formativo en todos los niveles del conjunto de la organización pública, dificultando la consolidación de un modelo integrado de formación en las Administraciones públicas. Como hemos señalado, el aprendizaje permanente debe constituir un valor transversal de cualquier organización que pretenda adaptarse a los cambios y prestar el mejor servicio posible a la ciudadanía.

Por otra parte, el modelo de gestión de la formación en el ámbito español se caracteriza por una elevada fragmentación. La creación de una escuela de administración pública por Comunidad Autónoma y en muchas Administraciones locales, sin olvidar la proliferación de escuelas de formación de alcance específico, tales como las escuelas para la formación de los cuerpos locales de policía y bomberos, ha provocado dificultades en la integración del conjunto del modelo en lo relativo a la política formativa en la función pública. En este sentido, el papel de coordinación del Instituto Nacional de Administración Pública no ha sido suficientemente explotado. Se han realizado algunas experiencias de cooperación interadministrativa, tales como el proyecto COMPARTIR⁸, pero su efectividad y permanencia en el tiempo ha sido desigual.

Por otra parte, existe una elevada diversidad en la dotación de recursos humanos y materiales otorgados a cada escuela o instituto de administración pública. Tal dotación se encuentra determinada no sólo por la dimensión de cada Administración pública, sino también por la propia dinámica organizativa experimentada en cada una de ellas así como, en su caso, por la prioridad otorgada a la política formativa en el conjunto de las políticas públicas.

Sin duda, uno de los mecanismos que ha propiciado una mayor integración del sistema y ha favorecido la consolidación de una política formativa en España han sido los sucesivos acuerdos para la formación para el empleo en el ámbito de las Administraciones Públicas. Esta es una de sus principales fortalezas, la promoción de una mínima planificación formativa en el seno de la política de recursos humanos de las Administraciones públicas españolas al tiempo que ga-

rantiza la financiación básica para llevar a cabo dicha planificación formativa.

Pero este modelo también ha demostrado algunas debilidades. No ha logrado evitar la tendencia más bien común en el conjunto de las Administraciones públicas a formular una oferta formativa «de catálogo», esto es, basada en un modelo de oferta conformada por un conjunto de «cursos de formación», no siempre articulados con una mínima sistematicidad y coherencia interna, dirigidos a un destinatario indefinido o universal y en el que el empleado público decide, bajo su propio criterio e interés puramente personal, qué actividad formativa realizar. A ello haremos referencia más adelante.

Por otra parte, el modelo de financiación anual de los acuerdos para la formación para el empleo en el ámbito de las Administraciones Públicas también ha propiciado una política formativa vinculada prioritariamente a la financiación, de un marcado carácter anual, lo que dificulta la planificación a medio y largo plazo de la oferta formativa. La incertidumbre sobre la efectiva financiación dificulta, en este sentido, la consolidación de un modelo de política formativa estratégico y a largo plazo. Ello ha llevado a los acuerdos de formación para el empleo a promover el carácter plurianual de las iniciativas. No obstante, su virtualidad práctica no ha alcanzado el nivel deseable al día de hoy.

En términos generales, el modelo formativo imperante en el conjunto de las Administraciones públicas españolas tiene un marcado carácter generalista, si bien con excepciones. La inexistencia de modelos avanzados de gestión de las personas (inexistencia de evaluación del desempeño o de una adecuada descripción de los puestos de trabajo) dificulta la necesaria adaptación de la política formativa a las necesidades de desarrollo del personal, tanto a nivel organizativo como a nivel individual⁹.

La fragmentación institucional en el ámbito de la política de formación en las Administraciones públicas tiene, por otra parte, su trasunto en la elevada fragmentación territorial de la financiación de esta política¹⁰.

Todo ello ha llevado a la doctrina española a revisar críticamente el actual modelo formativo en el ámbito público. Algunos autores, incluso, reconocen que nuestro actual modelo de formación es un «modelo agotado» (Jiménez Asensio, 2010). A pesar de las debilidades advertidas, lo cierto es que el actual modelo formativo ha permitido el acceso a una oferta formativa de calidad al conjunto del personal de las Administraciones públicas y ha propiciado la consolidación de una política formativa establecido en este ámbito.

4. Política formativa y Estatuto Básico del Empleado Público

Como es sabido, el Estatuto Básico del Empleado Público constituye en la actualidad la norma básica estatal de articulación de los modelos de empleo público del conjunto de las Administraciones públicas españolas. El texto vigente de esta norma es el texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (TRLEBEP, en adelante), que se aprobaría ocho años más tarde de la promulgación de la versión inicial incorporada al ordenamiento jurídico español por la Ley 7/2007, de 12 de abril.

Si el tratamiento de la materia formativa en la normativa precedente ha sido, con carácter general, anecdótica¹¹, la situación no ha cambiado significativamente con la promulgación de la nueva legislación básica en materia de función pública. El TRLEBEP ha tratado sólo marginalmente a la formación del personal de la Administración pública.

Si bien es cierto que la nueva regulación de la función pública aportada por el TRLEBEP incorpora importantes elementos relativos a formación que constituyen un necesario punto de partida para el presente y futuro de la política formativa en la función pública española.

Lo cierto es que las previsiones sobre formación en el TRLEBEP son escasas aunque sistemáticamente significativas. La configuración en el EBEP de la formación como un derecho-deber de los empleados públicos permite un acercamiento a la cuestión muy ilustrativa (Jiménez Asensio, 2010). Por una parte, el artículo 14.g) del texto refundido reconoce a todos los empleados públicos (no sólo, por tanto, al personal funcionario) «a la formación continua y a la actualización permanente de sus conocimientos y capacidades profesionales, preferentemente en horario laboral». Por su parte, el artículo 55, dedicado a los principios de conducta que deben informar la actuación del personal empleado público (también, igualmente, incluyendo al personal laboral), se refiere al deber de mantener actualizada su formación y cualificación.

La formación también se incluye como elemento de configuración del nuevo modelo de carrera profesional. En concreto, en la regulación del nuevo modelo de carrera horizontal, se prevé como elemento de valoración para la progresión en la misma (art. 17.b) TRLEBEP). Por lo que se refiere a la carrera vertical, esto es, aquella que “consiste en el ascenso en la estruc-

tura de puestos de trabajo por los procedimientos de provisión” (art. 16 TRLEBEP), aunque no existe mención expresa, parece sobreentenderse de la definición del concurso.

Pero, en este punto, debe criticarse que la nueva regulación de la formación del legislador básico no ha sido capaz de superar de forma taxativa un modelo formativo basado exclusivamente en la carrera profesional, en el que una de las principales motivaciones para el acceso a la oferta formativa por parte del personal empleado público es la valoración de la formación en los procesos de provisión. Ello comporta múltiples debilidades en el sistema de desarrollo profesional. Por una parte, a falta de una adecuada articulación de la carrera horizontal, la ley sigue incentivando que la elección, por parte del empleado, de la oferta formativa se base más en la perspectiva de los futuros puestos a desempeñar que en el puesto que desempeña actualmente (en la circunstancia de «a dónde quiere moverse» que en el «qué necesito para hacer mejor mi trabajo»). Quizás sea esta una de las principales virtualidades de la nueva regulación de la carrera horizontal que el TRLEBEP propone: la superación de la carrera profesional exclusivamente basada en el cambio de puesto para favorecer una progresión profesional basada en el desarrollo profesional efectivo y en el desempeño del puesto.

Por otra parte, se trata de una formación de carácter meramente voluntaria, basada en la participación en los concursos de méritos; un modelo en el que la formación es una de las principales contraprestaciones a la valoración de los méritos en los procedimientos de concurso de méritos. ¿La formación restringida a la carrera profesional puede considerarse como una solución global? El análisis de las debilidades del sistema de desarrollo profesional de naturaleza meramente voluntaria supera el objeto de esta reflexión, pero debe traerse a colación. Por ello, la configuración de la formación como un deber del personal empleado público abre nuevas perspectivas y permite afrontar una superación de esta debilidad inicial. La configuración de la formación como un deber, tanto en la Comisión de Expertos como en el propio cuerpo normativo.

Por tanto, si el modelo tradicional en la formación en la función pública española ha sido un modelo formativo basado en la oferta, la configuración normativa de la formación en el TRLEBEP permite la configuración más coherente de la política formativa sobre un modelo basado en la demanda, esto es, articulado en las necesidades de desarrollo profesional identificadas desde la perspectiva de la organización, del puesto de trabajo y del propio individuo (McGehee y Thayer, 1986, citado por Silva Ardanuy, 2011).

No obstante, sin perjuicio de esta debilidad de partida (quizás más cultural que de orden puramente normativo), la amplitud y la flexibilidad que caracteriza a la estructura normativa que aporta el TRLEBEP permite ofrecer un escenario normativo capaz de afrontar la renovación del modelo formativo de la Administración pública. Y ello, por varias razones. En primer lugar, porque permite un amplio margen de desarrollo normativo a favor de las Comunidades Autónomas (y del Estado, en cuanto a su personal), para concretar el modelo de función pública más apropiado a las necesidades. En segundo lugar, porque anticipa (sin condicionarlas) múltiples iniciativas que permiten afrontar cambios relevantes en el modelo de función pública, tales como la implantación de un nuevo modelo de desarrollo profesional, pivotado sobre la nueva regulación de la carrera profesional, o la mejora de los procesos de gestión de las personas (por ejemplo, la evaluación del desempeño o la movilidad y provisión de puestos de trabajo). Por tanto, el desarrollo del TRLEBEP puede suponer una oportunidad para afrontar la renovación de la política formativa de las Administraciones públicas. Desgraciadamente, más de una década después de la promulgación de la ley en su versión inicial, los avances no han sido suficientemente satisfactorios (la norma básica sólo ha sido desarrollada en cinco Comunidades Autónomas y dicho desarrollo ha sido ralentizado en mayor o menor medida)¹². No obstante, todavía hoy el TRLEBEP sigue siendo un marco normativo suficientemente ambicioso para encarar la mejora del modelo¹³.

5. La formación como elemento clave del sistema de gestión de las personas en las organizaciones públicas

No parece necesario subrayar la relevancia de la formación en el modelo de gestión de las personas de cualquier organización y, especialmente, de una organización pública. Especialmente, como hemos señalado, en un modelo como el español que se articula sobre el sistema que tradicionalmente se ha venido denominando como sistema de carrera administrativa, en el que el funcionario público accede a la función pública a una edad generalmente joven y desarrolla toda su carrera profesional en el seno de una misma organización pública, asumiendo progresivamente puestos de trabajo de mayor responsabili-

dad y retribución. En este modelo, el desarrollo profesional se hace clave para lograr una gestión eficaz de las personas en tanto que la organización es la fuente principal de provisión de recursos formativos.

La formación comporta múltiples utilidades a las organizaciones y a las personas que trabajan en ellas (Pineda, 2002):

- Permite alcanzar un desempeño efectivo a nivel organizativo, de puesto de trabajo y del propio individuo.
- Promueve la motivación y la satisfacción personal.
- Conformar cultura organizativa y promueve los valores corporativos.
- Permite desarrollar nuevas competencias personales y profesionales.
- Favorecen el dinamismo y la adaptabilidad de la organización a su entorno.

La formación comporta igualmente una vía privilegiada para la inculcación de los valores corporativos y de la misión y visión de la organización.

Dada la importancia de la formación en el sistema de desarrollo profesional, no puede hablarse de una auténtica renovación del modelo de función pública sin la debida atención a la política formativa en las Administraciones públicas. Así lo recuerda el informe de la Comisión de Expertos constituida para la elaboración del Estatuto Básico del Empleado Público, que señala que «no puede existir una buena Administración allí donde el sistema de empleo público es deficiente. Por ello, el régimen jurídico aplicable a los empleados públicos debe hacer posible la selección de los mejores candidatos y una compensación por su trabajo que estimulen su dedicación al servicio público, así como la formación más apropiada para atenderlo» (Comisión de Expertos EBEP, 2005). En este mismo sentido, dicho informe señala que «la formación profesional continua y el reciclaje profesional de todos los empleados públicos ha constituido de siempre una necesidad imprescindible en orden a conseguir sus objetivos permanentes de eficacia y de modernización. Pero acaso hoy en día su necesidad sea aún más sentida, dada la rápida evolución de los conocimientos y de las tecnologías de la información y de las comunicaciones y, con ello, de los requerimientos de la Administración a sus empleados. La formación constituye un factor relevante para incrementar la productividad de cada empleado público y de la organización en su conjunto. Este objetivo es esencial para alcanzar los niveles de competitividad a que debe aspirar un país como el nuestro, en el marco de la Unión Europea —que viene recalando estas necesidades— y en la dinámica de la globalización» (Comisión de Expertos EBEP, 2005).

Pero el gran reto que se presenta al modelo de formación en las Administraciones públicas es el de transformar el actual modelo, basado en la oferta (los empleados públicos eligen qué actividades formativas realizar a partir de una oferta establecida), para dar paso a un modelo basado en la demanda, esto es, adaptado a las necesidades reales de desarrollo profesional del personal empleado público. Este cambio de perspectiva exige un replanteamiento del modelo imperante en las Administraciones públicas que no sólo afecta al ámbito formativo, sino que debe alcanzar al conjunto del modelo de función pública. En este sentido, debe recordarse que la política formativa no es sino un eslabón más de la cadena de elementos que forman el modelo.

Un modelo basado en la demanda exige una revisión de múltiples elementos del sistema, tales como la carrera profesional, la evaluación del desempeño o la provisión de puestos de trabajo.

Por lo que se refiere a la carrera profesional y en la línea que parece propugnar el Estatuto Básico del Empleado Público (cf. art. 16 y ss.), la carrera profesional debe convertirse en un auténtico itinerario de desarrollo profesional. Si la carrera profesional se ha configurado tradicionalmente como una garantía del personal funcionario para el acceso a nuevos puestos de trabajo, la regulación del TRLEBEP impone nuevas perspectivas a esta concepción tradicional, especialmente en lo que afecta a la nueva modalidad de carrera horizontal. Es cierto que la nueva regulación básica de la materia adolece de un carácter excesivamente «funcional» y reduce la carrera profesional horizontal a «la progresión de grado, categoría, escalón u otros conceptos análogos, sin necesidad de cambiar del puesto de trabajo», más que a un auténtico desarrollo de las competencias profesionales. El legislador podría haber sido más explícito en este punto ya que la verdadera justificación del nuevo modelo de carrera profesional es, precisamente, el desarrollo profesional del personal funcionario.

Sin duda, uno de los elementos clave para la articulación de una política formativa basada en la demanda es la consolidación de sistemas de gestión del desempeño. El TRLEBEP hace referencia al término «evaluación del desempeño», incluyendo el término «desempeño», a nuestro parecer, más adecuado que otros conceptos también utilizados en la materia, tales como «rendimiento» o «productividad». El término «desempeño» hace referencia, no sólo al resultado de la actividad profesional de la empleada o empleado público, sino también a la forma de realizar esa actividad, incluyendo, por tanto, la conducta profesional. Así lo señala expresamente la propia norma cuando define el concepto de «evaluación

del desempeño»: «la evaluación del desempeño es el procedimiento mediante el cual se mide y valora la conducta profesional y el rendimiento o el logro de resultados» (art. 20 TRLEBEP). No obstante, el legislador podría haber aprovechado esta oportunidad para incorporar un concepto de «evaluación del desempeño» más acorde con su aplicación como herramienta de desarrollo profesional de los empleados públicos, por ejemplo, incorporando el concepto más que de «evaluación», el de «gestión del desempeño». Se hubiera explicitado de esta forma que la llamada «evaluación del desempeño» no es un instrumento dirigido exclusivamente a «evaluar» a la empleada o empleado público, sino especialmente para favorecer su desarrollo profesional.

La gestión del desempeño constituye, en este sentido, un presupuesto necesario para consolidar en las Administraciones públicas españolas un modelo de política formativa basada en la demanda, ya que esta herramienta permite una detección eficaz de las necesidades formativas.

Por otra parte, el análisis y descripción de los puestos de trabajo ha sido una asignatura pendiente en la mayoría de las Administraciones públicas, con loables excepciones (Gorriti, 2007). La inexistencia de prácticas consolidadas en análisis y descripción de puestos de trabajo comporta una dificultad añadida para una correcta evaluación de necesidades formativas derivadas del puesto de trabajo. Una adecuada descripción de puestos de trabajo permitiría mejorar los procesos de detección de necesidades de desarrollo vinculados al puesto de trabajo. Si la evaluación del desempeño resulta crucial para la identificación de las necesidades formativas vinculadas a la persona, la descripción del puesto lo es respecto a las necesidades formativas vinculadas al puesto.

6. Perspectivas y propuestas: hacia un modelo flexible basado en el aprendizaje permanente sobre la gestión de conocimiento

El contexto señalado permite perfilar una serie de notas sobre la que puede sustentarse una renovación del modelo formativo en las Administraciones públicas españolas.

a) Un modelo estratégico basado en la visión organizativa

La orientación estratégica de la política formativa debe constituir un elemento clave en la renovación del modelo. Ya se han puesto de manifiesto los efectos positivos de un modelo como el de los acuerdos de formación continua o para el empleo de las Administraciones públicas en el ámbito formativo. Ha favorecido la consolidación de una cierta tendencia de planificación en la política formativa de las Administraciones públicas españolas y ha permitido la articulación de una participación institucional efectiva en este ámbito. No obstante, la propia evolución y la articulación de estos acuerdos, así como la inercia en la implantación de los mismos han consolidado un modelo formativo muy volcado en la anualidad. Aunque se han realizado progresos en esta materia y destacan múltiples iniciativas para evitar este fenómeno, todavía existe una tendencia general al carácter cortoplacista de los diferentes planes de formación.

Por ello, se hace necesario avanzar en reforzar una perspectiva más estratégica y más orientada a las necesidades futuras de la planificación de la formación en el ámbito público. En la elaboración de la planificación de las acciones formativas se hace necesaria una reflexión previa (que no se circunscribe al ámbito de responsabilidades del respectivo órgano gestor de la formación sino que trasciende a la organización en su conjunto), sobre la visión de la organización (¿a dónde se dirige la organización?) y, a partir de esta reflexión, determinar qué necesidades de desarrollo profesional concurren para los profesionales que prestan servicios en la misma, articulando a partir de ahí los correspondientes itinerarios formativos¹⁴. Se trata de adoptar estrategias de planificación sobre la pregunta ¿qué necesitarán los profesionales que trabajan en la organización, en los próximos años? (a cinco, diez, quince años de perspectiva temporal). En este sentido, es posible consolidar una planificación de carácter plurianual, que permita, en la línea señalada, articular itinerarios formativos coherentes y dilatados en el tiempo, que ofrezcan al personal empleado público una progresión en la oferta formativa adaptada a sus necesidades de desarrollo personal y profesional.

Es conocida la relevancia del aprendizaje y la formación interna en el proceso de cambio organizativo y de conformación de la visión de la organización. Por ello, resulta especialmente conveniente incorporar en el proceso de planificación de la política formativa los elementos transversales de la planificación estratégica de la organización con objeto de que se inte-

gren transversalmente en el modelo de aprendizaje. En este sentido, la formación constituye un medio privilegiado para incorporar y consolidar la visión, misión y valores de la organización en su conjunto.

b) Modelo abierto que aprovecha todo el potencial de recursos disponibles

La política formativa de las Administraciones Públicas permite aprovechar las amplias posibilidades que ofrece el contexto actual, donde la oferta formativa se ha diversificado enormemente. Las nuevas tecnologías de la información y el propio sector de la formación ofrecen múltiples oportunidades para aprovechar todo ese potencial. Variadas experiencias en este ámbito se han desarrollado en el conjunto de las Administraciones públicas, donde la colaboración público-privada ha comportado un balance satisfactorio. Por otra parte, el conocimiento interno de las Administraciones públicas constituye un recurso prioritario para la promoción de la actividad formativa y la gestión de conocimiento.

En este sentido, las nuevas posibilidades que se abren con la formación abierta y la autoformación constituye un elemento que puede reorientar la actual política formativa en las Administraciones públicas de nuestro contexto¹⁵. La consolidación del modelo MOOC de autoformación permite un acceso prácticamente ilimitado a una oferta formativa mucho más diversa y, por lo tanto, más adaptada a las necesidades reales de cada individuo.

No obstante, la formación abierta presenta también inconvenientes, que deben ser matizados por la política interna de formación de las respectivas administraciones públicas. Se trata de una formación universal y, por tanto, en la línea antes señalada, no adaptada la misión y visión concreta de cada organización. Además, en determinados ámbitos formativos, la formación abierta no permite el desarrollo efectivo de las competencias que la formación pretende desarrollar. Por ello, la formación presencial y el entrenamiento individual y grupal sigue constituyendo una modalidad formativa irrenunciable.

Este nuevo entorno, caracterizado por una amplia oferta formativa de acceso libre determina una cierta variación en el papel de las escuelas e institutos de administración pública. Entre sus nuevos roles, se incorpora el papel de curador/a de la información, que facilita la identificación y puesta a disposición de los empleados públicos de aquella oferta formativa de formato abierto que pueda resultar útil tanto desde el punto de vista de las necesidades individuales, como

del de las derivadas del puesto de trabajo y de la organización en su conjunto.

c) **Modelo transversal que configura al aprendizaje como valor organizativo**

El aprendizaje permanente constituye un valor esencial de cualquier organización que busca la excelencia en la consecución de sus objetivos institucionales. El contexto dinámico en el que nos encontramos exige, cada vez de forma más intensa, la convicción de que el aprendizaje debe ser activo y permanente y constituir, en la línea señalada, un valor esencial de la organización (y, sin duda, de las personas que la integran). Sólo una organización que aprende, con personas que aprenden activamente, es capaz de afrontar sus propios desafíos estratégicos. Una organización sólo aprende cuando aprenden las personas que la integran.

La Recomendación del Consejo de Liderazgo en el Servicio Público de 19 de enero de 2019, ya mencionada, aboga por desarrollar en las organizaciones públicas «una cultura y contexto de aprendizaje en el servicio público», identificando al desarrollo profesional como una tarea clave de desarrollo de cualquier directivo público respecto al personal colaborador sobre el que resulta responsable. El reciente documento pone en valor la necesaria implicación del conjunto de la línea jerárquica de la organización, tanto en el diseño como en la propia implantación de la política formativa. El desarrollo de las personas que trabajan en la Administración debe constituir, en este sentido, una responsabilidad para cualquier persona de la organización con personas colaboradoras a su cargo.

La formación ha dejado de ser un acontecimiento aislado, para pasar a configurarse como un proceso permanente y contextual (Barrera-Corominas, 2018). El contexto laboral se convierte así, en el ámbito propio del proceso de aprendizaje¹⁶, superando un modelo formativo «recluido en el aula». La transferencia al puesto exige que la formación se enmarque en la organización y el puesto. El modelo de «formación en el puesto» se convierte así en la máxima expresión de esta perspectiva (Navío, 2007).

d) **Modelo transformador, especialmente orientado a la transferencia al puesto de trabajo**

Sin duda, la transferencia al puesto constituye uno de los principales retos de la política formativa en el conjunto de las Administraciones públicas. La transfe-

rencia de la formación al puesto es definida como el grado en que las personas participantes han aplicado los conocimientos, habilidades y actitudes adquiridas en un contexto de formación para el trabajo (Balwin y Ford, 1988 citado por Pineda, n.d.). Se han realizado múltiples iniciativas para propiciar la evaluación de dicha transferencia de la formación al puesto de trabajo (GIPE, 2011). No obstante, el reto de la transferencia de la formación al puesto sigue constituyendo un elemento clave en el desarrollo de la política formativa.

En primer lugar, el carácter eminentemente voluntario de la oferta formativa, predominante en las Administraciones públicas españolas, hace depender el acceso a la oferta formativa de la iniciativa personal de cada empleado o empleada pública. A ello se añade la inexistencia de herramientas de identificación de necesidades de desarrollo que permitan a cada individuo poder conocer, más allá de su propia intuición o autoconocimiento, sus propios requerimientos formativos. Por ello, en un modelo como el que se ha consolidado en el conjunto de las Administraciones públicas españolas, la principal motivación para el acceso a la oferta formativa es la valoración de la formación en los procedimientos ordinarios de provisión de puestos de trabajo. Esta circunstancia hace variar el criterio de elección de la oferta formativa, ponderándose en mayor medida la formación que permite acceder a nuevos puestos que la realmente necesaria para el correcto desempeño del puesto que efectivamente esté desempeñando cada empleado o empleada pública.

La configuración de un nuevo sistema de carrera profesional más focalizado en el desempeño del puesto de trabajo (modalidad de carrera horizontal) y no tanto en el cambio de puesto de trabajo (modalidad de carrera vertical) propicia un modelo formativo más dirigido a la efectiva transferencia de la formación al puesto de trabajo.

En este sentido, la evaluación del proceso formativo debe enfocarse especialmente en la calidad del servicio prestado a la ciudadanía. Sin perjuicio de la necesidad de identificar como indicador de evaluación el desarrollo producido en las habilidades y competencias de la empleada o empleado público, se torna necesaria una estrecha vinculación entre desarrollo y calidad del servicio.

e) **Modelo adaptativo y flexible: una formación centrada en las necesidades reales de las personas**

La política formativa debe configurarse a partir de la identificación de las necesidades de desarrollo del

personal destinatario. Como hemos señalado, la evaluación del desempeño constituye una herramienta necesaria para lograr un modelo de identificación de necesidades formativas consolidado y estable. Por ello, se torna especialmente relevante la implantación de sistemas de evaluación del desempeño que favorezcan su utilidad como herramienta de desarrollo profesional. La configuración de itinerarios formativos permite, en este mismo sentido, sistematizar la oferta formativa para adaptarlo a las necesidades concretas de desarrollo de cada profesional. No obstante, un modelo más adaptado a las necesidades individuales exige una oferta formativa más amplia y diversificada. Por ello, resulta muy conveniente ampliar las posibilidades de acceso a una oferta formativa más amplia a través de la disponibilidad de recursos formativos compartidos o mutualizados, especialmente en la modalidad semipresencial o de teleformación.

Esta adaptabilidad se plantea en múltiples aspectos. No sólo en cuanto a la materia objeto de la acción formativa, aspecto muy relevante en la eficacia en la transferencia al puesto de la formación realizada, también en otros aspectos, tales como la modalidad y horario de impartición (presencial, semipresencial o en la modalidad de teleformación).

Un importante número de recursos formativos utilizados por las personas que trabajan en las actuales organizaciones proceden del aprendizaje informal y de recursos abiertos en la Red (Instituto Andaluz de Administración Pública, 2017). Como se ha señalado, la cada vez más amplia oferta que suministra la Red (por ejemplo, a través de la información suministrada en blogs o en webs con contenidos audiovisuales (como YouTube), permite el acceso a recursos formativos en abierto en muy diverso formato y temática. En este sentido, la pluralidad de oferta formativa permite favorecer la individualización de los recursos formativos a disposición del personal, posibilitando su acceso a una oferta cada vez más diversa y especializada.

La flexibilidad en el acceso a la oferta formativa comporta múltiples ventajas tanto para el personal como para la propia organización. En términos generales, facilita la adaptación de la oferta a las necesidades individuales. Pero existen más ventajas. Para quienes participan en la formación, promueve la conciliación de las responsabilidades profesionales y la vida personal y familiar con la formación, permite una mayor accesibilidad a la oferta formativa, particularmente a los colectivos especialmente vulnerables y garantiza la igualdad en las condiciones de acceso a la formación, con independencia del lugar de procedencia o del perfil profesional. Para la propia organización, permite optimizar los recursos formativos, facilita adaptar la oferta formativa a la demanda de

recursos formativos y limita los sesgos de acceso a la formación.

f) **Modelo colaborativo**

Sólo de forma colaborativa, el conocimiento de una organización se gestiona adecuadamente. En la actualidad, las herramientas de aprendizaje social están cobrando un nuevo impulso. La creación de comunidades de aprendizaje y comunidades de práctica (Barrera-Corominas, 2018) o la consolidación de los postulados del *Social Learning* o del *Open Social Learning* (Bingham y Bingham, 2010) han propiciado una perspectiva metodológica basada en la participación y en la colaboración¹⁷. Esta perspectiva metodológica es especialmente pertinente en contextos educacionales de adultos con relevante experiencia profesional, como es el propio de las Administraciones públicas.

En este nuevo contexto metodológico, el papel del docente se ve profundamente modificado. El constructivismo social se ha consolidado como paradigma de la metodología educativa, especialmente en la educación de adultos. El protagonismo en el proceso de aprendizaje ha pasado del profesorado al alumnado. El papel del docente cambia en este nuevo marco pedagógico: ya no es mero transmisor de conocimientos, se convierte en facilitador del proceso de aprendizaje que realiza el propio alumnado. Al docente le corresponde, más que determinar apriorísticamente los contenidos y la estructura del proceso de aprendizaje, impulsar la autonomía e iniciativa del alumnado, promoviendo, a través del desafío pedagógico, que éste indague en el conocimiento, en muchos casos, haciendo preguntas que necesitan respuestas reflexionadas así como la reflexión entre los propios alumnos.

En este sentido, la creación de comunidades de práctica en la Administración Pública se configura como una herramienta muy útil para el aprendizaje colaborativo (Fernández-de-Álava y Barrera-Corominas, 2013) y, al propio tiempo, para la favorecer la gestión del conocimiento interno en la organización. Este tipo de herramientas es, hoy en día, una práctica consolidada en muchas Administraciones públicas (Martínez Marín, 2013) y existen también experiencias de carácter interadministrativo¹⁸. Por otra parte, las Comunidades de práctica favorecen la transferencia del resultado del aprendizaje al puesto (Barrera-Corominas, 2018).

En el desarrollo de las herramientas metodológicas de carácter colaborativo, la utilización de las nuevas tecnologías de la información y comunicación se tor-

nan especialmente útiles (*vid.* Hernández Martín y Olmos Migueláñez, 2011).

g) **Modelo tecnológicamente avanzado**

Como hemos señalado, las nuevas tecnologías plantean nuevas oportunidades en la formulación de la política formativa. Sin duda, la implantación de las TIC en el ámbito de la formación del personal empleado público proporciona nuevas herramientas muy útiles desde el punto de vista de la eficacia de la formación (Comisión de las Comunidades Europeas, 2000).

La evolución de la implantación de estas tecnologías en el ámbito formativo ha sido, en este sentido, patente (Adell, 2004). Dicha implantación se ha traducido en múltiples manifestaciones, desde los denominados MOOCs (Massive Open On-line Course), las *píldoras formativas* o las experiencias de *gamificación* y *M-Learning* (IAAP, 2017). En este sentido, las nuevas tecnologías permiten perfeccionar las metodologías didácticas tradicionales, favoreciendo especialmente, el aprendizaje autónomo, el trabajo colaborativo y su aplicación al puesto de trabajo (por ejemplo, a través de la utilización de los denominados *artefactos digitales* o las redes sociales) (IAAP, 2017).

No obstante, el verdadero reto que presenta la implantación de las nuevas tecnologías en la política formativa es de naturaleza metodológica. Sin duda, en el diseño formativo lo verdaderamente relevante será la capacidad para desarrollar contenidos y diseñar metodología de aprendizaje más que la tecnología en sentido estricto (González Arechabaleta, 2005). Se han ofrecido múltiples opciones metodológicas para propiciar la adecuada implantación tecnológica en el diseño formativo. Entre ellas, podemos citar la utilización de los denominados «objetos de aprendizaje» que permiten adaptar la oferta formativa a las necesidades concretas de cada individuo (Wagner, 2002).

h) **Modelo compartido: la necesaria mutualización de recursos entre Administraciones públicas**

La consolidación del Estado Autonómico ha permitido la articulación de una planificación formativa más adaptada a las necesidades propias de cada Administración. La amplia autonomía que, en la configuración de la política formativa, disponen las diferentes Administraciones públicas permite la articulación de

un modelo formativo más adecuado a las necesidades concretas de cada organización.

No obstante, existen necesidades que pueden resultar comunes al conjunto o a parte de la Administraciones públicas y que pueden ser compartidos por aquellas. Por ello, parece recomendable profundizar en los mecanismos de mutualización de recursos formativos entre Administraciones públicas. Los sucesivos acuerdos han reforzado los mecanismos de coordinación interadministrativa en esta materia. El IV Acuerdo de Formación para el Empleo de las Administraciones Públicas de 9 de marzo de 2018 prevé la figura de los planes interadministrativos, destinados a la formación de personal empleado público de varias Administraciones públicas (art. 9). Se prevé igualmente la creación de comisiones de coordinación «en el ámbito de las Comunidades Autónomas y Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, que sirvan de punto de encuentro, coordinación y cooperación interadministrativa y permitan el intercambio de información sobre planes interadministrativos y aquellas otras iniciativas formativas que se consideren oportunas» (art. 11).

A pesar de tales iniciativas, todavía las experiencias de mutualización son algo anecdótico. El grado de implantación de planes interadministrativos entre Administraciones autonómicas es prácticamente inédito¹⁹. Se han ofrecido iniciativas, tales como el ya mencionado proyecto COMPARTIR, impulsada por el Instituto Nacional de Administración Pública, que pretenden ofrecer un espacio en el que puedan compartirse recursos formativos entre Administraciones públicas, aunque el desarrollo de su implantación no se ha generalizado.

En este sentido, y con independencia del resultado más o menos satisfactorio de la experiencia precedente, la mutualización de recursos resulta ineludible tanto desde el punto de vista de la eficacia de la formación como desde la perspectiva de la eficiencia de los recursos. Esta mutualización, asumida también en otros países de nuestro entorno²⁰, puede articularse de múltiples fórmulas.

Por una parte, a través del reforzamiento del papel de coordinación del Instituto Nacional de Administración Pública, especialmente en lo relativo a la promoción de actividades formativas y planes conjuntos entre las diferentes Administraciones públicas. Este papel de coordinación ya se encuentra recogido en las funciones que se atribuyen a este organismo. En concreto, el Estatuto del Instituto Nacional de Administración Pública, aprobado por Real Decreto 464/2011, de 1 de abril, incluye, entre las funciones atribuidas al INAP, la de «colaboración y la cooperación en actividades formativas con las escuelas,

institutos y centros de formación de empleados públicos de las comunidades autónomas y de las entidades de la Administración local, así como de sus asociaciones» (art. 3.i). Igualmente se propone como función de este Instituto, «la cooperación con las escuelas e institutos europeos de formación de empleados públicos» (art. 3.p). Incluso se prevé que se atribuya al Instituto Nacional de Administración Pública la «formación, en el marco de los planes de formación interadministrativa y en los términos previstos por las disposiciones vigentes, del personal de otras Administraciones» (art. 3.b). La coordinación puede articularse a través de los ya citados planes interadministrativos, en tanto que permite que planificación conjunta de tales acciones.

Por otra parte, dicha mutualización también puede articularse a través de la promoción de planes interadministrativos entre varias Administraciones públicas a su propia iniciativa. Este medio de colaboración permite que varias Administraciones autonómicas puedan desarrollar planes conjuntos para la promoción y organización de actividades formativas de común interés. A esta posibilidad se refiere expresamente el artículo 9 del Acuerdo de Formación para el Empleo de las Administraciones Públicas de 9 de marzo de 2018, que señala que «las Comunidades Autónomas y las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla podrán promover planes interadministrativos a través de los órganos destinados por éstas para participar en la Comisión General de Formación para el Empleo de las Administraciones Públicas».

7. Conclusiones

La formación constituye un elemento esencial en la configuración de un servicio público de calidad. La capacitación del personal empleado público se torna clave para afrontar los retos que presenta el nuevo contexto social. La realidad social dinámica y cambiante exige organizaciones públicas y empleados públicos en proceso constante de aprendizaje y capacitación. Ello comporta que la política formativa constituya una prioridad en el desarrollo del modelo de gestión de las personas en las Administraciones Públicas.

El modelo configurado por el Estatuto Básico del Empleado Público y su desarrollo, todavía incipiente en muchas Administraciones públicas, constituye una

oportunidad para afrontar también una renovación del modelo de formación del personal empleado público (vid. Villoria Mendieta y Del Pino Matute, 2009). Un modelo que supere una visión de la formación meramente vinculada a la participación en los procedimientos de provisión de puestos de trabajo para promover un modelo en el que la formación y la capacidad constituyen un valor transversal en el conjunto de la organización.

Este cambio se articula no sólo a nivel organizativo, a través de la implantación de un modelo integrado de formación, que permita identificar al sistema de desarrollo profesional como un elemento transversal en los diferentes niveles organizativos (organización, puestos y personas), sino también, a través de la consolidación de una cultura de aprendizaje permanente.

Las nuevas tecnologías de la información y comunicación aportan nuevas oportunidades en la configuración de la política formativa. Permiten una mayor adaptación de la oferta a las necesidades formativas de las personas que trabajan en la organización y, al propio tiempo, promueven una mejor compatibilidad entre el acceso a la oferta y las responsabilidades derivadas de la actividad profesional y de la vida personal y familiar. Por otra parte, las nuevas tecnologías permiten la implantación de innovaciones metodológicas muy útiles para el proceso de aprendizaje.

Entre otras, una adecuada gestión del conocimiento en el marco de las organizaciones públicas exige la promoción de una visión colaborativa del aprendizaje, especialmente indicada en el aprendizaje de adultos. Múltiples herramientas de trabajo colaborativo se han desarrollado en el ámbito de las Administraciones públicas, entre las que pueden destacarse las comunidades de práctica o las redes sociales corporativas. En este sentido, la implantación tecnológica puede favorecer en gran medida el desarrollo de estas herramientas.

Por otra parte, la mutualización de los recursos formativos favorece la creación de nuevas oportunidades en el desarrollo de la política y la oferta formativa. En este sentido, la adecuada articulación, tanto en su vertiente intra como en la interadministrativa, de la política formativa se configura como un auténtico reto en la consolidación de una política coherente y sistemática en este ámbito del modelo de función pública. El modelo organizativo consolidado en el ámbito de las Administraciones públicas españolas genera un elevado riesgo de excesiva fragmentación de la oferta. El favorecimiento de mecanismos de colaboración y cooperación en la materia permitiría un redimensionamiento de dicha oferta, así como una mayor

eficacia y eficiencia en el empleo de los recursos formativos. La experiencia comparada permite confirmar esta impresión.

8. Referencias bibliográficas

- Adell, J. (2004). Nuevas tecnologías en la formación presencial: del curso *on line* a las comunidades de aprendizaje. *Revista Currículum* (17), 57-76.
- Barrera-Corominas, A. (2018). *Comunidades de práctica en la Administración Pública*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Bingham, T. y Bingham M. (2010). *The New Social Learning. A Guide to Transforming Organizations Through Social Media*. Alexandria Virginia: ASTD Press.
- Cauden J. (2009). Quid du Rapport Le Bris sur la formation des fonctionnaires?. *Les cahiers de la fonction publique*, abril 2009, 26-27.
- Chaves García, J.R. (2014). Perspectivas del empleo público autonómico en un contexto de reforma administrativa. En Rodríguez Campos, S. (dir.) (2014), *El empleo público en tiempo de reformas*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Comisión de las Comunidades Europeas (2000). *Comunicación de la Comisión, e-Learning – Concebir la educación del futuro*. Bruselas: Comisión de las Comunidades Europeas.
- Comisión de Expertos EBEP (2005). *Informe de la comisión para el estudio y preparación del estatuto básico del empleado público*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- DGAFP. (2017). *L'action des PFRH. Plantes-formes régionales d'appui interministériel à la gestion des ressources humaines*. Paris: Ministerio de la Función Pública.
- Embid Ibáñez, O. et al. (2011). *Gestión por competencias en la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón*. Zaragoza, España: Departamento de Presidencia del Gobierno de Aragón, 107.
- Fernández-de-Álava, M. y Barrera-Corominas, A. (2013). Communities of practice as a mechanism of learning from others: the value of informal learning to organizations, *Global Journal on Technology* (3) 1040-1045.
- GIPE (2011): *Informe de evaluación de la eficacia de la formación en la Administración pública española —ETAPE— (Aragón)*, Barcelona, España: Universidad Autónoma de Barcelona.
- González Arechabaleta, M. (2005). Cómo desarrollar contenidos para la formación *on line* basados en objetos de aprendizaje. *RED – Revista de Educación a Distancia*, N.º Extra 3, 2005, 2.
- Hernández Martín, A. y Olmos Migueláñez, S. (eds.) (2011). *Metodologías de aprendizaje colaborativo a través de las tecnologías*. Salamanca, España: Ediciones Universidad de Salamanca.
- Instituto Andaluz de Administración Pública (2017). *Libro Blanco sobre metodologías innovadoras de formación en la Administración Pública. Innovación Metodológica y nuevos roles de formación en las organizaciones del Siglo XXI*. Sevilla, España: Instituto Andaluz de Administración Pública.
- Jiménez Asensio, R. (2010). La formación de los empleados públicos tras el EBEP: ¿cambio de paradigma?. *Revista Vasca de Administración Pública*, (87-88), 637-688.
- Le Bris, R.F. (2008). *Propositions pour une réforme de la formation des agents de l'Etat*, Paris, Francia: Mission sur la formation des agents de l'Etat.
- Martínez Marín, (coord.) (2013). *Compartim eines i processos per al treball col·laboratiu*. , Barcelona, España: Generalitat de Catalunya.
- Martínez Marín, J. (2015). *El trabajo colaborativo en la Administración. Aportaciones del programa Compartim*. Barcelona, España: Generalitat de Cataluña, Departamento de Justicia.
- McGehee, W.E. y Thayer, P. (1986). *Capacitación, adiestramiento y formación profesional*, México D.F., México: Limusa.
- Navío, A. (2007). Estrategias formativas en el puesto de trabajo. *Formación XXI*, n.º 7
- Noguer Portero, M.C. (2007). *La Gestió dels recursos humans per competències: una experiència municipal*. Papers de recerca, Barcelona, España: Generalitat de Catalunya – Escola d'Administració Pública de Catalunya, 10.
- OECD, Recommendation of the Council on Public Service Leadership and Capability, OECD/LEGAL/0445
- Op de Beeck, S. Hondegheem, A. (2010). *Competency management in the Belgian Federal Government*. Lovaina, Bélgica: Public Management Institute – Universidad de Lovaina.
- Pineda, P. (2002). *Gestión de la formación en las organizaciones*. Barcelona, España: Ariel, 256.
- Pineda, P. (n.d.). *Evaluación de la eficacia de la Formación en la Administración Pública Española —ETAPE—. El modelo FET. Aragón*. Barcelona, España: Universidad Autónoma de Barcelona.
- Ramió Matas, C. (2018). *Inteligencia artificial y Administración pública: Robots y humanos compartiendo el servicio público*. Madrid, España: Catarata.
- Rodríguez Gómez, D. (2006). Modelos para la creación y gestión del conocimiento: una aproximación teórica. *Educación* (37) 25-39.

Silvia Ardanuy, F.M. (2011). Política de formación en las Administraciones públicas y programas de detección de necesidades formativas. *Nuevas políticas públicas. Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas* (7), 45.

Villoria Mendieta, M. y Del Pino Matute, E. (2009). *Dirección y gestión de recursos humanos en las Administraciones Públicas*. Madrid, España: Tecnos.

Wagner, E. (2002). The new frontier of Learning object design. *eLearning Developer's Journal*, Junio 17.

nuevo modelo de organización y recursos humanos en la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco. *Presupuesto y gasto público*, 245-270). También en el marco de la implantación de sistemas de evaluación del desempeño, se advierten múltiples experiencias. Puede citarse, por ejemplo, el caso del Gobierno del Principado de Asturias (vid. Salgado, J.F. y Cabal, Ángel L. (2011). Evaluación del Desempeño en la Administración Pública del Principado de Asturias: Análisis de las Propiedades Psicométricas. *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones*, vol. 27, num. 2, agosto 2011, 75-91).

10 Vid. al respecto del reparto competencia en materia de financiación de la formación de los empleados públicos, SsTC 228/2003, de 18 de diciembre, 225/2012, de 29 de noviembre y 7/2013, de 17 de enero de 2013.

11 Prueba de ello es la escasa atención que ha merecido la formación para la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública y su normativa de desarrollo.

12 Chaves García se refiere, en este sentido, a la «agonía del EBEP por inanición» (Chaves García, 2014).

13 Se ofrecen, al respecto, no pocas experiencias de innovación en el ámbito de la gestión de personas en las Administraciones Públicas, tanto en el ámbito estatal, autonómico como local. En el marco del ámbito local, puede citarse la experiencia del Ayuntamiento de Manlleu; vid. Noguera Portero, M.C., 2007.

14 Una vez más, el ámbito formativo es uno de los elementos más relevantes en el planteamiento estratégico de la organización. Afrontar el cambio en la organización comporta la adopción de estrategias en los diferentes ámbitos del modelo de gestión de las personas, tales como la estructura organizativa, la provisión de puestos de trabajo, la carrera profesional, el ámbito retributivo o la política de relaciones laborales.

15 Podemos citar, en este sentido, la implantación de múltiples espacios de formación abierta a través de Internet en diferentes escuelas e institutos de administración pública, tales como la oferta de MOOCs incluida en el espacio FORMA2 del Instituto Nacional de Administración Pública (<http://forma2.inap.es> —consultado el 21 de julio de 2019) o el «ECLAP Virtual» de la Escuela de Administración Pública de Castilla y León (<http://eclapvirtual.jcyl.es/moodle/>—consultado el 21 de julio de 2019).

16 Vid. Bosch Font, F. (1996). El aprendizaje laboral en el puesto de trabajo. *Economistas*, Año N.º 14 (71), págs. 50-56.

17 En relación con este ámbito formativo y, concretamente, respecto a la experiencia «Compartim» en la Generalitat de Cataluña, vid. Martínez Marín, 2015. En la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón se han realizado diversas iniciativas de trabajo y aprendizaje colaborativo; puede señalarse, en este sentido, la reciente Comunidad de práctica sobre metodología en las actividades de teleformación, convocado por Resolución de 19 de noviembre del Director del instituto Aragonés de Administración Pública (BOA n.º 234, de 4 de diciembre de 2018).

Notas

1 Romero, S. «El número de páginas web supera ya los mil millones», Revista «Muy Interesante», edición digital. Accesible a través del siguiente enlace: <https://www.muyinteresante.es/tecnologia/articulo/el-numero-de-paginas-web-supera-ya-los-mil-millones-951410948785> (consultado 15 de enero de 2019)

2 Información del blog de «Bandwatch.com» (consultado: 15 de enero de 2019).

3 Siglas del término inglés «Massive Open On-line Course». El término castellano equivalente podría ser CAEM (Curso Abierto En línea Masivo).

4 Luján-Mora, S. (2012). MOOC: Breve (muy breve) historia de los MOOCs, en <http://desarrolloweb.dlsi.ua.es/cursos/2012/que-son-los-moocs/videos#breve-muy-breve-historia-moocs>, citado por Pernías Peco, P. y Luján Mora, S. (2013). Los MOOC: orígenes, historia y tipos, *Comunicación y Pedagogía*, 269-270,

5 Diario «La Vanguardia», edición digital del 3 de septiembre de 2018. La plataforma «Miríadax» (Telefónica Educación Digital) es la primera plataforma iberoamericana de MOOC en español y portugués, en la que existen actualmente más de 4,8 millones de alumnos registrados y acumula más de 700 cursos ofrecidos por más de cien universidades e instituciones y más de dos mil profesores

6 Cf. Sánchez, B. (2018). La universidad española sí innova (y lo hace a través de los MOOC), edición digital del Diario «El País» de 14 de agosto de 2018.

7 https://ec.europa.eu/programmes/erasmus-plus/node_es (consultado el 19 de julio de 2019).

8 El proyecto COMPARTIR se inició en el año 2012 con la finalidad de compartir recursos docentes entre Administraciones públicas.

9 Se ha desarrollado relevantes experiencias en la implantación de metodologías de análisis de puestos en diferentes Administraciones españolas (por ejemplo, en el Gobierno Vasco, vid. Gorriti Bontigui, M. (2005). El

- 18 Como ejemplo más paradigmático, cabe mencionar aquí la iniciativa del «INAP Social», impulsado por el Instituto Nacional de Administración Pública. En el ámbito autonómico se han desarrollado múltiples experiencias en este sentido. A modo de ejemplo, podemos citar la Comunidad de Aprendizaje Profesional (CAP), creada por la Administración Pública del Principado de Asturias, con fines específicamente dirigidos al aprendizaje profesional.
- 19 No es así en otros niveles de gobierno, como el local, en el que la planificación interadministrativa es mucho más frecuente.
- 20 Vid. la experiencia en la Administración francesa de las Plataformas regionales de apoyo interministerial para la gestión de los recursos humanos: DGAFP (2017). *L'action des PFRH. Plates-formes régionales d'appui interministériel à la gestion des ressources humaines*. Paris: Ministerio de la Función Pública.

A VUELTAS CON LAS CAUSAS DEL PASE A SEGUNDA ACTIVIDAD DE LOS POLICÍAS LOCALES Y SU NUEVO RÉGIMEN DE JUBILACIÓN ANTICIPADA*

GRAPPLING WITH THE CAUSES FOR THE MOVE TO A SECOND ACTIVITY OF LOCAL POLICE OFFICERS AND THEIR NEW ANTICIPATED RETIREMENT SCHEME

Josefa Cantero Martínez
Profesora Titular de Derecho Administrativo. UCLM
Josefa.cantero@uclm.es

Recibido: 25/04/2019

Aceptado: 03/06/2019

© 2019 IVAP. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia Creative Commons Reconocimiento – NoComercial – SinObrasDerivada (by-nc-nd)



Laburpena: Lan honen xedea ez da besterik hausnarketa bat egi-tea baino, udaltzainen erretiroen gaineko araudi berriak beraien plantilletan izan dezakeen inpaktuari buruz, hain zuzen ere, bigarren ekintza deiturikoa. Udaltzainen koordinaziorako lege autonomiko ezberdinek aurreikusi dute egoera administratibo honetara igarotzea adinaren arrazoiagatik, edo poliziak bere baldintza psikiko eta fisikoak gutxiagotuta dituzten kasuetan. Hala ere, erregulazio hauek oso eskasak dira eta zaharkituta gelditu dira. Horrez gain, gainjear-tzeak, hutsune juridikoak eta interpretazio arazoak sortu dituzte; ju-risprudenzia irtenbidea ematen ari direnak, oso era kasuistikoan.

* Este trabajo tiene su origen en la conferencia titulada «La reglamentación de la segunda actividad y el impacto de la jubilación anticipada de los policías locales», pronunciada el día 20 de febrero de 2019 en el marco del *Seminario de Relaciones Colectivas sobre la reducción de la edad de jubilación de los policías locales* organizado por la Federación de Municipios de Cataluña.

1449/2018 Errege Dekretuaren onarpenak, abenduaren 14koak, on-dorio garrantzitsuak izan ditzakete erakunde honetan, edukietatik hutsik baita uztea ere. Arazo hauei erkidegoen legedi berrienetan nola aurre egiten zaien aztertzen da. Aipamen berezia dute, zentsu honetan, eta gaineratzen duten nobedadeengatik, euskal eta valen-tziar legediak. Hartzen diren neurriak funtzionarioko langileen esku-bideak Udalen antolakuntza-beharrekin orekatzeko, horrek haus-narketa bat merezi du.

Gako-hitzak: bigarren jarduera, administrazio-egoerak, lanpos-tuak, funtzionario-eskubideak.

Resumen: El objeto de este trabajo no es otro que realizar una reflexión sobre el impacto que la nueva normativa sobre jubila-ción de los policías locales puede tener en sus plantillas y, más concretamente, en la llamada segunda actividad. Las distintas le-gislaciones autonómicas sobre coordinación de las policías lo-cales han previsto el pase a esta situación administrativa por razón de edad o cuando el policía tenga mermadas sus condi-ciones psíquicas o físicas. Sin embargo, estas regulaciones son muy escuetas y se han quedado desfasadas, provocando sola-pamientos, lagunas jurídicas y problemas interpretativos que es-tán siendo solucionados por la jurisprudencia de una forma muy casuística. La aprobación del Real Decreto 1449/2018, de 14 de diciembre, puede tener importantes repercusiones en esta insti-tución, hasta dejarla incluso vacía de contenido. Se analiza cómo se afrontan estos problemas en algunas de las más recientes le-gislaciones autonómicas. De especial interés resultan, en este sentido y por las novedades que introducen, la legislación vasca y la valenciana. Las medidas que se adoptan para armonizar los derechos del personal funcionario con las necesidades organiza-tivas de los Ayuntamientos bien merecen una reflexión.

Palabras claves: segunda actividad, situaciones administrativas, puestos de trabajo, derechos funcionariales.

Abstract: The purpose of this work is none other than to reflect on the impact that the new regulations on retirement of local police officers may have on their staff and, more specifically, on the so-called second activity. The different regional laws on coordination of local police have foreseen the move to this situation by reason of age or when police officers have their physical or psychological conditions diminished. However, these regulations are very con-cise and have become outdated, causing overlaps, loopholes and interpretative problems that are being solved by jurisprudence in a very casuistic way. The approval of Royal Decree 1449/2018, of December 14, can have important repercussions in this institution, even leaving it devoid of content. We analyze how these problems are addressed in some of the most recent regional legislations. Of special interest are, in this sense and by the novelties that they introduce, Basque and Valencian legislations. The measures adopted to harmonize the rights of civil servants with the organiza-tional needs of municipalities are well worthy of reflection.

Keywords: second activity, administrative situations, jobs, rights of civil servants.

Sumario

I. Introducción: la segunda actividad de los policías locales y el nuevo marco de anticipación de su edad de jubilación.—II. Un problema previo para abordar el tema: la dispersión y complejidad de sus fuentes. Sus consecuencias.—III. La configuración de la situación administrativa de segunda actividad en nuestro ordenamiento jurídico. Especial referencia a los puestos que pueden ser ocupados en la segunda actividad y a las potestades organizativas del Ayuntamiento.—IV. Los supuestos habilitantes del pase a la segunda actividad. 1. La disminución de las condiciones físicas o psíquicas. A) Los problemas para delimitar esta institución de la declaración de incapacidad permanente total. B) La incapacidad permanente absoluta, gran invalidez y segunda actividad. C) La nueva línea jurisprudencial: incompatibilidad entre la segunda actividad y la pensión por incapacidad permanente total. D) El reingreso al servicio activo. ¿Existe un camino de ida y vuelta entre la incapacidad permanente total y el pase a segunda actividad? 2. La edad del policía local. A) El nuevo régimen de jubilación establecido en el Real Decreto 1449/2018, de 14 de diciembre. B) Su posible impacto sobre la segunda actividad. 3. El pase con ocasión de embarazo o lactancia. ¿Es oportuno el mantenimiento de esta causa?—V. Bibliografía.

I. Introducción: la segunda actividad de los policías locales y el nuevo marco de anticipación de su edad de jubilación

La segunda actividad es una institución administrativa que pretende dar respuesta a una situación exclusivamente personal e individualizada en la que puede encontrarse el policía local. Su finalidad no es otra que garantizar que los servicios de la Policía Local que prestan los Ayuntamientos se desarrollan sólo por funcionarios que cuentan en todo momento con una adecuada aptitud psicofísica que les permite desempeñar de forma eficiente las funciones de su cuerpo.

Ello es así porque sus funciones son eminentemente operativas y, en ocasiones, arriesgadas y peligrosas, por lo que requieren para su desempeño determinadas aptitudes psicofísicas en sus integrantes que, naturalmente, se van perdiendo con la edad o simplemente porque suceden determinadas circunstancias que limiten sus capacidades¹. En la medida en que este colectivo tiene objetivamente un mayor grado de exposición a situaciones de riesgo y peligrosidad en el desempeño de sus funciones, no es extraño que se produzcan situaciones sobrevenidas de falta de aptitudes psicofísicas para llevarlas a cabo. Siendo consciente de ello, el legislador ha introducido la institución de la llamada «segunda actividad», que en cierta manera viene a contrarrestar la situación de desigualdad que se produciría en relación con el resto de empleados públicos en función de ese mayor rigor en la exigencia de condiciones para el acceso a estas profesiones y para el mantenimiento en las mismas cuando se producen dismi-

nuciones de sus aptitudes. Esta institución permite a estos funcionarios el pase a otras actividades, a la ocupación de otro puesto de trabajo, cuando vean sensiblemente disminuidas sus aptitudes para el normal desempeño de su función.

Esta particular naturaleza de sus funciones determina directamente las especialidades que se establecen en el régimen jurídico de este colectivo. Se llevan a cabo exigentes procesos selectivos en los que hay que acreditar una notable capacidad física, se establecen cuadros médicos de exclusiones que imposibilitan el acceso al cuerpo, se fijan límites de edad para poder incluso participar en los procedimientos de selección² y se regula una especial situación administrativa para el supuesto de que estas cualidades puedan verse disminuidas o se llegue a una determinada edad. Esta última circunstancia se ha canalizado a través de lo que se ha denominado el pase a la segunda actividad.

La segunda actividad es, pues, una institución específica que tiene como finalidad garantizar la eficacia en el servicio de los policías locales en activo y su derecho al cargo, permitiendo la adaptación de su carrera profesional a los cambios que puedan producirse por el transcurso del tiempo o por la disminución sobrevenida de sus condiciones físicas o psíquicas. Se regula en las distintas legislaciones autonómicas, normalmente a partir de los 55, 56 o 57 años³. Sin embargo, su naturaleza jurídica no es pacífica. En principio podríamos decir que está configurada como una particular situación administrativa de la que disfruta específicamente este colectivo. Así lo ha considerado incluso la jurisprudencia. Sin embargo, en algunas ocasiones aparece configurada, más que como una situación administrativa o un derecho del funcionario, como una obligación del policía local. Ello, como veremos después, puede tener importantes consecuencias jurídicas en cuanto al régimen jurídico aplicable.

La reflexión sobre las causas que posibilitan el pase a la segunda actividad resulta oportuna en este momento concreto por varios motivos. En primer lugar, porque recientemente se ha modificado el régimen de jubilación de los policías locales para permitir su adelanto, lo que incide de lleno en una de las causas que posibilitan el pase a la segunda actividad como es la edad. En segundo lugar, y en lo referente a la causa relativa a la situación psicofísica del policía, porque se ha producido un importante cambio jurisprudencial que implica la imposibilidad de compatibilizar la segunda actividad con la declaración de incapacidad permanente total del policía local. Y, en tercer lugar, porque es necesario clarificar y sistematizar las causas que posibilitan el pase a la segunda actividad, en la medida en que existe una importante dispersión normativa en esta materia y una notable complejidad jurídica debido a la pluralidad de fuentes que concurren en esta materia⁴.

Especial relevancia va a tener en esta materia el *Real Decreto 1449/2018, de 14 de diciembre, por el que se establece el coeficiente reductor de la edad de jubilación en favor de los policías locales al servicio de las entidades que integran la Administración Local*. En la medida en que posibilita el adelanto de su edad de jubilación a la edad de 59 o 60 años, puede provocar un solapamiento de ambas instituciones o, como todo parece apuntar, que la jubilación anticipada acabe desplazando a la segunda actividad, haciendo que pierda todo su sentido.

Esta norma es el resultado de un complejo proceso que se inició a partir del marco de actuación que establecen el art. 206.1 del *Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social*, en relación con el art. 12 del *Real Decreto 1698/2011, de 18 de noviembre, por el que se regula el régimen jurídico y el procedimiento general para establecer coeficientes reductores y anticipar la edad de jubilación en el sistema de la Seguridad Social* (TRLGSS), que prevén la posibilidad de que puedan establecerse coeficientes reductores de la edad de jubilación para determinados colectivos de personal. En principio, este tipo de medidas tiene carácter excepcional y siempre subsidiario de otras medidas menos gravosas para el erario público. El legislador prohíbe que puedan establecerse coeficientes reductores a la edad de jubilación si es posible la modificación de las condiciones de trabajo. Por ello, el procedimiento reglamentario trata de facilitar que los empleados se beneficien, en primer lugar, de una mejora de sus condiciones de trabajo y, en último término y solo si ello no es posible, de una rebaja de su edad de jubilación, con el beneficio añadido de la consideración como cotizado del tiempo que corres-

ponde de reducción de la edad. De hecho, durante la tramitación del procedimiento para la elaboración del reglamento, el Informe de la Intervención General de la Seguridad Social de 13 de junio de 2017 solicitaba expresamente que se acreditara el cumplimiento de los requisitos que exigen los artículos 11 y 12 del Real Decreto 1698/2011 en relación con los «estudios e informes —de los que— se deduzca la necesidad de aplicar coeficientes reductores o de anticipar la edad de jubilación, debido a la imposibilidad de modificación de las condiciones de trabajo».

En la Memoria abreviada del análisis de impacto normativo del Proyecto de Real Decreto elaborada en junio de 2017 por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, por la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, se presume ya que no existe alternativa posible a la aprobación de esta norma, una vez comprobado en el procedimiento previo que procede el reconocimiento de coeficiente reductor de la edad de jubilación a este colectivo. Y ello porque, una vez realizados los pertinentes estudios, se desprende que los requerimientos psicofísicos que se exigen al policía local para su ingreso en ese cuerpo de seguridad, así como el desarrollo de la actividad inherente al mismo, no pueden realizarse a partir de una determinada edad, cumpliéndose de esta forma los requerimientos exigidos en el artículo 2 b) del Real Decreto 1698/2011, de 18 de noviembre, para la reducción de la edad de acceso a la jubilación.

Por ello, el nuevo Real Decreto ha acabado configurando directamente un derecho para todos los policías locales, con independencia de sus condiciones psicofísicas y de la existencia misma de la institución de la segunda actividad. Se ha entendido que los requerimientos psicofísicos que se exigen para el ingreso en ese cuerpo y para el desarrollo de la actividad inherente al mismo no pueden realizarse o resultan más gravosos a partir de una determinada edad.

Ello nos llevaría a plantearnos la virtualidad misma de esta medida, su validez y la oportunidad de su adopción, toda vez que la situación de segunda actividad de los policías locales está pensada precisamente como vía de escape y solución al problema que plantea el desarrollo de las funciones y tareas propias del cuerpo a partir ya de una determinada edad, cuando las condiciones psicofísicas del policía empiezan a disminuir. ¿Cómo hacer, pues, compatibles ambas instituciones? ¿Es razonable que se pueda ejercer este derecho cuando el policía ya se encuentra desempeñando las funciones y tareas de otro puesto de trabajo en virtud de su pase a segunda actividad? ¿No se incumpliría el requisito de que no sea posible modificar las condiciones de trabajo al permitir que se pueda disfrutar este derecho desde la segunda actividad?

II. Un problema previo para abordar el tema: la dispersión y complejidad de sus fuentes. sus consecuencias

Abordar la cuestión que nos ocupa en este trabajo no resulta fácil dada la coexistencia de varios ordenamientos (el de Seguridad Social, el del régimen estatutario de la función pública en general y de la función pública local en particular, el del régimen jurídico de la Administración Local y el de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad) y de que son varias las fuentes que inciden en su régimen jurídico.

Los cuerpos de policía local son institutos armados, de naturaleza civil con estructura y organización jerarquizada que realizan importantes y complejas funciones operativas y arriesgadas. Forman parte de los cuerpos de seguridad del Estado y ello tiene como consecuencia inmediata la aplicación de diversos preceptos de la *Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*, los principios generales de los capítulos II y III del título I, así como la sección cuarta del capítulo IV del título II, con la adecuación que exija la dependencia de la Administración correspondiente, las disposiciones dictadas al respecto por las Comunidades Autónomas, los Reglamentos específicos para cada cuerpo y las demás normas dictadas por los correspondientes Ayuntamientos (art. 52 de la ley orgánica). Se les aplica, asimismo, lo previsto en la *Ley Orgánica 4/2010, de 20 de mayo, del Régimen disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía* (tal y como establece su disposición final sexta). Su régimen se ha de adecuar siempre a las peculiaridades de la Administración Local y al régimen jurídico dispuesto en esta ley⁵.

Como empleados públicos, también están sometidos a los preceptos del Estatuto Básico del Empleado Público⁶, al mismo tiempo que se someten a las leyes de coordinación dictadas por las Comunidades Autónomas y los reglamentos específicos sobre el cuerpo de los policías locales que puedan dictar las Comunidades Autónomas o incluso directamente los propios Ayuntamientos. A todo ello, claro está, habría que añadir los Pactos y Acuerdos funcionariales, que en esta materia y en lo que se refiere a la determinación de los puestos de segunda actividad tienen un importante papel.

Las características especiales y los rasgos diferenciales de la policía local en relación con el resto de colectivos de personal de las Administraciones loca-

les vienen establecidas por las distintas leyes autonómicas de coordinación de este colectivo, que a su vez establecen unas bases comunes para evitar discriminaciones y subjetividades en la regulación que se haga de ellas reglamentariamente en cada uno de los Ayuntamientos. El problema se plantea porque estas regulaciones autonómicas son muy parcas y se remiten directamente a los distintos reglamentos que se aprueben en las respectivas Ayuntamientos, lo que nos aboca a un régimen jurídico muy disperso que, además, es interpretado por la jurisprudencia de forma eminentemente casuística. El principio de autonomía local también es fundamental en este ámbito, pues son los Ayuntamientos los responsables de prestar los servicios públicos locales de seguridad con plena capacidad funcional y organizativa. Y, además, en esta materia están directamente afectados otros principios organizativos básicos que tienen que ver con las plantillas y la ordenación de los puestos de trabajo por parte de los Ayuntamientos. Pese a estas importantes potestades autoorganizatorias que confluyen en esta particular materia, en la práctica existe una gran similitud en las distintas regulaciones que los Ayuntamientos acaban haciendo de la segunda actividad (Ortiz González-Conde, 2017).

El resultado de todo ello es un marco jurídico enormemente complejo y dispar, en el que inciden normas de distintos ordenamientos, en el que, en todo caso, y tal como interpretó la STS de 23 de mayo de 2008, «al integrarse esta normativa en la propia de las Administraciones Locales, prevalece sobre la legislación general de funcionarios que sólo se aplicará supletoriamente», por lo que, «no es de aplicación la normativa general sobre función pública, en la que además no está recogido el supuesto de segunda actividad». Esta complejidad ha sido resaltada por la doctrina. Algunos autores como PICÓ ENSEÑAT lo han calificado como un marco jurídico «complejo, complicado e incluso caótico» (Pico Enseñat, 2014).

Son las distintas legislaciones autonómicas elaboradas en materia de coordinación de las policías locales existentes en su territorio las que prevén y regulan los aspectos básicos de la segunda actividad. Todas ellas se remiten después a los reglamentos de desarrollo. En algunas Comunidades Autónomas se han elaborado Decretos que regulan los aspectos más importantes de su régimen jurídico para todos los policías locales de su ámbito territorial, mientras que en otras muchas ha faltado este escalón previo y la legislación se remite directamente a la regulación reglamentaria de la segunda actividad que se elabore en cada uno de los Ayuntamientos, lo que puede ocasionar situaciones de discriminación para los policías locales de aquellos Ayuntamientos que no desarrollan esta situación o no disponen de

recursos para ofrecer puestos en segunda actividad. Como muchos de ellos no han procedido a establecer dicho desarrollo ejecutivo, la aplicación de esta figura se ve notablemente dificultada y se crean situaciones muy dispares entre los distintos municipios de una misma Comunidad Autónoma. Otras regulaciones establecen incluso su propio y peculiar sistema de fuentes para referirse a la segunda actividad con la intención de establecer cierto margen mínimo de seguridad jurídica para los policías locales y para los Ayuntamientos en caso de que no procedan a desarrollar reglamentariamente esta figura. En este sentido, por ejemplo, es destacable lo dispuesto en el art. 85.2 de la *Ley 17/2017, de 13 de diciembre, de coordinación de policías locales de la Comunitat Valenciana*, que establece las propias fuentes de la segunda actividad. Esta situación se regirá por lo dispuesto en dicha ley y por las normas de carácter reglamentario que la desarrollen. Supletoriamente se regirá, en lo que no contradiga dichas normas, por lo establecido para la segunda actividad del Cuerpo Nacional de Policía.

Pues bien, en este mapa jurídico tan complejo inciden también normas relativas a la Seguridad Social y que afectan, no sólo a la jubilación del policía (Real Decreto 1449/2018), sino también a la declaración del grado de incapacidad. Como veremos, las interpretaciones que realiza la Jurisdicción Social acaban afectando también a la configuración misma de esta institución, a la concreción de su naturaleza jurídica y a la delimitación de la segunda actividad respecto de las distintas situaciones de incapacidad, lo cual añade un componente más de dificultad y enredo a toda esta materia.

Todas las Comunidades Autónomas regulan dos supuestos esenciales para el pase a la segunda actividad y sólo algunas de ellas un tercero relativo a la maternidad⁷. Los dos supuestos básicos remiten, o bien a la edad, o bien a un problema médico que suponga una disminución de la capacidad del policía local para cumplir el servicio ordinario, acreditado a través del correspondiente dictamen médico. En ambos casos se trata de circunstancias que mermen las capacidades de los policías locales, pero que no son suficientes para la jubilación por incapacidad permanente, aunque les posibilita ejercer otras funciones dentro de la misma administración municipal. La ponderación de tales circunstancias será distinta según la causa que origine el pase a la situación de segunda actividad. El pase a esta situación se produce desde la situación administrativa de servicio activo y el policía ha de permanecer en ella hasta que llegue a la edad de jubilación u otra situación que no podrá ser la de servicio activo, salvo que el pase a la segunda actividad se haya produ-

cido como consecuencia de la pérdida de aptitudes psicofísicas y que las causas que la motivaron hayan desaparecido.

A partir de esta escueta regulación que coincide prácticamente en todas las legislaciones autonómicas sobre coordinación de los policías locales, los detalles de su régimen jurídico dependerán de la regulación realizada en los respectivos reglamentos locales y de cómo se haya interpretado jurisprudencialmente para cada caso concreto, lo que nos aboca a un régimen muy disperso que resulta de difícil sistematización y a una disparidad de derechos de los policías afectados según el territorio. Buen ejemplo de ello es lo que sucede con las retribuciones o con los derechos de carrera vertical, por citar tan solo algunos ejemplos.

Como regla general, casi todas las legislaciones autonómicas prevén que el pase a la segunda actividad no suponga una disminución de las retribuciones básicas y complementarias del policía, salvo las que se deriven del nuevo puesto de trabajo o del destino específico respecto del que se viniera desempeñando. Es decir, los complementos objetivos ligados al puesto de trabajo, tales como el complemento específico y el de destino, pueden experimentar variación⁸. Ello es lógico si tenemos en cuenta que para el cobro del complemento específico es preciso que la función del puesto integre una dosis de peligrosidad que sea superior a la que pueda considerarse conatural a toda actividad laboral y que este riesgo se manifieste de forma regular, habitual y no de modo puntual o esporádico. De ello se desprende que los funcionarios que no efectúen este tipo de tareas no deben percibir dicho plus, porque de lo contrario se produciría una discriminación retributiva contraria a la norma, respecto a aquellos otros que llevan a cabo tareas que comportan una especial peligrosidad o toxicidad. No se puede atribuir por igual a todos los funcionarios de una entidad o de un mismo cuerpo, escala o categoría, sin justificación alguna, confundiendo con una retribución básica dado que este complemento tiende a retribuir la especial dificultad técnica, responsabilidad, dedicación, incompatibilidad exigible para desempeñar solo determinados puestos de trabajo, o las condiciones de peligrosidad, penosidad etc. en que éste se desarrolla (STSJ de Cataluña de 7 de julio de 2014, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, num. 518/2014). A la necesidad de evitar regulaciones generalizadas sobre esta materia se ha referido también la STS de 8 de junio de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª, RJ 2009\6524, que ha analizado el Reglamento de Segunda Actividad de la Guardia Urbana de Barcelona el 15 de febrero de 2002. Se negaba el complemento de peligrosidad por-

que el policía en segunda actividad ya no iba a llevar armas. A juicio del TS, no obstante, aunque no se lleve armas en los puestos en segunda actividad no puede descartarse con carácter general que alguno de ellos pueda considerarse peligroso en atención a otras concretas circunstancias. No sería legítimo que el reglamento estableciera directamente una exclusión de este complemento para todos los puestos de trabajo, máxime cuando no se ha negociado con los sindicatos.

Sin embargo, algunas Comunidades Autónomas han blindado las retribuciones para evitar que el policía local experimente una merma en su nómina por la segunda actividad. Así, el art. 90 de la Ley 17/2017, de 13 de diciembre, de coordinación de policías locales de la Comunitat Valenciana prevé que se perciban en su totalidad las retribuciones complementarias correspondientes al puesto de personal funcionario de Policía Local del que proceda cuando se ocupe un puesto de segunda actividad con destino, asegurándose un mínimo del 80 por 100 de aquéllas cuando lo sea sin destino. En otras Comunidades, por el contrario, se han establecido limitaciones retributivas, especialmente cuando el funcionario no tiene destino. En este sentido, puede traerse a colación la STSJ de las Islas Baleares de 1 de febrero de 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Única, Sentencia num. 116/2002, relativa a los policías locales del Ayuntamiento de Palma. Recuerda que tanto el complemento específico como el complemento de productividad retribuyen condiciones particulares del puesto de trabajo, sea la especial dificultad técnica, sea la dedicación requerida, sea la responsabilidad, sea la incompatibilidad, sea la peligrosidad o penosidad, sea el rendimiento o sea la actividad extraordinaria o interés e iniciativa —artículo 23.3.b y c de la Ley 30/84—. Por consiguiente, quien no ocupa puesto de trabajo alguno, esto es, aquellos funcionarios de la Policía Local que han pasado a situación de segunda actividad sin destino, han cesado en sus obligaciones como tales, no forman parte propiamente del Cuerpo de la Policía Local y no pueden ser retribuidos por los conceptos complementarios antes señalados. Por tanto, las retribuciones del policía que pasa a la situación de segunda actividad sin destino se extiende —y limita— a las de carácter general de la categoría que ostentase cuando pasó a la situación en que ahora se encuentra.

Esta misma diversidad en la interpretación de los derechos se aprecia en caso de la carrera vertical y la movilidad que, a pesar de tratarse de derechos, dependerá final y curiosamente de la regulación que se haya realizado en cada reglamento local. Ello, a mi juicio, resulta de dudosa compatibilidad con el prin-

pio constitucional de igualdad, así como con la configuración básica que se ha realizado de estos derechos y con la reserva de ley que existe en esta materia.

Efectivamente, en principio, podría pensarse que la segunda actividad impide que los funcionarios puedan ser promovidos, pues la normativa autonómica no suele establecer ningún reconocimiento explícito de estos derechos. Algunas Comunidades Autónomas han establecido prohibiciones claras en este sentido. Así sucede, por ejemplo, con la Ley 9/2003 de Castilla y León, cuyo art. 35.5 dispone tajantemente que «en la situación de segunda actividad no se podrá participar en procedimientos de promoción o movilidad en los cuerpos de la policía local». Sin embargo, ante el silencio del legislador autonómico, algunos Ayuntamientos han reconocido algunos derechos relacionados con la carrera administrativa, el derecho a la promoción interna o a participar en los concursos como forma de provisión de puestos de trabajo. Buen ejemplo de ello lo encontramos en el Reglamento de Segunda Actividad de la Policía Local de Palagruell que, además, ha tenido el correspondiente aval jurisprudencial a través de la STSJ de Cataluña de 1 de marzo de 2018, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, num. 128/2018, que ha declarado la legalidad del reglamento local que permitía al policía local en segunda actividad el derecho a ascensos y a la movilidad en la Administración local.

Ello planteaba dudas a la Generalitat porque el pase a esta situación se hace precisamente para ocupar puestos de trabajo concretos, mientras que los ascensos, dentro del modelo funcional de carrera, se basan en la existencia de distintos cuerpos, escalas o categorías a las que puede desplazarse el funcionario previa superación del correspondiente proceso selectivo y cumpliendo todos los demás requisitos que prevé la legislación funcional. De ello derivaría que no resultaba lógico que el policía en segunda actividad pudiera acceder a un cuerpo superior. La Sala acepta la legalidad del reglamento en la medida en que limita la participación del policía local en procesos selectivos de ascenso y de traslados a que «no afecte a su estado de salud» y a que los puestos de trabajo se puedan «adaptar a su discapacidad». Según la Sala, la norma permite que los funcionarios que están en situación de segunda actividad participen en procesos selectivos de ascenso y de traslado. Si un miembro del Cuerpo de una escala o categoría superior puede pasar a la segunda actividad, no se colige por qué razón el del cuerpo inferior no puede promocionarse siempre que la situación de segunda actividad no le impida realizar las funciones del puesto o éste no permita su adaptación. No existe ninguna norma que im-

pida la participación ni la promoción por lo que el Reglamento impugnado tampoco infringe el principio de jerarquía normativa.

III. La configuración de la situación administrativa de segunda actividad en nuestro ordenamiento jurídico. especial referencia a los puestos que pueden ser ocupados en la segunda actividad y a las potestades organizativas del Ayuntamiento

El análisis de la segunda actividad nos llevaría al estudio pormenorizado de las diecisiete legislaciones autonómicas y de los reglamentos de desarrollo que se han dictado en los correspondientes Ayuntamientos, lo que hace inabarcable esta materia. Por ello, voy a centrarme exclusivamente en algunas cuestiones problemáticas como son la determinación de la naturaleza jurídica de esta institución, la ocupación del nuevo puesto de trabajo en la Administración cuando se pasa a la segunda actividad o el problema de armonizar las potestades autoorganizatorias del Ayuntamiento con los derechos y expectativas del policía local.

Su naturaleza jurídica no está clara. Hemos de entender que se trata de una situación administrativa especial, toda vez que no está expresamente prevista en el artículo 85 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, ni en el Real Decreto 365/95, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de situaciones administrativas de los funcionarios de la Administración Civil del Estado. En algunas Comunidades Autónomas forma parte del servicio activo del policía local y se considera expresamente como una «modalidad de la situación administrativa de servicio activo» como en Castilla-La Mancha⁹ [Ley 8/2002, de 23 de mayo y art. 107 del Decreto 110/2006, de 17 octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Coordinación de Policías Locales de Castilla-La Mancha (Bastardo Yustos, 2004) o art. 55.1.a de la Ley 4/2013, de 17 de julio, de coordinación de las policías locales de las Illes Balears]. En otras, por el

contrario, se ha configurado como una situación administrativa específica con entidad propia, tal como sucede, por ejemplo, en el art. 81 de la Ley 4/1992, de 17 de julio, de Policía del País Vasco, redactado por el número cuarenta del artículo único de Ley 7/2019, de 27 de junio, de quinta modificación de la Ley de Policía del País Vasco. Su finalidad no es otra que la de garantizar una adecuada aptitud psicofísica del policía mientras permanezca en activo, asegurando la eficacia del servicio. Tal como se recoge en la legislación andaluza, se trata de una situación administrativa en la que se permanecerá hasta el pase a la jubilación u otra situación que no podrá ser la de servicio activo, salvo que el pase a la situación de segunda actividad se produzca como consecuencia de la pérdida de aptitudes psicofísicas y que las causas que lo motivaron hayan desaparecido (art. 31 de la Ley 13/2001, de 11 de diciembre, de Coordinación de las Policías Locales). Conviene recordar, no obstante, y tal como antes hemos apuntado, que en algunas Comunidades Autónomas aparece configurada incluso como una obligación del funcionario al llegar a una determinada edad.

El éxito de esta institución depende en gran medida de la existencia de puestos que puedan ser susceptibles de ser ocupados por los policías que pasan a la segunda actividad. En este sentido, las posibilidades de movilidad y de ocupación de puestos de trabajo que posibilita esta situación son amplísimas. Para realizar la valoración y determinar si procede o no pasar a la segunda actividad, habrá de valorarse, por un lado, las tareas que desarrollan los Policías Locales, en cada una de las escalas y, por otro, las capacidades mínimas exigibles para el desempeño de las tareas y actividades correspondientes. La situación de disminución de capacidad para cumplir con las funciones y tareas del servicio ordinario se acredita a través de un dictamen médico que ha de emitir un tribunal formado normalmente por varios médicos.

Para la determinación de los puestos de trabajo que son susceptibles de ser ocupados en segunda actividad es necesario identificar al menos aquellas funciones que requieren una perfecta forma física fundamentalmente y que constituyen el núcleo duro de la profesión policial. Podrían incluirse aquí las funciones relacionadas directamente con el mantenimiento y restauración del orden y la seguridad ciudadana, la prevención de hechos delictivos, su investigación, y la persecución de los culpables, funciones que requieren el uso y el manejo de armas de fuego y demás defensas reglamentarias, como para la conducción de vehículos en condiciones normales, así como una elemental capacidad motriz/motora. Por el contrario, son susceptible de ocupación los puestos cuyas funciones están relacionadas con el registro y

archivo de documentación, traslado de documentación a diversos organismos, atención e información al público en oficinas, toma de denuncias, control y gestión de armamento y municiones, elaboración de informes, verificación y reposición de material de oficina, tareas propias de administrativo y de auxiliar administrativo, elaboración de cuadrantes, control de entrada y salida dependencias policía local; control de cámaras de video-vigilancia, recepción/transmisiones avisos patrullas policiales, comprobación en terminal informático de datos solicitados por patrulleros, control emisoras y teléfonos fijos y móviles, control entradas, salidas y atención a detenidos, servicio tráfico, entrada y salida colegios, funciones de intendencia, funciones de inspección (de ocupaciones vía pública, veladores, de obras y establecimientos, por ejemplo), etc.

Como norma general, los Policías locales pasan a desarrollar la segunda actividad en el mismo Cuerpo al que pertenecen, desempeñando otras funciones, de acuerdo con su categoría. Así, podrían pasar a desempeñar funciones de control de entrada en el interior de las dependencias policiales, actividades relativas a educación vial, control del mantenimiento de los vehículos y material de la Policía Local, funciones administrativas, de intendencia (vestuario, material, etc.), de gestión de Recursos Humanos, funciones en los centros de emergencias, funciones técnicas de asesoramiento, gestión y apoyo de la actividad policial o relacionadas con la misma, etc. No obstante, no existe realmente ningún límite, toda vez que las leyes autonómicas prevén que, en el caso de que ello no fuera posible por falta de plazas o por motivos de incapacidad propia, puedan pasar a prestar servicios complementarios adecuados a su categoría en otros puestos de trabajo de la misma Corporación Local. Si el pase a la segunda actividad ha venido motivado por problemas físicos o psíquicos del policía, la ocupación del segundo puesto deberá hacerse de conformidad con las limitaciones psíquicas o físicas que se hayan recogido en el correspondiente dictamen emitido por el tribunal médico o lo que haya dispuesto el informe médico si se trata de una mujer policía embarazada. Es más, algunas prevén incluso la posibilidad de que se puedan ocupar puestos de trabajo en la Administración Autonómica si así lo prevé la correspondiente relación de puestos de trabajo. En todo caso, ello sugiere la necesidad de jugar adecuadamente con instrumentos de planificación en los que se puedan canalizar las posibilidades de movilidad de estos colectivos y, en su caso, sus necesidades de formación. Aunque la normativa prevé la posibilidad de que los Ayuntamientos limítrofes puedan colaborar entre sí para prestar los servicios públicos de policía local, la mo-

vilidad del policía para la segunda actividad está delimitada a los puestos de trabajo de su misma Corporación¹⁰.

Uno de los problemas más importantes que se plantean en este punto es el de determinar si realmente la segunda actividad ha sido configurada como un derecho del policía local o, por el contrario, depende de las necesidades organizativas del Ayuntamiento. La determinación de hasta dónde llegan sus potestades y la discrecionalidad de la Administración no es pacífica. Se cruzan en este punto derechos subjetivos del funcionario con cuestiones estrictamente organizativas del Ayuntamiento. Encontrar un equilibrio no es fácil. La jurisprudencia nos ha señalado algunos apuntes. En este sentido, podemos traer a colación la STS de 8 de junio de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª, RJ 2009\6524, en la que se analiza la regulación del catálogo de puestos de trabajo susceptibles de segunda ocupación que se contiene en el Reglamento de Segunda Actividad de la Guardia Urbana aprobado por el Plenario del Consejo Municipal del Ayuntamiento de Barcelona el 15 de febrero de 2002. En ella se clarificó que, como regla general, el Reglamento no puede establecer la creación de un catálogo de puestos de trabajo autónomo o separado a la Relación de Puestos de Trabajo del Ayuntamiento. Solo la RPT puede constituir un instrumento técnico idóneo a través del cual se realice la ordenación de todo el personal del Ayuntamiento, de acuerdo con las necesidades de los servicios y se precisen los requisitos para el desempeño de cada puesto.

Asimismo, la Sentencia vino a clarificar que el ejercicio del derecho puede quedar subordinado a la condición de que existan plazas vacantes en el Ayuntamiento. En este caso, no sólo se había previsto la creación de un catálogo de puestos como instrumento al margen y en paralelo con la RPT del Ayuntamiento, sino que además, se había previsto que la adscripción a un puesto de trabajo de segunda actividad por razón de edad se condicionara a la existencia de vacante, y siempre que no existiera preferencia de algún funcionario que pudiera acceder a la misma como consecuencia de un dictamen médico que determinara que no estaba habilitado para el ejercicio ordinario de la función de policía. Concluye el TS que el pase a la situación de segunda actividad no es automático, sino que además es lógico que pueda supeditarse, tal como disponía el reglamento impugnado, a la existencia de vacante previa que permita dicho pase. Si bien es cierto que el término «pasan» sugiere la automaticidad, lo cierto es que esto no ocurre simplemente por cumplir una determinada edad, que en cualquier caso debería deter-

minar el Reglamento municipal respectivo, ya que lo que hace la ley es poner un límite mínimo de edad, en este caso de 57 años. En consecuencia, deja un amplio poder discrecional a la Administración, por lo que no se puede hablar de automaticidad en el pase a la segunda actividad por cumplir 57 años. Asimismo, la exigencia de vacante no es incompatible con dicho precepto legal. Si así lo fuera, se llegaría a la conclusión de que los Ayuntamientos, con independencia de que tuvieran puestos de trabajo vacantes susceptibles de ser ocupados por quienes por razón de edad o condiciones físicas ya no pueden ejercer el servicio ordinario, verían aumentar las plantillas sin límite alguno, aun cuando no existieran puestos adecuados para ejercer la segunda actividad o éstos estuvieran ya ocupados. Esto supondría que la configuración y extensión de las plantillas de las entidades locales vendría impuesta por el legislador autonómico, o en su caso estatal, y ciertamente, no siendo ello compatible con el principio de autonomía local que consagra nuestra Constitución.

Quiere ello decir que la utilización adecuada de la segunda actividad y el éxito en la aplicación de esta institución va a depender de un modo muy importante de las decisiones organizativas del Ayuntamiento a la hora de diseñar sus puestos a través de las relaciones de puestos de trabajo y de su consignación económica y presupuestaria a través de las plantillas. Aunque el Ayuntamiento dispone de un importante margen de actuación, al afectar a la relación de puestos de trabajo y a las condiciones de su ejercicio está condicionado por las normas estatutarias generales de la función pública que obligan a negociar con los sindicatos la RPT. El art. 37.2 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* (en adelante, TREBEP), excluye de la obligatoriedad de la negociación con carácter general las decisiones de la Administración que afecten a sus potestades de organización. No obstante, si las consecuencias de dichas decisiones tienen repercusión sobre las condiciones de trabajo del policía local, como sucedería en este caso, es preceptiva la previa negociación de dichas condiciones con las organizaciones sindicales más representativas a nivel local.

En este sentido, hay algunas Comunidades Autónomas, como la valenciana, que regulan esta institución con mayor flexibilidad y con buen criterio, prevén la posibilidad —o más bien, la necesidad— de que se introduzca la planificación en esta materia como un elemento esencial a la hora de hacer la radiografía entre «lo que tengo y lo que necesito», lo que permitiría crear para los policías locales un marco de mayor seguridad jurídica y a la vez conse-

guir el objetivo último de rejuvenecer las plantillas de personal sin que se vea afectada la organización y la adecuada prestación del servicio público. El art. 83.4 de la *Ley 17/2017, de 13 de diciembre, de coordinación de policías locales de la Comunitat Valenciana*, prevé que las corporaciones locales puedan acodar con los sindicatos planes de jubilación anticipada, al efecto de incentivar el rejuvenecimiento de las plantillas y favorecer una jubilación digna a edades razonables, en atención a las características de la profesión. Si la organización administrativa o la plantilla del momento no permitiera que el policía local acceda inmediatamente a otro puesto de trabajo se ha previsto otra situación administrativa distinta. El funcionario permanecerá en servicio activo hasta que su adscripción a un nuevo puesto de trabajo sea resuelta por la corporación local respectiva. En estos supuestos, se deberá adecuar el desarrollo de sus funciones a las circunstancias que hayan motivado el pase a la situación de segunda actividad. Es decir, en estos casos hay una obligación para el Ayuntamiento de adaptar el puesto de trabajo a las concretas circunstancias personales del policía. Ello puede tener una especial importancia en el caso que nos ocupa de anticipo a la edad de jubilación porque no afectaría negativamente al policía toda vez que el tiempo en que el policía permanece en una segunda actividad podría no computar a efectos del ejercicio del nuevo derecho. En esta Comunidad se ha previsto también una solución muy ventajosa en caso de que la segunda actividad no pueda realizarse tampoco en otros puestos de trabajo de la propia corporación local, de igual o similar categoría y nivel al de procedencia. Si la situación organizativa del Ayuntamiento o las plantillas no permiten el ocupar puestos de segunda actividad, el policía permanecerá en la situación administrativa de expectativa de destino hasta su adscripción a un nuevo puesto de trabajo, percibiendo la totalidad de las retribuciones que le correspondan en la situación de segunda actividad (art. 89.3 de la *Ley 17/2017, de 13 de diciembre, de coordinación de policías locales de la Comunitat Valenciana*).

Otras Comunidades Autónomas, como la vasca, también están realizando modificaciones importantes para la modernización de esta institución, estableciendo una regulación mucho más completa, flexible y avanzada en esta materia. La *Ley 7/2019, de 27 de junio, de quinta modificación de la Ley de Policía del País Vasco*, efectivamente, permite realizar importantes modulaciones en el desempeño del policía derivadas de la edad o de la insuficiencia sobrevenida de las capacidades precisas para el desempeño ordinario del conjunto de tareas propias de la función policial en consonancia con el

derecho a la protección de la salud del funcionario. Regula el denominado «servicio activo modulado por la edad», que es una interesante institución que permite al policía la continuación del servicio activo realizando tareas apropiadas a su condición (art. 85.1). Para su puesta en funcionamiento se tiene en cuenta que puedan existir unidades singulares en las que las modulaciones del servicio contempladas por razón de la edad sean incompatibles, por su naturaleza, con el desempeño del puesto, en cuyo caso el reglamento deberá contemplar la readscripción a otro puesto de trabajo vacante para el que cumpla los requisitos, en mismas condiciones de provisión en las que fue nombrado en el puesto anteriormente ocupado y con las garantías de elección y preferencia por la persona interesada que se establezcan. Remite a cada Ayuntamiento para que negocie con los sindicatos los requisitos y condiciones pertinentes para el reconocimiento del servicio activo modulado por la edad, incluyendo la edad a partir de la cual cabría su reconocimiento, las modificaciones oportunas en las condiciones de prestación del servicio, la posibilidad excepcional y motivada de establecer limitaciones para garantizar la continuidad de la prestación del servicio policial. En todo caso, se concibe, al igual que la segunda actividad, como una solución transitoria sometida siempre a autorización, toda vez que la autorización del servicio activo modulado por razón de la edad estará condicionada al compromiso de la petición de jubilación voluntaria anticipada cuando se alcance la edad requerida para aquella de conformidad con el régimen de la seguridad social en su caso aplicable, es decir, ahora con el Real Decreto 1449/2018, que la prevé a partir de los 59 años si se cumplen todos los requisitos de cotización que prevé. Esta institución permite introducir un importante grado de flexibilidad en esta materia, a la vez que permite esquivar la aplicación del régimen de segunda actividad que prevé el nuevo Real Decreto y posibilitaría el cómputo del tiempo para la aplicación de los coeficientes reductores.

El nuevo régimen se haría depender de las limitaciones funcionales del policía local que determine el tribunal evaluador. El pase a la segunda actividad sólo correspondería cuando se produjera una disminución apreciable de las facultades psíquicas o físicas, que determine una insuficiente capacidad de carácter permanente para el pleno desempeño de las funciones propias de su categoría, sin impedirles la eficaz realización de las fundamentales tareas de la profesión policial (art. 86). Se establece una nueva regulación de esta situación también por insuficiencia psicofísica para el desempeño ordinario del conjunto de las tareas policiales que permite al policía el desempeño de puestos o funciones adaptados

a sus capacidades reales, a diferencia de la normativa precedente que partía del presupuesto de que en situación de segunda actividad una persona cobraba las retribuciones básicas a disposición de cuando le llamasen para ocupar un puesto o ejercer tareas policiales. En esta regulación el policía que pase a esta situación administrativa permanece trabajando ya sea en su puesto anterior si es susceptible de segunda actividad, ya en otro puesto susceptible de tal desempeño y, si la reubicación no fuera inmediata, se adapta provisionalmente su puesto a sus necesidades.

Además, el pase a esta situación vendría condicionado al compromiso de solicitar la jubilación anticipada en cuanto se cumplieran los requisitos de edad y cotización previstos. A estos efectos, se clarifica también cuál es el núcleo duro de funciones que no podrían ser desarrolladas por el policía por exigir una adecuada situación física y psíquica. Se consideran tareas fundamentales de la profesión policial las relativas al mantenimiento y restauración del orden y la seguridad ciudadana, la prevención de hechos delictivos, su investigación, y la persecución de los culpables; tareas cuyo eficaz desempeño exige una elemental capacidad tanto para el uso y el manejo de armas de fuego y demás defensas reglamentarias, como para la conducción de vehículos en condiciones normales, así como una elemental capacidad motriz/motora. En estos casos, se le daría preferencia en la adjudicación de los puestos de trabajo que sean susceptibles de desempeño por personal en segunda actividad (nueva redacción del art. 86.1 de la Ley vasca¹¹).

Se trata, en definitiva, de regulaciones mucho más modernas y completas, que vienen a solucionar muchos de los problemas que hasta ahora ha presentado la segunda actividad y que permiten armonizar de una forma mucho más sagaz las necesidades organizativas con los derechos del policía local.

IV. Los supuestos habilitantes del pase a segunda actividad

La segunda actividad se configura como una situación administrativa del funcionario del cuerpo de policía local que se produce, bien por razón de la edad (a partir de los 55 o 57 años, como mínimo y según lo que hayan previsto las correspondientes legislaciones autonómicas) o bien cuando un dictamen médico esta-

blezca que tiene disminuida su capacidad para cumplir el servicio ordinario y, en principio, siempre que no procede la jubilación por incapacidad. Puede existir una razón objetiva (la edad) o bien una razón subjetiva (razones médicas) que habrá de apreciarse en cada caso concreto. Se trata de conjugar el derecho al cargo, que tiene el funcionario, con la eficaz prestación del servicio cuando existan razones que impidan el pleno desempeño de una concreta función. Algunas legislaciones autonómicas, sin embargo, han previsto un tercer supuesto habilitante relacionado con el embarazo y la lactancia, que obviamente sólo sería aplicable a la mujer policía y que presenta importantes problemas, a mi juicio, en cuanto a su configuración jurídica.

1. La disminución de las condiciones físicas o psíquicas

Es la razón o causa subjetiva del pase a esta situación. Se recoge en todas leyes autonómicas sobre coordinación de policías locales. O bien requiere la previa solicitud del interesado o bien se inicia de oficio el procedimiento para su declaración por la correspondiente corporación local. Debe tratarse de una «disminución apreciable de las facultades psíquicas o físicas, cuando la misma determine una insuficiente capacidad de carácter permanente para el pleno desempeño de las funciones propias de su categoría, sin impedirles la eficaz realización de las fundamentales tareas de la profesión policial», tal como concreta la nueva redacción del art. 86 de la *Ley 4/1992, de 17 de julio, de Policía del País Vasco*, dada por la *Ley 7/2019, de 27 de junio, de quinta modificación de la Ley de Policía del País Vasco*.

El art. 16.2 del Decreto andaluz 135/2003, establece como límite para el acceso a la segunda actividad que la incapacidad sobrevenida «no sea causa de jubilación por incapacidad permanente para el ejercicio de sus funciones». Es decir, si la situación de incapacidad sobrevenida no afecta a la totalidad de las funciones policiales, sino solo a alguno o algunos de estos puestos o funciones, la posibilidad de que puedan desempeñarse otros compatibles con su situación excluyen la declaración de jubilación por incapacidad permanente, por ser un derecho que tienen reconocido estos empleados públicos siempre que concurran los requisitos y se cumplan las condiciones exigidas en las referidas normas.

En estos casos, como resulta lógico, la valoración ha de ser realizada a través del correspondiente dictamen médico. La valoración puede ser realizada por los servicios médicos municipales o, en caso de no

existir estos, por facultativos designados por el municipio o por un tribunal médico cuya composición y régimen viene determinado, o bien por el propio legislador autonómico o bien por la norma reglamentaria que elabore el Ayuntamiento. Algunas Comunidades Autónomas han regulado un cuadro de aptitudes que recogen las causas de disminución de las aptitudes físicas o psíquicas que originan el paso a la situación de segunda actividad. En este sentido, el art. 34 de la Ley andaluza 13/2001 remite a un Decreto del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía¹².

Todas las legislaciones autonómicas han regulado cómo y quién debe efectuar el dictamen médico, separándolo de los dictámenes de evaluación de incapacidades que realiza el INSS. Sin embargo, su deslinde no está exento de problemas. La STSJ de Cataluña de 1 de marzo de 2018, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, num. 128/2018, ha declarado la ilegalidad del Reglamento de Segunda Actividad de la Policía Local de Palagruell, en la medida en que había previsto una regulación del dictamen médico que no coincidía con la realizada por la correspondiente legislación autonómica. El art. 44 de la Ley 16/1991, de 10 de julio, de las Policías Locales en Cataluña establece que será un tribunal médico el que debe emitir el dictamen médico a que se refiere el artículo 43.1 para valorar si el funcionario tiene disminuida su capacidad para cumplir el servicio ordinario y ha de pasar a la situación de segunda actividad (de acuerdo con lo dispuesto en el respectivo reglamento municipal). Por el contrario, el reglamento había previsto la posibilidad de que dicho dictamen se pudiera sustituir o convalidar por un informe del Servicio de Riesgos Laborales a la vista de los informes realizados por los facultativos del Servicio Catalán de Salud, de las Mutuas de Accidentes Laborales o por resoluciones de incapacidades permanentes, de modo tal que, solo en caso de duda o falta de motivos se convocaría dicho tribunal. Se estima el recurso planteado por la Generalitat al entender que infringe la regulación legal.

En un sentido similar se ha pronunciado también la STSJ de las Islas Canarias de 3 de marzo de 2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo, num. 199/2006, que anuló el Reglamento de la Segunda Actividad de la Policía Local de Las Palmas de Gran Canaria de 2002 porque el dictamen médico, en vez de atribuirse a un tribunal conformado por tres especialistas como preveía la ley autonómica, se atribuía directamente a los servicios médicos municipales, contraviniendo así lo dispuesto en la ley autonómica.

Uno de los principales problemas que plantea este supuesto es el de su reingreso a la actividad ordinaria y el de cómo hacerlo compatible o, en su caso, des-

lindarlo de la declaración de incapacidad permanente efectuada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (en adelante, INS).

*A) Los problemas para delimitar
 esta institución de la declaración
 de incapacidad permanente total*

La pérdida de aptitudes psicofísicas exigidas para el desempeño de la función policial, como causa determinante del pase a la situación de segunda actividad es enormemente compleja, especialmente cuando se produce alguna situación sobrevenida que motiva la declaración de incapacidad del policía local. Si ya de por sí la determinación de las fuentes del régimen jurídico del policía local son complejas, cuando se trata de incapacidades el régimen se complica todavía más porque confluye aquí la legislación relativa al régimen jurídico de los empleados públicos (tanto básica —general, autonómica y local— como la específica de aplicación a los cuerpos de policía) con la del régimen prestacional de la Seguridad Social, así como con la normativa singular referenciada de aplicación a las personas con discapacidad, y la general de procedimiento y régimen jurídico administrativo, además de las especialidades contempladas en estas materias en el ámbito autonómico y local.

Especialmente problemáticas son estas situaciones en las que la pérdida de condiciones físicas o psíquicas conlleva la declaración de incapacidad permanente total del policía¹³. En estos casos, la cuestión esencial se centra en determinar las consecuencias sobre el servicio público de la disminución de aptitudes por parte del policía¹⁴. Establecer el límite entre el pase a la segunda actividad y la declaración de jubilación por incapacidad permanente no es fácil, máxime cuando en muchos Ayuntamientos se prevé la segunda actividad para cualquier disminución de aptitudes ante cualquier enfermedad, síndrome o proceso patológico físico o psíquico, que incapacite al funcionario para el normal desempeño de las funciones de su puesto de trabajo y siempre que la intensidad de la referida disminución no sea causa de jubilación por incapacidad permanente.

En principio, parece que la situación de segunda actividad se establece para los casos en los que el miembro del Cuerpo de Policía Local tenga disminuida su capacidad, pero no impedida. La jurisprudencia en este punto es enormemente casuística¹⁵. Ello hace que sean sumamente problemáticos y generen gran litigiosidad aquellos supuestos en los que el policía local ha sido declarado mediante resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) como incapaz permanente total y se ha dispuesto su jubilación. Este problema se analiza, por

ejemplo, en la STSJ de Madrid de 20 de noviembre de 2013, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sentencia num. 828/2013, que finalmente revoca la sentencia de instancia que había dado la razón al policía. El recurso se interpuso contra el Decreto del Alcalde del Ayuntamiento de Valdemoro que declaró la jubilación del policía local, con efectos de 1 de agosto de 2008, como consecuencia de la declaración de incapacidad permanente total declarada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social con fecha 10 de julio de 2008.

La sentencia de instancia, que es objeto de apelación, había estimado parcialmente el recurso del policía ordenando al Tribunal Médico que volviera a resolver nuevamente basándose exclusivamente en atención al carácter apto o no apto del demandante para el desempeño de cualquier puesto de trabajo catalogado en la RPT del Municipio, preferentemente en la propia Policía Local o, en su defecto, en cualquier destino de la propia Corporación, adecuado a su categoría. Se habría realizado un dictamen incompleto del tribunal médico, estimando que la misión de éste era la de determinar si el actor no podía realizar ninguna o las fundamentales tareas propias y ordinarias de policía local, podía realizar todas o las fundamentales tareas de otro puesto de trabajo de la corporación local, declarándolo apto o no apto para ello; y que el hecho de que el Ayuntamiento no tuviera definido un listado de puestos de trabajo reservados para el desempeño de funcionarios en situación de segunda actividad, no constituye justificación suficiente para que el tribunal médico se abstuviera de resolver dado que su decisión no puede basarse en criterios organizativos o de necesidad de la plantilla municipal sino en criterios médicos.

Concluye finalmente la sentencia estimando el recurso del Ayuntamiento al entender que la situación de segunda actividad está prevista para aquellos casos en los que existe y se constata una disminución de la capacidad del funcionario afectado para cumplir el servicio ordinario, pero no para aquellos otros casos en los que exista algo más de una disminución de la capacidad lo que, en todo caso, exige la necesaria prueba, que en este caso no se había producido, toda vez que no se ha acreditado que la situación en la que se encuentra el actor sea de disminución de su capacidad si tenemos en cuenta que ha sido declarada su situación de incapacidad permanente total.

Desde el ámbito de la Jurisdicción Social también se aportan otras visiones en cuanto a la valoración de la disminución física y la incapacidad (López Insua, 2018)¹⁶. A ello se refiere, por ejemplo, la STSJ de Andalucía de 2 de noviembre de 2017, Málaga (Sala de lo Social, Sección 1.^a), Sentencia num. 1791/2017.

En este caso se trataba de un policía local que había sufrido un accidente laboral, había sido declarado en situación de incapacidad permanente total, pero llevaba tres años prestando sus servicios en otro puesto, en la situación de segunda actividad. Su patología le impedía saltar o correr en terreno irregular, pero había pasado a situación administrativa de segunda actividad, realizando funciones administrativas que abarcaban, entre otras, actividades control de entrada a dependencias policiales, educación vial, mantenimiento vehículos y material, administrativas, intendencia, RRHH, adscripción a protección civil, centro de emergencias y asesoramiento y apoyo. La valoración médica realizada había concluido que las lesiones que padecía eran limitantes para las tareas propias de un policía, pero que no presentaba limitaciones funcionales incapacitantes para la segunda actividad.

En esta sentencia, se aprovecha para recopilar la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la determinación de las funciones a tener en cuenta cuando el trabajador pasa a prestar servicios con la misma categoría profesional, en una segunda actividad (sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2011, de 3 de mayo, de 2 de julio y 2 de noviembre de 2012, entre otras). En ellas se ha considerado que «la profesión habitual no se define en función del concreto puesto de trabajo que se desempeñaba, ni en atención a la delimitación formal del grupo profesional, sino en atención al ámbito de funciones a las que se refiere el tipo de trabajo que se realiza o puede realizarse dentro de la movilidad funcional. Este criterio profesional no significa que las decisiones en materia de calificación de la incapacidad deban depender de las que, en función del estado del trabajador, puedan haberse adoptado en la relación de empleo: el sistema de calificación es independiente de las incidencias que puedan producirse en esa relación. A efectos de la calificación de la incapacidad permanente han de tenerse en cuenta todas las funciones que integran objetivamente la profesión¹⁷. La jurisprudencia de la Sala de lo Social del TS ha resuelto estas cuestiones recurriendo, «tanto a la referida doctrina acerca de la valoración de todas las actividades que integran la función y no sólo las inherentes a la segunda actividad, cuanto que la calificación de las incapacidades es independiente de las vicisitudes en el empleo, como —finalmente— que el ámbito de la profesión que hay que tener en cuenta para establecer la valoración de la IP no puede ser la segunda actividad sino la actividad normal que se realizaba con anterioridad al reconocimiento inicial de la incapacidad; aparte de que —como es lógico— sólo cabe revisar la IP por mejoría si media variación en la patología determinante del

reconocimiento inicial de aquélla» (STS de 26 de abril de 2017, Sala de lo Social, num. 356/2017).

En la STSJ de Cataluña de 21 de mayo de 2003, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, num. 485/2003, se analiza el caso de un policía local del Ayuntamiento de Masnou que había sufrido un infarto mientras prestaba su servicio y había tenido importantes secuelas. Solicitó su adscripción provisional a los servicios administrativos de la Biblioteca Municipal y le fue concedido. Posteriormente, el INSS, a través de la mutua, puso en conocimiento del Ayuntamiento la declaración de incapacidad permanente en el grado de total para que el Ayuntamiento pudiera formalizar la variación del puesto de trabajo o la baja del policía mediante su jubilación forzosa. Finalmente acordó su jubilación forzosa. La impugnación del policía fue desestimada al aplicarle lo dispuesto en los artículos 1.2 y 3.2 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, sobre incompatibilidad del personal al servicio de las Administraciones Públicas, en conexión con lo establecido en el artículo 332.1 del Decreto 214/1990, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del personal al servicio de las Entidades locales¹⁸, que establecen la incompatibilidad entre la pensión por jubilación o retiro, por derechos pasivos reconocidos por cualquier régimen de la Seguridad Social, con el ejercicio de un puesto de trabajo, y demás normas concordantes. Tampoco acepta su pretensión de dejar en suspenso la percepción de su pensión por incapacidad permanente en grado de total por ocupar otro puesto en segunda actividad. Ello, a juicio de la Sala «*vendría previamente condicionado por la existencia de dicho puesto de trabajo y por el cumplimiento de los requisitos de acceso al mismo a través del procedimiento legal, no siendo condición suficiente la sola pretensión o deseo del funcionario afectado de acceder a otro puesto de trabajo compatible con sus limitaciones físicas y convirtiendo su sola pretensión unilateral en una obligación por parte del Ayuntamiento de Masnou*». En este caso, nos encontramos con que el ejercicio de un derecho del funcionario se ve limitado por una cuestión estrictamente organizativa.

Otras sentencias han reconocido el derecho del funcionario, si no al pase a la segunda actividad, al considerarlo incompatible con ésta, el derecho a ser recolocado en otro puesto de trabajo si lo permite la organización y si así se ha previsto en la correspondiente negociación colectiva. Esta es, por ejemplo, la solución apuntada por la STSJ de Cataluña de 12 de septiembre de 2013, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, num. 913/2013, que ha aplicado lo dispuesto en el Acuerdo de las Condiciones de Trabajo del Personal Funcionario 2008-2012 del Ayuntamiento de Sant Boi de Llobregat, según el cual «... en

caso que un funcionario pasara a la situación de incapacidad permanente total, se le reconocerá el derecho a optar entre la jubilación por incapacidad o la continuación en la prestación del servicio en otro puesto de trabajo del mismo o inferior nivel o grupo profesional, siempre que exista esta posibilidad en la organización y cuando nuevo puesto sea compatible con su nueva situación...». Por ello, concluye que, si bien la actora no tiene derecho al pase a la segunda actividad en el cuerpo de Policía Local, sin embargo, en virtud de lo dispuesto en el precitado del Acuerdo, tiene derecho siempre que exista esta posibilidad en la organización, a ser recolocada y seguir prestando su servicio en otro puesto de trabajo del propio Ayuntamiento del mismo o inferior nivel o grupo profesional.

En fin, a falta de un régimen jurídico más completo y avanzado de la segunda actividad, la jurisprudencia está colmando las lagunas aplicando soluciones enormemente casuísticas. En todo caso, parece evidente que hay que deslindar la segunda actividad de la situación de incapacidad permanente total para el desarrollo de las funciones propias del cuerpo. Si las concretas circunstancias del policía local son valoradas como un supuesto de incapacidad permanente, las consecuencias deben ser las establecidas en el art. 67.1.c del TREBEP, esto es, la declaración de jubilación con la consiguiente pérdida de su condición funcional. Todo ello, claro está, sin perjuicio de que el policía pueda solicitar la rehabilitación en su condición de funcionario y el Ayuntamiento esté obligado a reconocérsela una vez desaparecida la causa objetiva que motivó su incapacidad (art. 68 del TREBEP).

B) *Incapacidad permanente absoluta, gran invalidez y segunda actividad*

Aunque ya hemos visto los problemas que plantea trazar las fronteras entre la segunda actividad y la declaración de incapacidad permanente total para el ejercicio de la profesión habitual, la incapacidad permanente absoluta tampoco ha estado exenta de dificultades. En principio, y tal como señala TRAYTER JIMÉNEZ, se debe excluir del concepto de segunda actividad aquella situación de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo o gran invalidez, entendidas como aquellas que inhabilitan por completo al trabajador para cualquier profesión u oficio, o las que determinan que, por las pérdidas anatómicas o funcionales, necesite de la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse o desplazarse (así, art. 194.5 y 6 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social).

Interesante es el supuesto que resuelve la STSJ de Cataluña de 1 de marzo de 2018, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, num. 128/2018, ante la impugnación por parte de la Generalitat de Catalunya del Reglamento de Segunda Actividad de la Policía Local de Palagruell, aprobado por el Pleno municipal, el 26 de julio de 2016. Entre otros muchos aspectos, se impugna la posibilidad que había previsto el reglamento de extender la segunda actividad al funcionario que se encuentre en situación de incapacidad permanente absoluta y/o gran invalidez.

La Generalitat entiende que la segunda actividad únicamente está prevista, por ley, para los supuestos de incapacidad permanente para la profesión habitual, ya sea de carácter total o parcial (art. 194.1.a) y b) del TRLGSS, vigente de acuerdo con la DT 26 del RDL 8/2015, pero no para las situaciones de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo o gran invalidez (art. 194.1, c) y d) del TRLGSS). Y ello porque estas últimas se configuran legalmente como las situaciones que inhabilitan por completo al trabajador para cualquier profesión u oficio o las que determinan que, por las pérdidas anatómicas o funcionales, necesiten la asistencia de tercera persona para los actos más esenciales de la vida (como vestirse o desplazarse). Del mismo modo, tampoco se incluyen las situaciones de incapacidad temporal (art. 169 y s.s. del TRGSS) ni la jubilación, tanto en su modalidad contributiva como no contributiva (art. 204 del TRGSS). A su juicio, ello supondría una infracción de la ley 16/1991, que no prevé la situación de segunda actividad para los casos de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez. La segunda actividad, como situación específica de los cuerpos policiales, solo estaría prevista en los casos en que un funcionario esté imposibilitado para desempeñar las tareas propias de su Cuerpo con el límite de que no comporte una imposibilidad física o una disminución de las facultades que le incapaciten permanentemente para el cumplimiento de sus funciones porque, en estos casos, lo que procede es tramitar el correspondiente expediente de incapacitación permanente o, si procede, el de jubilación forzosa (STSJ de Galicia n.º 96/2013, de 6 de febrero).

El Ayuntamiento, por el contrario, entiende que las causas que posibilitan el pase a la segunda actividad no pueden ser las mismas que las que se aplicarían a cualquier empleado beneficiario de la Seguridad Social, dado que las exigencias de la función pública están por encima de las normas para todos los empleados/beneficiarios. Si no se prevé la segunda actividad para todos los empleados públicos, tampoco ha de ser el mismo el régimen jurídico para los funcionarios de policía respecto a la norma general contenida en el régimen jurídico de la Seguridad Social, pues éste

está pensado para cualquier beneficiario mientras que la segunda actividad tiene como causa el plus de exigencia y se configura como una regulación específica. Por ello, la normativa de la segunda actividad debe ser diferente a la norma general de la Seguridad Social de modo que se puede concluir que una persona perfectamente apta para el desempeño de su actividad laboral, de acuerdo con la norma de la Seguridad Social, pueda convertirse en una disminución significativa en el ámbito policial. En consecuencia, es perfectamente adecuado configurar unos criterios y establecer una evaluación específica para el paso a la segunda actividad, al margen o como refuerzo de aquello previsto en la norma de la Seguridad Social. Y en este sentido, es significativo que el art. 44 de la Ley se aparta de la normativa de la Seguridad Social y prevé un Tribunal ad hoc para emitir el dictamen médico y unos criterios de evaluación específicos para el pase a la segunda actividad (independientes de la norma de la Seguridad Social tanto por lo que se refiere a las disminuciones como a su carácter permanente).

En esta sentencia se clarifican las relaciones entre la legislación sectorial sobre la segunda actividad y la declaración de incapacidad permanente por parte de la Seguridad Social, considerando que

«la incapacidad permanente absoluta declarada por el INSS constituye un presupuesto jurídico para que el funcionario perciba las prestaciones contributivas a las que tiene derecho. No obstante, dicha resolución no permite que se declare de forma automática la jubilación forzosa del funcionario que padece esta incapacidad. En el caso de los funcionarios sujetos al régimen general de la Seguridad Social, esta declaración ha de hacerla el órgano competente de la Administración a la que pertenece, previa tramitación del expediente correspondiente. Este expediente ha de resolverse “de acuerdo con la legislación en vigor”, es decir, previa determinación de la normativa legal o convencional aplicable al caso y con los efectos jurídicos previstos en la misma.

En consecuencia, al dejar la ley su desarrollo al reglamento sin establecer límites hemos de entender que tal regulación se integra en todo un régimen normativo por lo que no se produce una infracción del principio de jerarquía normativa. En consecuencia, esta impugnación ha de ser desestimada».

C) *La nueva línea jurisprudencial: incompatibilidad entre la segunda actividad y la pensión por incapacidad permanente total*

Esta materia resulta especialmente compleja y problemática¹⁹. En este punto habría que tener en cuenta el cambio jurisprudencial que en esta materia se ha producido a raíz de la STS de 26 de abril de 2017, Sala de lo Social, num. 356/2017, dictada en casación para

la unificación de doctrina, y que ha establecido la incompatibilidad entre la percepción de la pensión de IPT y el salario de segunda actividad. En este caso se trataba de una policía local de Benidorm que había sido declarada en situación de IPT, con efectos económicos desde el momento en que se diera de baja en el Ayuntamiento. La sentencia de instancia excluye que sea precisa la baja como empleada del Ayuntamiento, bastando para ello con que se produjera su cese como Policía municipal; con lo cual viene a sostenerse la incompatibilidad de la prestación económica reconocida con el ejercicio remunerado de la segunda actividad. Frente a dicha sentencia se interpuso el recurso de casación solicitando que se le reconociera el derecho a percibir la prestación reconocida sin que fuera necesaria su baja en el Ayuntamiento en su situación de segunda actividad. Finalmente, la Sala desestima el recurso y considera que, efectivamente, el inicio de la pensión por IPT que le había sido reconocida no puede tener otra fecha de efectos económicos sino la del cese en funciones de policía local, aunque esté en segunda actividad.

Según aclara la Sala, en este recurso lo que se debate es «si la percepción de la prestación ... es compatible con el desarrollo de una segunda actividad», de manera que tanto en uno como en otro procedimiento está involucrada una misma y compleja cuestión, relativa a la incidencia de la «segunda actividad» —propia de algunas profesiones, como policías y bomberos— en la declaración de IPT y en el percibo de la correspondiente prestación. Se analiza, pues, la fecha de efectos que ha de atribuirse a la IPT declarada cuando la beneficiaria, policía municipal, continúa prestando servicios en la «segunda actividad».

Recuerda el TS que existe una incontestable incompatibilidad entre la declaración de IPT y el desarrollo de la misma profesión habitual, toda vez que este tipo de pensión tiene una función de sustitución de las rentas salariales que ya no se pueden obtener en el ejercicio de la profesión habitual. En sentido contrario, es compatible con el ejercicio de una actividad distinta de la habitual para la que el funcionario sí tenga habilidad o capacidad física. En un principio ha admitido en sus sentencias que la profesión habitual no es identificable con el «grupo profesional» (STS de 28 de febrero de 2005) pero que tampoco lo es con el «puesto de trabajo» o «categoría profesional». Ahora bien, en la sentencia de 2017 revisa esta limitación a la luz de la nueva redacción del art. 194.2 del TRLGSS de 2015, que se refiere a «...la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional, en que aquella estaba encuadrada, antes de producirse el hecho causante de la incapacidad permanente».

A partir de ahí, la Sala realiza un análisis de la consideración profesional que haya de merecer la «se-

gunda actividad», o lo que es igual, si el ejercicio de tales funciones integra la profesión de «policía local». Tras el análisis de las distintas regulaciones autonómicas que se han realizado de esta materia y entre las que no se aprecian diferencias significativas, aunque la segunda actividad se considere como una «nueva» situación administrativa o una situación «especial», lo cierto y verdad es que la misma se halla integrada en el servicio activo del Cuerpo de la Policía local, no sólo porque se mantiene el mismo régimen económico y disciplinario, e incluso pueden ser obligados a realizar cometidos de la primera actividad, sino más específicamente porque la misma no está expresamente prevista en el art. 85 del TREBEP. A diferencia de lo que ocurre con todas estas situaciones, que ofrecen sustantividad propia y tienen unos determinados efectos en la relación de servicio, la «segunda actividad» únicamente se diferencia del ordinario servicio activo de Policía local en las específicas funciones a desempeñar, de menor exigencia psico-física²⁰.

Esta especial naturaleza jurídica de la segunda actividad tendría importantes consecuencias prácticas a estos efectos, toda vez que el policía local que ha pasado a la segunda actividad sigue manteniendo idéntica cualidad profesional de policía, aunque limite sus funciones a las menos gravosas de entre todas las que le correspondan a su categoría, y a la par mantiene sus correlativos ingresos como policía local en activo (Álvarez Moreno, 2016). Al ser ello así, *«habrá que entender que persiste en el ejercicio de la misma profesión y que el mantenimiento de su retribución es incompatible —por definición y en la legislación aplicable a la fecha del hecho causante— con una pensión de IPT que tiene naturaleza de renta sustitutoria de salarios dejados de percibir. Conclusión diversa no sólo desconocería el significado finalista de la protección por IP, sino que esa situación de compatibilidad pensión/salario parecería escasamente justificable tanto frente a otros compañeros en la misma situación de segunda actividad, pero generada por el cumplimiento de la edad, como respecto de los que se encuentren en la primera actividad y mantienen el trabajo más exigente de la profesión. Con lo que entramos en el ámbito del argumento apagógico —ad absurdum—, conforme al cual en los supuestos de duda interpretativa la opción correcta es decantarse por el sentido que satisfaga la finalidad que la norma persigue, excluyendo siempre la que conduzca a un resultado absurdo o contrario a aquélla»*. La lógica más elemental se opone a que pueda percibir pensión por incapacidad para ser policía local quien mantiene esa condición profesional, realiza los cometidos propios de ella —en primera o segunda actividad— y por tal actividad recibe la correspondiente retribución.

Con independencia de las dudas que pudiera causar la nueva redacción del TRLGSS de 2015, ha de tratarse de una coincidencia o diversidad de «funciones» entre profesiones diversas, y no en la misma (Galán Durán, 2016). Además, la expresión «...funciones... que dieron lugar» a la IPT ha de entenderse referida a las funciones conjuntas de la profesión y no a las específicas obstadas por la patología, tal como la Sala ha venido entendiendo que procede hacer al calificar la posible IP en las profesiones con «segunda actividad». Una interpretación contraria supondría privilegiar a los colectivos de funcionarios que tienen regulada la segunda actividad.

D) *El reingreso al servicio activo. ¿existe un camino de ida y vuelta entre la incapacidad permanente total y el pase a la segunda actividad?*

Dado que el supuesto habilitante del pase a esta situación es el estado de salud del policía local, es previsible que si se produce una mejoría éste pueda volver al servicio activo²¹. Sin embargo, no son muchas las legislaciones que prevén expresamente esta posibilidad. Las que así lo han hecho, han regulado los aspectos básicos de este procedimiento. En este sentido, puede traerse a colación el art. 88 de la legislación valenciana de 2017, que prevé la declaración de apto o no apto del policía local una vez que el tribunal médico ha realizado las valoraciones oportunas sobre su estado de salud. Este tribunal médico también puede disponer, en su caso, el reingreso del policía a la actividad ordinaria si se produce su total recuperación. En este caso se ha regulado la legitimidad para la iniciación del procedimiento, que podrá ser solicitado, o bien por el propio policía o bien por el Alcalde con el informe de la persona titular de la jefatura del cuerpo.

También la legislación andaluza prevé que pueda acordarse de oficio o a instancia del interesado el reingreso en el servicio activo, en el caso de que hayan desaparecido las causas que motivaron la disminución de aptitudes físicas o psíquicas, previo dictamen médico. Si el pase a la segunda actividad es motivado por accidente laboral o enfermedad profesional, el funcionario percibirá el 100 por 100 de sus retribuciones (art. 33.4 de la Ley andaluza). Más problemas plantea el intento de pasar desde una situación previa de declaración de incapacidad directamente a la segunda actividad, tal como veremos en el siguiente epígrafe.

En relación con ello, otra de las cuestiones problemáticas que actualmente presenta la segunda actividad es la de determinar si existe el derecho del policía local a pasar a esta situación cuando previamente ha

sido declarado en situación de incapacidad permanente, toda vez que al final casi todo dependerá en última instancia de la regulación que se haya realizado en cada Ayuntamiento y de la sensibilidad del Ayuntamiento frente a este tipo de situaciones, que son especialmente gravosas para el policía afectado²². El problema no es baladí para el policía local que ha sufrido una merma de sus capacidades psíquicas o físicas, toda vez que el derecho a una pensión de IPT supone una sensible merma de sus rentas salariales, aproximadamente el 55% de la base reguladora de cálculo de la pensión.

En este ámbito ha incidido directamente la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con una Discapacidad, publicada en el Boletín Oficial del Estado el 21 de abril de 2008, así como la Directiva 2000/78 / CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el trabajo y el empleo, dentro del Tratado de la Unión Europea, así como el resto de las normas en relación a los derechos de las personas con discapacidad²³. Ello ya ha supuesto importantes modificaciones en el ámbito funcional. La nueva redacción del art. 59 del TREBEP obliga a la Administración, no sólo a reservar un cupo a las personas incapacitadas en los términos previstos en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, sino también a adoptar las medidas que sean precisas para establecer las adaptaciones y ajustes razonables de tiempos y medios en el proceso selectivo y, una vez superado dicho proceso, las adaptaciones en el puesto de trabajo a las necesidades de las personas con discapacidad. Es decir, ya que para los policías locales existe esta específica situación de la segunda actividad, ¿tendría derecho el policía local que ha sido declarado en incapacidad permanente total a solicitar el pase a la segunda actividad?

La cuestión no es pacífica. El nuevo marco legislativo obliga a la Administración a realizar las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal para las personas con discapacidad siempre que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos sus derechos. En este sentido, por ejemplo, puede traerse a colación el ejemplo catalán, aunque no ha llegado a fructificar. En julio de 2015 se presentó una Proposición de Ley de segunda actividad de policías y bomberos de Cataluña (Trayter Jiménez, 2016). La fi-

losófica de la que se parte es muy distinta. Se entiende que el hecho de que una persona tenga una disminución psicofísica, es decir, una discapacidad, no puede comportar que se pierda el trabajo. Todo lo contrario, debería ser obligación de su Administración de pertenencia, asumir su integración y convertirse en el garante del derecho general a la readaptación profesional de cualquier discapacidad, tenga el grado que tenga reconocido, con una condición física y psíquica que le permita desplegar funciones útiles²⁴.

Sobre esta cuestión se ha pronunciado de una manera muy clarificadora la *Resolución del Defensor del Pueblo Andalúz formulada en la queja 17/0675 dirigida a Ayuntamiento de Puerto Serrano (Cádiz)* ante la situación profesional acaecida a un policía Local por la negativa del Ayuntamiento a declarar el pase a la segunda actividad como consecuencia de la declaración de incapacidad permanente del policía —y posterior pérdida de su condición funcional— producida por una agresión que le causó la pérdida de un ojo y secuelas post-traumáticas²⁵. Según se apunta en el informe, ha habido algunas sentencias que han adoptado una postura muy flexible y amplia al respecto. Así, la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Sevilla, n.º 42/2015, de 26 de febrero, ha considerado que la declaración efectuada por el INSS no opera automáticamente a favor de la jubilación ni excluye el pase a la segunda actividad; en todo caso, de existir una discordancia entre regulaciones legales ha de acudirse al principio de jerarquía normativa, y así en la Ley andaluza de coordinación de las policías locales, la ley 13/2001, se hace referencia a la incapacidad transitoria o de otro tipo «sin ninguna otra especificación», por lo que debemos entender que también los supuestos de incapacidad permanente total pueden ser compatibles con la segunda actividad, previa instrucción del correspondiente procedimiento, sin que deban ni puedan hacerse interpretaciones restrictivas del precepto, que vendrían a limitar derechos reconocidos a los interesados.

En su Dictamen, ha considerado finalmente el Defensor del Pueblo Andalúz que en estos casos de incapacidad permanente para el desempeño de las funciones del puesto habitual de trabajo, si no pudieran complementar esa reducción de sus ingresos salariales con el desarrollo de otra actividad, supondría una discriminación más ante la situación de infraprotección de este colectivo, especialmente en aquellos supuestos en los que la incapacidad está causada por el cumplimiento de las funciones inherentes a la prestación del servicio público que tienen encomendado²⁶.

En fin, el nuevo marco jurídico de la discapacidad obliga a repensar esta institución. De hecho, tal como veremos más adelante, algunas Comunidades Autó-

nomas como la valenciana o la vasca están realizando importantes avances en esta materia permitiendo la modulación y adaptación del puesto de trabajo como medida alternativa al pase a segunda actividad.

2. La edad del policía local

La edad es otro de los supuestos habilitantes de la segunda actividad, la razón objetiva de esta institución. Las distintas legislaciones autonómicas prevén expresamente una edad mínima para el pase a esta situación, dependiendo normalmente de la escala a la que pertenezca el policía local. No suele haber grandes variaciones entre ellas, aunque algunas establecen edades muy tardías, tal como sucede, por ejemplo, con la Ley 9/2003 de Coordinación de Policías Locales de Castilla y León, cuyo art. 35 establece los 60 años para la escala básica y 62 para la escala técnica y superior. Otras permiten el pase a una edad bastante más temprana. En este sentido, podemos traer a colación, por ejemplo, la legislación valenciana de 2017, que ha previsto que, en ningún caso, la edad para acceder a la segunda actividad puede ser inferior a los cincuenta y cinco años, a petición voluntaria del funcionario interesado, siempre que acredite un mínimo de veinte años de prestación de servicio activo, de los cuales cinco deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de la petición. Se requiere, pues, haber permanecido en situación de activo en el Ayuntamiento y prestando servicios, como mínimo, los cinco años inmediatamente anteriores a la petición, al cumplirse las siguientes edades:

1. Escala superior: 60 años.
2. Escala técnica: 58 años.
3. Escala ejecutiva: 56 años.
4. Escala básica: 55 años.

En otras legislaciones, como la castellanomanchega o la andaluza, por ejemplo, se regulan las edades, más que como un derecho del funcionario, como una obligación que sólo puede ser levantada por el Ayuntamiento, que puede limitar de forma motivada el pase a esta situación a algunos funcionarios y prorrogar su permanencia en el servicio activo de quienes, en orden inverso al de la fecha en que cumplan la edad, excedan del cupo así fijado²⁷. Asimismo, se prevé que se pueda aplazar el pase a esta situación por sucesivos períodos de un año, cuando exista solicitud expresa del interesado y siempre que medie informe favorable del Tribunal Médico encargado de hacer la valoración física y psíquica del policía.

En la mayoría de las legislaciones autonómicas la edad mínima ronda los 55 años. Ello quiere decir que un policía local de la escala base podría pasar a esta

situación de segunda actividad a partir de los 55 años y podría jubilarse a partir de los 59 o 60 años, cumpliendo los porcentajes y años mínimos de cotización previstos en la legislación de Seguridad Social. No obstante, estos cuatro o cinco años que como mínimo podría estar en esta situación no le van a computar a efectos de aplicación de los nuevos coeficientes reductores que prevé el nuevo Real Decreto 1449/2018. Después lo veremos con más detalle.

Otras Comunidades configuran el pase a esta situación como un derecho casi automático del funcionario cuando llega a una determinada edad (como Castilla y León, donde basta presentar la solicitud con antelación y donde además el silencio administrativo es positivo), aunque en estos casos suelen contener cláusulas para armonizar el derecho del funcionario con las necesidades del servicio, previendo la posibilidad de que el Ayuntamiento pueda limitar para cada año natural y categoría, el número máximo de funcionarios que puedan pasar a la situación de segunda actividad, prorrogando la permanencia en el servicio activo de quienes, en orden inverso al de la fecha en que cumplan la edad, excedan del cupo así fijado. Así lo dispone, por ejemplo, el art. 86 de la Ley 4/1992, de 17 de julio, de Policía del País Vasco, que regula también el derecho del policía a solicitar un aplazamiento del pase a la segunda actividad, por sucesivos períodos de un año, si así lo solicita expresamente y obtiene un informe favorable del Tribunal Médico.

A) *El nuevo régimen de jubilación anticipada establecido en el real decreto 1449/2018, de 14 de diciembre*

En virtud de lo previsto en el art. 206 de Ley General de Seguridad Social se ha creado un nuevo derecho a la jubilación anticipada para los policías locales. En aplicación de este precepto se inició el correspondiente procedimiento y se hicieron los correspondientes estudios de siniestralidad, penosidad, peligrosidad y toxicidad de sus condiciones de trabajo, su incidencia en los procesos de incapacidad laboral y los requerimientos físicos que se exigen para el desarrollo ordinario de su actividad. Tras un largo proceso, ha sido finalmente el Real Decreto 1449/2018, de 14 de diciembre, el que ha venido a concretar esta posibilidad y a establecer coeficientes reductores de la edad de jubilación para los policías locales al servicio de las entidades locales.

Es la primera vez que se aplica este concreto procedimiento, aunque distintas normas han previsto la rebaja en la edad de jubilación para otros colectivos²⁸. Se explica así el recelo que desde algunos sectores se ha mostrado a esta medida que, en todo caso, debe ser excepcional en la medida en que contradice

lo que viene siendo la regla general en una coyuntura específica que parece avanzar en sentido contrario. Ante el aumento de la esperanza de vida, la crisis demográfica española y la consiguiente amenaza de la sostenibilidad financiera del sistema de Seguridad Social, se ha optado por el aumento general de la edad de jubilación (Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social).

Según el Dictamen del Consejo de Estado número 880/2018, de 29 de noviembre, los distintos informes realizados sobre esta cuestión pusieron de manifiesto que existían elevados riesgos en diversas actuaciones propias de la policía local. *«Los resultados obtenidos sobre siniestralidad derivados de la muestra de ayuntamientos disponible se pueden resumir de la siguiente manera: a) hay una siniestralidad por contingencias profesionales elevada para el colectivo de menores de 55 años. No obstante, los indicadores de gravedad no son significativamente superiores a los de la población ocupada; b) la siniestralidad por contingencias profesionales en edades superiores a los 55 años no es elevada; e) la siniestralidad derivada de contingencias comunes no es significativa. El hecho de que la siniestralidad laboral a partir de los 55 años sea baja se debe a la existencia de la segunda actividad en todas las CCAA. Sin embargo, y aunque la totalidad de las CCAA tienen regulada una segunda actividad, no todos los ayuntamientos la han desarrollado, lo que puede generar un problema de discriminación para aquellos policías que realizan su trabajo en ayuntamientos que por su tamaño o capacidad financiera no pueden facilitar a los agentes esa segunda actividad».* De hecho, el Ministerio de Hacienda y Función Pública elaboró un primer informe desfavorable el 16 de enero de 2018, a la vista del elevado coste presupuestario que podría tener para las Administraciones locales y de su «efecto demostración» respecto a otros colectivos, por lo que sugería la posibilidad de reubicación de los funcionarios afectados en puestos administrativos, utilizando la situación administrativa del pase a segunda actividad.

Posteriormente, el Ministerio de Hacienda volvió a informar el proyecto reiterando las observaciones realizadas, aunque esta vez no realizaba una valoración desfavorable, sino que más bien añadía que la norma debía entrar en vigor después de que lo hiciera la ley que estableciese la cotización recargada para este colectivo. Y así efectivamente se había hecho de forma anticipada con la LPGE 6/2018, de 3 de julio, que ya había establecido dos importantes tipos de medidas al respecto en sus disposiciones adicionales centésima sexagésima cuarta y centésima sexagésima quinta. Por una parte, previó la apli-

cación a los policías locales de un tipo de cotización adicional sobre la base de cotización por contingencias comunes, de modo tal que, a partir del día 2 de enero de 2019, fecha de entrada en vigor del Real Decreto 1449/2018 que ha fijado finalmente el coeficiente reductor de la edad de jubilación en favor de este colectivo, se exigiría un tipo de cotización adicional, que será del 10,60. El Ayuntamiento se haría cargo del 8,84 por ciento y el policía local del 1,76 por ciento²⁹.

Asimismo, para que el servicio público que prestan los policías locales no se viera perturbado, los Ayuntamientos podrían disponer durante el año 2018, una tasa de reposición de efectivos adicional a la prevista en su artículo 19, que vendría determinada por el número de bajas que se prevean en este ejercicio y en el ejercicio 2019 como consecuencia de dicho adelanto de la edad de jubilación. Esta tasa adicional se descontará de la que pudiera corresponder en los ejercicios 2019 y 2020.

Pues bien, finalmente se aprobó el Real Decreto 1449/2018, que parece partir de la presunción de que los requerimientos psicofísicos que se exigen para el ingreso en este cuerpo de seguridad y para el adecuado desarrollo de la actividad propia de los policías locales no pueden realizarse o resultan más gravosos a partir de una determinada edad, cumpliéndose de esta forma los requisitos exigidos en el Real Decreto 1698/2011, de 18 de noviembre, para la reducción de la edad de acceso a la jubilación. Asimismo, presume directamente que se cumple el requisito esencial establecido en el art. 206.1 de la Ley General de la Seguridad Social respecto de que no es posible tampoco «la modificación de las condiciones de trabajo, condición que también es cumplida por este colectivo en todos los casos». A mi juicio, aquí se puede presentar un problema teórico en cuanto a la configuración de este nuevo derecho y que podría cuestionar la legalidad de este reglamento, toda vez que presume directamente que en ninguno de los casos que se puedan plantear pro futuro se podrían modificar las condiciones de trabajo de los policías locales, cuando precisamente la situación de segunda actividad no es sino esto, la modificación de las condiciones de trabajo del policía local para que pueda seguir en activo y cotizando, aunque sea realizando otras funciones diferentes a las propias del cuerpo de policía local. En este sentido podríamos decir que se produce un solapamiento de instituciones porque ambas están pensadas para el cumplimiento del mismo objetivo.

En fin, el Real Decreto 1449/2018 reduce la edad ordinaria exigida para el acceso a la pensión de jubilación en un periodo equivalente al que resulte de aplicar a los años completos efectivamente traba-

jados como policía local el coeficiente reductor del 0,20, con el límite de que el policía no podrá acceder a la pensión de jubilación con una edad inferior en 5 años a su edad ordinaria de jubilación, o en 6 años en los supuestos en que se acrediten 37 años de actividad efectiva y cotización³⁰. Este período reducido computa como cotizado al exclusivo efecto de determinar el porcentaje aplicable a la correspondiente base reguladora para calcular el importe de la pensión de jubilación. Para ello el policía local necesita tener cubierto como mínimo el período de carencia de 15 años de cotización³¹. En principio, para la consideración del «tiempo efectivamente trabajado» que se exige para poder aplicar los coeficientes reductores, el art. 3 solo tiene en cuenta el tiempo de actividad efectiva y cotización destinado en puestos propios de los Cuerpos de Policía local al servicio de la respectiva entidad local. De interpretar la literalidad de este precepto, el pase a segunda actividad podría no computar dependiendo del puesto de trabajo concreto que se ocupe en la segunda actividad, lo que podría dificultar el acceso a este derecho.

Efectivamente, según el art. 3, para poder aplicar los coeficientes reductores sólo se tendrá en cuenta el tiempo efectivamente trabajado, esto es, el tiempo de actividad efectiva y cotización destinado en puestos propios de los Cuerpos de Policía local al servicio de la respectiva entidad local. De hecho, se van a descontar todas las faltas al trabajo salvo las que tengan por motivo la incapacidad temporal por enfermedad común o profesional, o accidente, sea o no de trabajo; las faltas causadas por motivos de la suspensión de la prestación de servicios por maternidad, paternidad, adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural, así como los permisos y licencias retribuidos, disfrutados en virtud de las correspondientes disposiciones normativas o convencionales.

Es decir, el tiempo de prestación de servicios en una segunda actividad podría no computar a efectos de aplicar estos coeficientes reductores si se desarrolla en puestos no propios de los cuerpos de policía local. Ahora bien, ello no significa que no pueda accederse a este privilegio desde la segunda actividad. Ello viene dispuesto en el art. 5 del RD 1449/2018 que, al menos en principio, exige que los policías locales hayan permanecido en situación de alta por dicha actividad hasta la fecha en que se produzca el hecho causante de la pensión de jubilación. No obstante, se permite también acceder a este beneficio a aquellos policías que «habiendo alcanzado la edad de acceso a la jubilación que en cada caso resulte de la aplicación de lo establecido en el artículo 2, cesen en su actividad como policía local, pero permanezcan en

alta por razón del desempeño de una actividad laboral diferente, cualquiera que sea el régimen de la Seguridad Social en el que por razón de esta queden encuadrados». Es decir, el tiempo en el que el policía está en segunda actividad no inhabilita para el ejercicio de este derecho siempre que se cumplan todos los demás requisitos establecidos por la norma, pero el tiempo no computaría a efectos de aplicación de los coeficientes reductores. Esos años quedarían en una especie de limbo jurídico a estos efectos.

Se trata de un derecho de carácter rogado, que no es automático, sino que ha de ser solicitado por el policía que cumpla todos los requisitos para el anticipo de la edad de jubilación. No se trata, sin embargo, de una jubilación anticipada, toda vez que mantiene el carácter de edad ordinaria de jubilación. De hecho, el período en que se vea reducida la edad de jubilación ordinaria se considerará como cotizado a efectos de determinar el porcentaje aplicable a la correspondiente base reguladora para calcular el importe de la pensión de jubilación.

La única especialidad consiste en que se establece una forma distinta para establecer la edad de jubilación ordinaria de los policías locales mediante la aplicación de unos porcentajes reductores de la edad en virtud del tiempo de servicios prestados en el cuerpo y con el límite infranqueable de los seis años³². Por ello, el ejercicio de este derecho tiene importantes efectos en su régimen jurídico. Supone la pérdida de la condición de funcionario que prevén los artículos 63.c) y 67 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*. No pueden recibir compensaciones o premios por jubilación anticipada, aunque tampoco sufrirán merma alguna respecto del importe de pensión que percibiría si no se aplicaran los factores de corrección que permiten el anticipo de su edad ordinaria de jubilación.

Para que la jubilación anticipada de los policías locales no afecte al servicio público se ha previsto una tasa adicional de reposición de efectivos en la disposición transitoria segunda del reglamento y en relación con lo dispuesto en la disposición adicional centésima sexagésima quinta de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018. Para ello, el policía local interesado en jubilarse anticipadamente debe comunicar al Ayuntamiento su voluntad de acogerse a este beneficio antes del día 31 de cada año para que su Administración pueda organizarse y ampliar adicionalmente la tasa de reposición, que será efectiva desde la presentación de la solicitud de jubilación anticipada. Se trata nuevamente de un automatismo que puede generar disfunciones, toda vez que el pase a este beneficio puede

producirse también desde la situación administrativa de segunda actividad, por lo que es posible que el Ayuntamiento ya hubiera tomado las medidas adecuadas para la cobertura de esos puestos de policía que hubieran quedado vacantes.

B) El posible impacto del real decreto 1449/2018 sobre la segunda actividad

El derecho se reconoce si se cumplen los requisitos de tiempo de cotización que exige el reglamento. Se ha configurado como un derecho rogado. El policía, además de solicitarlo ante la Seguridad Social, deberá comunicar al Ayuntamiento su voluntad de acogerse a esta modalidad de jubilación antes del día 31 de enero de cada año para que éste pueda planificarse oportunamente y, en su caso, prever una tasa de reposición de efectivos adicional, de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional centésima

sexagésima quinta de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018. Según lo dispuesto en la disposición transitoria segunda, la tasa de reposición adicional será efectiva desde la presentación de la solicitud de jubilación anticipada.

Además de cumplir el requisito de haber cotizado al menos durante 15 años en puestos policiales³³, se exige, si el hecho causante de la pensión de jubilación se produce en 2019, tener 35 años y 6 meses de cotización efectiva como policía local; si el hecho causante se produce en 2020, 2021 o 2022, se exige contar con 36 años de cotización efectiva como policía local; si el hecho causante se produce en 2023, 2024, 36 años y seis meses de cotización efectiva como policía local; si el hecho causante es en 2027 o en años posteriores, 2025 o 2026, se exigen 37 años de cotización efectiva como policía local.

Tabla 1

Memoria abreviada del análisis de impacto normativo del Proyecto de Real Decreto por el que se establece el coeficiente reductor de la edad de jubilación en favor de los policías locales al servicio de las Administraciones municipales

Año 2018

Años cotizados totales 36,5 **36 años y 6 meses o más**
Edad ordinaria de jubilación 65

Años reales acreditados como policía local	Edad real de jubilación	BR	Años adelanto
15	62,0	100%	3
16	61,8	100%	3,2
17	61,6	100%	3,4
18	61,4	100%	3,6
19	61,2	100%	3,8
20	61,0	100%	4
21	60,8	100%	4,2
22	60,6	100%	4,4
23	60,4	100%	4,6
24	60,2	100%	4,8
Desde 25 años hasta 35 años y 6 meses	60,0	100%	5
Desde 35 años y 6 meses o más	59,0	100%	6

Nota. Gráfica elaborada por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Memoria abreviada del análisis de impacto normativo del Proyecto de Real Decreto por el que se establece el coeficiente reductor de la edad de jubilación en favor de los policías locales al servicio de las Administraciones municipales, junio de 2017, pág. 10. El número de personas afectadas cada año por la nueva medida, según las hipótesis de trabajo explicitadas, adelantan de media casi 5 años la edad de jubilación.

El artículo 3 del Real Decreto 1449/2018 exige al policía local un tiempo de actividad efectiva y cotización destinado en puestos propios de los Cuerpos de Policía local al servicio de la respectiva entidad

local. Este nuevo derecho se ha establecido pensándolo estrictamente desde el ámbito de la Seguridad Social, en ejercicio de las competencias exclusivas que tiene atribuidas el Estado en materia de régimen

económico de la Seguridad Social (art. 149.1.17 de la Constitución). Sin embargo, puede tener importantes consecuencias en la institución administrativa de la segunda actividad cuando el hecho causante es la edad. Los problemas que ya de por sí ha venido planteando el pase a segunda actividad se pueden ver agravados hasta el punto de que la conviertan en una institución inaplicable o no conveniente. Ello es así por varios motivos.

En primer lugar, porque se puede producir un solapamiento de instituciones. Si tenemos en cuenta que el pase a segunda actividad por edad se puede dar, según las distintas normativas y escalas, a partir de los 56 o 57 años y que la jubilación anticipada se puede producir desde los 59 o 60 años, el ámbito de actuación de la segunda actividad puede quedar notablemente reducido. Es más, en algunas Comunidades Autónomas se ha configurado la segunda actividad como una obligación que se produce automáticamente al llegar la edad prevista en la correspondiente normativa³⁴. ¿Cómo articular ambas instituciones? Si se produce el pase automático a la segunda actividad, posiblemente el policía se vea perjudicado si posteriormente quiere ejercitar este derecho a anticipar su jubilación. Todo parece apuntar a que el nuevo Real Decreto tendrá que llevar a realizar algunos ajustes en las distintas normativas reguladoras de esta institución.

En segundo lugar, porque el tiempo de prestación de servicios que pase el policía local en una segunda actividad, que podría ser perfectamente de cuatro o cinco años, podría no computar a efectos de aplicar estos coeficientes reductores. El artículo 3 del Real Decreto explicita que sólo computa como tiempo trabajado a efectos de la aplicación de los coeficientes reductores el tiempo trabajado en puestos propios de la policía local, prestando efectivamente las funciones propias del cuerpo. Ello implica que el concreto puesto de trabajo que se ocupe durante la segunda actividad tiene gran importancia para el éxito de esta institución y el propio ejercicio del derecho de jubilación del policía local.

Durante el período de información pública del procedimiento para la elaboración del reglamento, distintas asociaciones de carácter policial pusieron de manifiesto la necesidad de que se computara con mucha flexibilidad el período de cotización y se tuvieran en cuenta los años efectivamente cotizados en todos los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, en las Fuerzas Armadas, como agentes rurales y vigilantes municipales y no solo los años efectivamente cotizados como policía local. Se había propuesto incluso que se computaran los años en los que el policía hubiera permanecido en situación de excedencia por servicios especiales e incluso que la medida no se

restringiera exclusivamente a los funcionarios de carrera. El reglamento optó finalmente por un planteamiento muy estricto.

Esta redacción abre solo ciertas posibilidades de aplicación para la segunda actividad, toda vez que ésta puede desarrollarse a través del desempeño de determinados puestos de trabajo propios de este cuerpo, en puestos policiales, o, subsidiariamente, en cualesquiera otros puestos de trabajo del Ayuntamiento. Es más, algunas legislaciones prevén incluso que la Relación de Puestos de Trabajo de la Administración Autonómica pueda abrir sus puestos para los policías en segunda actividad, lo cual haría imposible la aplicación de los coeficientes reductores durante esos años³⁵ o incluso que el policía no ocupe ningún concreto puesto de trabajo y pase a la situación de expectativa de destino con las mismas retribuciones³⁶. Sólo en el primero de los supuestos podría computarse este tiempo a efectos del anticipo de la edad de jubilación. Por el contrario, no computará el tiempo que pase el policía local en segunda actividad si el puesto que ocupa no es un puesto policial o se trata más específicamente de casos de segunda actividad sin destino. Si el Ayuntamiento quiere fomentar el pase a la segunda actividad deberá ser extremadamente cuidadoso a la hora de determinar qué puestos de trabajo son susceptibles de ocupación en segunda actividad. Habrá que armonizar las potestades autoorganizativas de la Administración a la hora de configurar sus plantillas y sus relaciones de puestos de trabajo con las expectativas y el derecho a la jubilación anticipada de sus policías locales.

En tercer lugar, aunque no son incompatibles y se puede solicitar cuando el policía está en segunda actividad, el hecho causante de la rebaja en la edad de cotización ha debido cumplirse cuando todavía se encontraba en servicio activo como policía local. Dadas las importantes ventajas que supone el ejercicio de este derecho, es previsible que si el funcionario cumple todos los requisitos solicite el adelanto de su edad de jubilación en vez del paso a segunda actividad. Cabría pensar también en la posibilidad de que el policía estuviera en segunda actividad y hubiera obtenido la reincorporación al cuerpo para poder solicitar la aplicación de los coeficientes reductores. Sin embargo, cuando el hecho causante de la segunda actividad es la edad, no se prevé la posibilidad de pasar al servicio activo. Sólo algunas legislaciones autonómicas prevén el reintegro cuando el hecho causante es la disminución de las condiciones psicofísicas del policía y se produce una mejoría.

La medida puede tener un efecto inmediato para todos aquellos policías que a día de hoy se encuentran en segunda actividad y por los extensos años de servicio han cumplido con los requisitos, pues a

ellos se les permite solicitar el ejercicio del derecho en virtud de lo previsto en su artículo 5. Recordemos que este precepto, aunque exige que el policía local esté en situación de alta en la fecha en que se produzca el hecho causante de la pensión de jubilación, permite, no obstante, que se pueda pedir incluso cuando se encuentren en el desempeño de una segunda actividad siempre que hayan cumplido los requisitos de desempeño efectivo estando en activo. Es decir, el ejercicio del derecho puede quedar latente y puede ser solicitado en cualquier momento durante la segunda actividad si así interesa al policía local.

3. El pase con ocasión de embarazo o lactancia. ¿es oportuno el mantenimiento de esta causa?

Algunas Comunidades Autónomas han previsto un tercer supuesto habilitante para el paso a la segunda actividad, el del embarazo o lactancia, a solicitud de la funcionaria interesada o de oficio por la corporación local, previa emisión de informe médico facultativo que acredite dichas circunstancias. Buen ejemplo de ello se encuentra, por citar tan solo un ejemplo, en el art. 47 de la Ley 1/2018, de 22 de febrero, de Coordinación de Policías Locales de la Comunidad de Madrid o en la *Ley andaluza 13/2001, de 11 de diciembre, de Coordinación de las Policías Locales*, o en el art. 71 de la Ley 8/2007, de 13 de junio, de Policía de Galicia, por citar tan solo algún ejemplo.

Sin embargo, su inclusión como supuesto habilitante plantea importantes problemas, toda vez que nuestro ordenamiento jurídico ya incorpora otras instituciones para proteger el embarazo y la lactancia. Estos problemas, no sólo prácticos, sino también teóricos, afectan a la propia configuración jurídica de esta institución en la medida en que, tal como ha resaltado Trayter Jiménez (2016), la segunda actividad no está pensada como una institución de carácter tan efímero y transitorio, más que nada porque la situación de embarazo y parto en la que se puede encontrar la mujer policía ya se encuentra protegida en nuestro ordenamiento jurídico a través de otras instituciones. Tampoco queda claro que esta especial situación aporte ningún elemento de protección adicional para la mujer policía embarazada. Más bien, como señala este autor a quien estamos siguiendo, la extensión de esta situación al período de embarazo podría tener el efecto contrario al deseado y desembocar en la fijación de un sistema regresivo de protección.

El art. 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales, establece impor-

tantes medidas de protección de la mujer policía embarazada —o después del parto durante el período de lactancia natural— que harían innecesario el pase a la segunda actividad. Si la actividad policial presenta cualquier riesgo específico para la embarazada, el Ayuntamiento debe adoptar las medidas necesarias para evitarlo a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la funcionaria afectada. Dichas medidas pueden suponer la exclusión del trabajo nocturno o de trabajo a turnos. Además de estas medidas de adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo, si es necesario el Ayuntamiento debería incluso adscribirla temporalmente a otro puesto que implique la realización de funciones diferentes y que sean compatibles con su estado³⁷. Incluso si este cambio de puesto no resultara factible cabe la posibilidad de suspender temporalmente el contrato por riesgo durante el embarazo durante el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado. También desde el ámbito funcional se han fijado importantes medidas de protección para cubrir las necesidades que se puedan derivar del embarazo y del parto para la mujer policía local.

Efectivamente, ya el art. 48 del TREBEP establece toda una pléyade de permisos a los que pueden recurrir las mujeres embarazadas o que ya han dado a luz, para asistir a exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto. Pueden disfrutar de permisos por lactancia de un hijo menor de doce meses, que supondrá el derecho a una hora de ausencia del trabajo que podrá dividirse en dos fracciones. Pueden sustituir este derecho por una reducción de la jornada normal en media hora al inicio y al final de la jornada o, en una hora al inicio o al final de la jornada, con la misma finalidad. Se les reconoce el derecho a ausentarse del trabajo durante un máximo de dos horas diarias percibiendo las retribuciones íntegras en caso de nacimiento de hijos prematuros o que por cualquier otra causa deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, etc.

En todo caso, la jurisprudencia ha aclarado que no cabe que un reglamento local regulador de la segunda actividad pueda establecer por sí mismo este supuesto habilitante si no existe la correspondiente legislación autonómica que le dé cobertura. Así ha sucedido con la STSJ de las Islas Canarias de 3 de marzo de 2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo, num. 199/2006, que anuló el Reglamento de la Segunda Actividad de la Policía Local de Las Palmas de Gran Canaria de 26 de julio de 2002 porque no estaba prevista esta circunstancia en la legislación autonómica y ello supone una vulneración del art. 9 de

la Constitución, en cuanto al respeto debido a la jerarquía normativa como uno de los elementos del principio de seguridad jurídica, lo que determina su nulidad radical. Por cierto, en esta sentencia se apunta también a la innecesariedad de establecer este supuesto como causa del pase a la segunda actividad. Así, según la Sala, *«cierto es que la protección específica de la maternidad de los períodos pre y postnatales persigue una clara finalidad social, esto es, la protección de la maternidad, a la que se añade la finalidad de promocionar el establecimiento de una relación de carácter familiar, absolutamente necesaria con el que acaba de nacer. La protección extiende, por ello, su campo de actuación, alcanzado tanto al neonato como a la familia en su conjunto. Ahora bien, el ordenamiento jurídico ya tiene diseñada la protección de la maternidad mediante un acabado conjunto de normas legales que satisfacen plenamente la justísima finalidad perseguida. De modo que esta innovación del ordenamiento jurídico por el Reglamento recurrido, atendiendo a las circunstancias destacadas, resulta abiertamente contraria a Derecho y, además, no aporta una justificación objetiva de su razón de ser»*.

Es decir, nuestro ordenamiento jurídico ya ha previsto toda una gama de importantes medidas de protección de la mujer policía local que está embarazada o que acaba de ser madre que son mucho más amplias y particularizadas que la eventual protección que supondría el pase a la segunda actividad, por lo que no estaría de más replantearse el mantenimiento de esta causa.

En definitiva, la innecesariedad de mantener esta causa como presupuesto habilitante para el pase a la segunda actividad, la nueva regulación del anticipo de la edad de jubilación del policía local, los problemas que plantea la falta de completitud de esta institución por parte de los legisladores autonómicos y el desfase que se ha producido en materia de discapacidad deberían llevar al legislador autonómico a repensar esta institución en términos más modernos y respetuosos con los derechos del policía local.

Esta necesidad resulta todavía más imperiosa si tenemos en cuenta el importante debate que ha surgido en estos últimos meses sobre la posibilidad de que los funcionarios interinos puedan ejercer funciones de autoridad reservadas a los funcionarios de carrera. Por una parte, la reciente STS de 14 de junio de 2019, Sala de lo Contencioso Administrativo (sentencia 828/2019), impedía el nombramiento de policías locales en régimen de interinidad al realizar una interpretación exclusivamente literal de dicción del art. 92.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. Y ello porque la modificación introducida en la redacción de este precepto por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización

y sostenibilidad de la Administración Local, al establecer la reserva de funciones, se refiere exclusivamente a los «funcionarios de carrera», por lo que impediría a los policías locales interinos su ejercicio. Este pronunciamiento podía plantear problemas para garantizar la seguridad ciudadana en algunos Ayuntamientos turísticos durante los períodos estivales en los que aumenta la población o en aquéllos en los que se anticiparan jubilaciones. La Sentencia del Tribunal Constitucional 106/2019, de 19 de septiembre, sin embargo, ha permitido mitigar este desasosiego realizando una interpretación lógica y sistemática del precepto controvertido, permitiendo, pues, que las necesidades de personal puedan subvertirse mediante el nombramiento de policías locales en régimen de interinidad.

Si bien la doctrina del Tribunal Constitucional ha permitido introducir cierta calma en esta materia, el envejecimiento de las plantillas en nuestras Administraciones y los numerosos puestos de policía local que van a quedar vacantes a partir de este año con el adelanto de su edad de jubilación requieren la búsqueda de mecanismos ingeniosos que permitan solucionar las necesidades de plantilla en los Cuerpos de Policía local. La colaboración con otros miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, el sagaz empleo de mecanismos de cooperación intermunicipal o el nombramiento de funcionarios interinos auxiliares para reforzar determinadas tareas de los cuerpos de policía son solo algunas de las experiencias más novedosas de desde algunas legislaciones autonómicas se están apuntando.

V. Bibliografía

- Álvarez Cortés, J. C. (2016). Las jubilaciones anticipadas y su evolución. Personas de edad avanzada y mercado de trabajo. En F. J. Calvo Gallego, M. F. López (Dir.) y J. C. Álvarez Cortés (Coord.). *Entre el envejecimiento activo y la estabilidad presupuestaria*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Álvarez Moreno, A. (2016). Problemas derivados de la indeterminación legal de la profesión habitual. Situaciones de compatibilidad no deseadas y propuestas de revisión. *Medicina y seguridad del trabajo*, Vol. 62, suplemento extraordinario.
- Bastardo Yustos, F. M. (2004). La situación administrativa de segunda actividad en la Policía Local. Especial referencia a la legislación de la Comunidad de Castilla-La Mancha. *El Consultor de los Ayuntamientos*, num. 23.

- Galán Durán, C. (2016). La compatibilidad de la incapacidad permanente y la jubilación con la actividad productiva. En F. J. Calvo Gallego, M. F. Fernández López (Dir.) y J. C. Álvarez Cortés (Coord.). *Personas de edad avanzada y mercado de trabajo. Entre el envejecimiento activo y la estabilidad presupuestaria*. Tirant lo Blanch.
- López Insua, B. Del M. (2014). *La incapacidad temporal en el sistema de Seguridad Social*. Granada: Comares.
- López Insua, B. Del M. (2018). Modificación y revisión judicial del grado de incapacidad permanente: singularidades en torno a su nueva calificación en sentencia de suplicación. *Temas laborales*, n.º 143.
- Ordoñez Casado, M. I. (2018). Jubilación anticipada por discapacidad. *Temas Laborales* n.º 142.
- Ortiz González-Conde, F. M. (2017). Régimen jurídico de la situación administrativa de segunda actividad. Lan harremanak: *Revista de relaciones laborales*, n.º 38.
- Picó Enseñat, M. R. (2014). La Ley 27/2013 de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local y el ancestral problema del sistema de fuentes de la Función Pública Local. En La Función Pública Local: del Estatuto Básico a la Ley de Reforma Local de 2013. Obra coordinada por Jesús Ángel FUENTETAJA PASTOR. Navarra: Aranzadi.
- Trayter Jiménez, J. M. (2016). La situación administrativa de segunda actividad aplicable a determinados cuerpos especiales de funcionarios. *Revista Catalana de Dret Públic*, num. 53, 182-197.
- 2 La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 13 de noviembre de 2014, en el asunto C-416/2013, Caso Vital Pérez, consideró discriminatorio y contrario a la Directiva 2000/78/CE el establecimiento de 30 años como límite de edad para poder acceder a la policía local. En aquel caso, consideró el Tribunal que la limitación no puede justificarse apelando a las exigencias físicas de la actividad ni tampoco apelando a razones de política de empleo. Años después, sin embargo, en la STJUE de 15 de noviembre de 2016, asunto C-258/2015, Caso Salaberría Sorondo, sí permitió que pudieran establecerse estos topes cuando se trata de policías pertenecientes a la Ertzaintza en virtud de las diferencias que existen entre las funciones de ambos cuerpos y las tareas particularmente exigentes desde un punto de vista físico que conllevan las funciones de este cuerpo. Más recientemente, esta posibilidad ha sido admitida para los policías locales en la medida en que la STS de 25 de septiembre de 2017 se ha pronunciado sobre los policías locales de Castilla y León y ha permitido que pudiera establecerse la edad de los 33 años como tope para poder acceder a estos cuerpos.
 - 3 El art. 69 de la Ley Foral 23/2018, de 19 de noviembre, de las Policías de Navarra, por poner un ejemplo, fija la edad del pase a segunda actividad a partir de los 55 años en la escala básica, al igual que el art. 87 de la Ley 17/2017, de 13 de diciembre, de coordinación de policías locales de la Comunitat Valenciana.
 - 4 Habría que tener en cuenta, además, el impacto que el nuevo régimen de anticipo de la edad de jubilación puede tener en la prestación de este servicio público, toda vez que la reciente STS de 14 de junio de 2019, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia 828/2019, recurso 922/2017, dando respuesta a una cuestión de interés casacional planteada, ha concluido que tras la modificación del art. 92.3 de la Ley 7/1985 de Bases de Régimen Local por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, no resulta ajustado a derecho el nombramiento de agentes de la Policía Local en régimen de interinidad, por lo que los Ayuntamientos ya no podrían nombrar policías locales interinos para dar eventualmente solución a las numerosas vacantes que se van a producir por la aplicación de esta nueva normativa. La nueva jurisprudencia podría haber tenido importantes consecuencias si tenemos en cuenta el especial envejecimiento de las plantillas de nuestras Administraciones Públicas. Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 106/2019, de 19 de septiembre, ha realizado una interpretación armonizadora de todos los preceptos funcionariales afectados para permitir el nombramiento de policías locales en régimen de interinidad.
 - 5 Según lo dispuesto en el art. 92.1 de la Ley 7/1985, los funcionarios al servicio de la Administración Local se rigen, en lo no dispuesto por esta Ley, por la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en los términos previstos en el artículo 149.1.18.ª de la Constitución.
 - 6 Según el art. 3.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refun-

Notas

- 1 En rigor, no se trataría de una jubilación anticipada, sino de una anticipación de la edad ordinaria de jubilación. Ello es así porque, tal como se ha señalado, la jubilación anticipada representa un derecho de opción del trabajador para anticipar su jubilación respecto de la edad ordinaria establecida en la norma, siempre que cumpla los requisitos establecidos legalmente y aplicándosele como penalización determinados coeficientes que reducen la cuantía de la pensión respecto de la que recibiría en el caso de jubilarse a la edad ordinaria. Por el contrario, cuando hay una anticipación de la edad ordinaria de jubilación, La reducción de la edad es una medida ofrecida por el legislador a determinados colectivos de personal que, fundamentalmente por la actividad que realizan, pueden presentar una esperanza de vida inferior al resto de trabajadores o dificultades para cumplir sus funciones, por lo que en estos casos no se establece una reducción de la cuantía de la pensión. ORDÓÑEZ CASADO, María Iluminada, «Jubilación anticipada por discapacidad», *Temas Laborales* n.º 142/2018, págs. 199 y ss.

dido del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP), los cuerpos de policía local se rigen también por este Estatuto y por la legislación de las comunidades autónomas, excepto en lo establecido para ellos en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

- 7 Véase, por ejemplo, el art. 29 de la Ley 13/2001, de 11 de diciembre, de Coordinación de las Policías Locales de Andalucía y el Decreto 135/2003, de 20 de mayo, por el que se desarrolla la situación administrativa de segunda actividad de los funcionarios de los cuerpos de la Policía Local de Andalucía.
- 8 Así, según el art. 86.7 de la legislación vasca, el policía que pase a segunda actividad percibirá las retribuciones básicas de la categoría y aquellas de carácter personal que tuvieran reconocidas, incluidas las que correspondan en concepto de trienios, que continuarán perfeccionándose en dicha situación. En cuanto a las retribuciones complementarias se percibirán las que correspondan al puesto o plaza que se desempeñe.

En aquellos supuestos en que el funcionario haya sido declarado en situación de incapacidad permanente por los órganos competentes de la Seguridad Social, sin que proceda su jubilación forzosa, las retribuciones complementarias que le correspondan se minorarán en la misma cuantía que importe la prestación de pago periódico que tenga reconocida en aquel concepto.

- 9 Las funciones asignadas a los policías locales vienen determinadas en el art. 53 de la Ley Orgánica 2/1986. Se encargan de proteger a las autoridades de las Corporaciones Locales; de vigilar y custodiar sus edificios e instalaciones; de ordenar, señalizar y dirigir el tráfico en el casco urbano; de instruir atestados por accidentes de circulación dentro del casco urbano. Hacen de policía administrativa, en lo relativo a las ordenanzas, bandos y demás disposiciones municipales; participan en las funciones de Policía Judicial y se encargan de la prestación de auxilio, en los casos de accidente, catástrofe o calamidad pública. Asimismo, efectúan diligencias de prevención y cuantas actuaciones tiendan a evitar la comisión de actos delictivos en el marco de colaboración establecido en las Juntas de Seguridad; vigilan los espacios públicos, colaborando con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y con la Policía de las Comunidades Autónomas y cooperan en la resolución de los conflictos privados cuando sean requeridos para ello.
- 10 La Ley Orgánica 16/2007, de 13 de diciembre, complementaria de la Ley para el desarrollo sostenible del medio rural, añadió la nueva disposición adicional quinta de la Ley orgánica 2/1986, para regular la posibilidad de que los municipios puedan colaborar para la prestación de servicios de la policía local. En los supuestos en los que dos o más municipios limítrofes, pertenecientes a una misma Comunidad Autónoma y cuya suma no supere los 40.000 habitantes, no dispongan separadamente de recursos suficientes para la prestación de los servicios de policía local, podrán asociarse para la ejecución de las funciones propias de este cuerpo. Dicho acuerdo de colaboración tiene que respetar las condi-

ciones que se determinen por el Ministerio del Interior y contar con la autorización de éste a través de su Secretaría de Estado de Seguridad o, en su caso, de la Comunidad Autónoma correspondiente si ha asumido en su Estatuto de Autonomía competencias en materia de seguridad ciudadana (STC 51/1993). Las condiciones para esta colaboración han venido establecidas por la *Orden INT/2944/2010, de 10 de noviembre, por la que se determinan las condiciones para la Asociación de Municipios con la finalidad de prestar servicios de Policía Local, de conformidad con lo previsto en la disposición adicional quinta de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*. Se deben cumplir varios requisitos.

- 11 El personal funcionario que pase a la situación de segunda actividad cesaría en el puesto de trabajo al que esté adscrito de no ser susceptible de desempeño por personal en situación de segunda actividad y serán asignados en adscripción provisional a puestos de trabajo en la unidad en la que se encontraren prestando servicios susceptibles de tal desempeño. En el supuesto de que en la unidad no hubiera puesto vacante, la adscripción será llevada a cabo en el centro de trabajo en que, existiendo un puesto vacante de los definidos en la relación de puestos del cuerpo policial, determine la Administración de entre los tres propuestos por la persona interesada. Si no existiera disponibilidad de puesto de trabajo de tal naturaleza conforme a lo previsto en los párrafos precedentes, o los puestos vacantes existentes se encuentren ubicados fuera del entorno limítrofe al centro de trabajo en el que estuviese prestando servicios y no los propusiese voluntariamente el interesado, transitoriamente y en tanto no exista tal disponibilidad, la Administración competente adaptará funcionalmente el puesto que venía ocupando a las capacidades de la persona interesada, de conformidad con el dictamen del Tribunal Evaluador. Si excepcionalmente una persona funcionaria en servicio activo modulado por la edad o en situación de segunda actividad permaneciese transitoriamente sin destino a disposición del cuerpo policial correspondiente, mientras dure tal circunstancia, percibirá las retribuciones básicas de la categoría y aquellas de carácter personal que tuvieran reconocidas, así como las retribuciones del último puesto desempeñado, con excepción del componente singular del complemento específico.
- 12 Véase el anexo del Decreto 135/2003, de 20 de mayo, por el que se desarrolla la situación administrativa de segunda actividad de los funcionarios de los cuerpos de la Policía Local de Andalucía.
- 13 Según los artículos 193 y 194 del *Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social*, la incapacidad permanente contributiva es la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral. No obstará a tal calificación la posibilidad de re-

cuperación de la capacidad laboral del incapacitado, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo. Son varios los grados que existen en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo que reglamentariamente se establezca y teniendo en cuenta la incidencia de la reducción de la capacidad de trabajo en el desarrollo de la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional, en que aquella estaba encuadrada, antes de producirse el hecho causante de la incapacidad permanente. Los grados son:

- a) Incapacidad permanente parcial.
- b) Incapacidad permanente total.
- c) Incapacidad permanente absoluta.
- d) Gran invalidez.

En caso de incapacidad permanente total, la pensión vitalicia correspondiente será compatible con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total (art. 198). habitual, sin establecer ninguna restricción a las condiciones laborales y retributivas en este nuevo trabajo.

- 14 La Síndica de Greuges de Barcelona presentó en diciembre de 2016 un informe en el que considera restrictivos los requisitos de acceso a la segunda actividad de los y las Agentes de la Guardia Urbana en situación de incapacidad permanente. Hoy por hoy, sólo se pueden acoger a la segunda actividad aquellos y aquellas agentes de la Guardia Urbana que tengan una edad superior a 57 años y que tengan declarada una invalidez parcial. Pero la síndica considera que habría que valorar las capacidades de las personas afectadas por una incapacidad permanente total en relación a otros puestos de trabajo que puedan desarrollar dentro del ámbito municipal, incluso dentro del mismo cuerpo de la Guardia Urbana, y esta valoración es la que tendría que permitir decidir si es factible el pase a una segunda actividad, en atención a sus capacidades, tal como se ha referido en alguna ocasión el Tribunal Supremo.

http://www.sindicadegreugesbcn.cat/pdf/premsa/nota_401483011931.pdf

- 15 La STSJ de Cataluña Sección 4.^a número 628/2017 ha reconocido el derecho del policía a la segunda actividad en el municipio de Sant Celoni.
- 16 En todo caso, habría que tener en cuenta que, tal como ha sostenido la jurisprudencia, entre otras en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Diciembre de 2017, Sala de lo Social, las decisiones en materia de invalidez permanente no son extensibles ni generalizables, de modo tal que, más que de incapacidades debería hablarse de incapacitados, pues lesiones aparentemente idénticas pueden afectar a los empleados de distinta manera en cuanto a su incidencia en la capacidad de trabajo.

- 17 La aplicación de los anteriores criterios al caso particular que nos ocupa, en el que se trata de un policía municipal, al servicio de un Ayuntamiento, lleva a que el ámbito profesional de valoración opera sobre el conjunto de sus funciones, no exclusivamente sobre las que pueda desarrollar en la situación de segunda actividad. De manera que, en la actualidad, a la hora de determinar la merma de rendimiento que pudiera aquejar al solicitante, ha de hacerse en atención al conjunto de actividades que integran su profesión habitual, no sólo a las que se puedan desempeñar como segunda actividad, que, al parecer, en el caso enjuiciado, ni siquiera ha iniciado, aunque fue declarado en la misma.

Según este precepto, es incompatible el desarrollo de un puesto de trabajo en la entidad local o en sus organismos con la percepción de pensión por jubilación o retiro, o por derechos pasivos reconocidos por la Mutua- lidad Nacional de Previsión de la Administración Local o por otra entidad gestora de cualquier régimen de seguridad social público y obligatorio, sin perjuicio de las excepciones que establezcan la legislación del ámbito docente u otras. La percepción de las pensiones a que se refiere el punto anterior quedará en suspenso por el tiempo en que se desarrolle el puesto de trabajo, sin que esto afecte a las actualizaciones.

- 18 Buena prueba de ello es la reciente Ley 7/2019, de 27 de junio, de quinta modificación de la Ley de Policía del País Vasco. Así, su art. 86.7 se prevé expresamente que, en aquellos supuestos en que el funcionario haya sido declarado en situación de incapacidad permanente por los órganos competentes de la Seguridad Social, sin que proceda su jubilación forzosa, las retribuciones complementarias que le correspondan por el pase a segunda actividad se minorarán en la misma cuantía que importe la prestación de pago periódico que tenga reconocida en aquel concepto. Por su parte, el art. 62.2 prevé incluso que se proceda a la jubilación del policía con reserva del puesto de trabajo que ocupaba a la fecha de la jubilación si, de conformidad con el régimen de previsión social que le sea de aplicación, en el reconocimiento inicial de la incapacidad se estableció su revisión por probable mejoría que permita trabajar en el plazo máximo de dos años.
- 19 Es más, esta permanencia en el servicio activo y por ello en la misma profesión de Policía local, se evidencia en el hecho de que en alguna normativa autonómica se prescriba específicamente que el «pase a la situación de segunda actividad no conllevará la pérdida de la condición de agente de la autoridad». Así sucede, por ejemplo, con el art. 72 de la Ley 4/2007, de 20 de abril, de la Comunidad Autónoma de Galicia, o incluso que no conlleve la inhabilitación para portar el arma reglamentaria, como regula la Comunidad Autónoma de Valencia o que se regule también la potestad excepcional de que pueda ser requerido para «el cumplimiento de funciones operativas» propias de la actividad primera, como dispone, por ejemplo, para la Comunidad de Andalucía, el art. 9.1 del Decreto 135/2003, de 20 de mayo.
- 20 Como se ha señalado, la determinación de lo que haya de entenderse como profesión habitual es una de las

piezas clave del sistema por el que se rige la declaración de invalidez permanente, no sólo porque determina tanto la procedencia de la declaración inicial de la invalidez, de manera fundamental en la incapacidad permanente total, sino también porque determina su compatibilidad con el trabajo, con un salario o con una posible prestación futura derivada del mismo.

- 21 Véase al respecto la interesante Sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo n.º 5, 124/2018, de 24 de octubre, que ha anulado la declaración de jubilación por incapacidad permanente de un policía nacional ante la mejoría de su estado de salud y obliga a la Administración a la apertura de un expediente para determinar las actividades que puede desarrollar el interesado, adecuadas a sus condiciones psicofísicas, previo informe del servicio sanitario. Todo ello en coherencia con el derecho a la reubicación del funcionario en un puesto de trabajo acorde con sus capacidades, novedad introducida por el art. 70 de la Ley Orgánica 9/2015. Según el precepto, los Policías Nacionales que hubieren pasado a la situación de segunda actividad por insuficiencia de las aptitudes psicofísicas, podrán reingresar al servicio activo, a petición propia o a instancias de la administración, siempre que un tribunal médico aprecie que los solicitantes reúnen las aptitudes psicofísicas necesarias para la prestación de las funciones encomendadas.
- 22 Así, mientras en el Reglamento de Segunda Actividad aprobado por el Ayuntamiento de Huelva, por Acuerdo plenario de 27 de junio de 2002 (BOP num. 202, de 2 de septiembre), se reconoce en su art. 2 la posibilidad de que los funcionarios de dicho Ayuntamiento que hayan sido declarados en situación de IPT puedan pasar a la situación de segunda actividad, en el Reglamento de Segunda Actividad para la Policía Local del Ayuntamiento de Sevilla, acordado con los sindicatos el 11 de octubre de 2016, se contempla en el art 10.4 del mismo que no podrán solicitar el pase a la segunda actividad los funcionarios de la Policía Local que tengan reconocida una incapacidad permanente.
- 23 Téngase en cuenta Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad, que establece los principios de igualdad de oportunidades, no discriminación, accesibilidad universal y compensación de desventajas. Asimismo, su art. 10 del prevé la posibilidad de que los empleados públicos con discapacidad puedan pedir la adaptación del puesto en virtud del informe expedido por el órgano competente en la materia, que acredite la procedencia de la adaptación y la compatibilidad con el desempeño de las funciones que tenga atribuido el puesto o los puestos solicitados, valorándose la compatibilidad con el desempeño de las funciones propias del puesto de trabajo y las adaptaciones que se puedan realizar en él.
- 24 Teniendo en cuenta las funciones principales y operativas de cada cuerpo, se contemplan, como tales deficiencias, las disminuciones de las condiciones físicas o psíquicas, lesiones no invalidantes y los diferentes grados de incapacidad permanente, así como las situaciones de embarazo para preservar la integridad de su estado. Esta situación no se circunscribe exclusivamente a aquellas personas que sean ellas mismas discapacitadas, sino que además podrá estar motivada por la discapacidad que sufra un familiar a cargo hasta el segundo grado, a quien el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere. Se aplica así la jurisprudencia del Tribunal de justicia de las Comunidades Europeas (Gran Sala) en la Sentencia de 17 de julio de 2008, en el Caso S. Coleman contra Attridge Law. En ella se interpreta la Directiva 2000/78 / CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, en el sentido de que la prohibición de discriminación directa que establece no se circunscribe exclusivamente a aquellas personas que sean ellas mismas discapacitadas, sino que abarca además la discapacidad que sufra un hijo suyo, a quien el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere. Incluso prevé que, si la disminución conlleva que el funcionario no tiene la capacidad de realizar ninguna función en puestos de segunda actividad, se procederá a conceder una excedencia especial por discapacidad. Si recupera la capacidad laboral plena aplicará el resto de la normativa.
- 25 <http://www.defensordelpuebloandaluz.es/reclamamos-el-pase-a-segunda-actividad-de-un-policia-local-al-que-se-jubila-forzosamente-en-el> (fecha de última consulta, 29 de enero de 2019).
- 26 En estos casos suele presentarse también un problema añadido debido a las cuestiones procedimentales para el ejercicio del derecho, toda vez que el pase a la segunda actividad solo puede ejercitarse desde la situación del servicio activo. Por el contrario, la declaración de IPT por parte del INSS opera como causa de pérdida de la condición de funcionario por jubilación prevista en el art. 67.1.c) TREBEP, en cuya virtud, el policía local perdería su condición de funcionario por el reconocimiento de una pensión de incapacidad permanente total en relación con el ejercicio de las funciones de su cuerpo o escala. Desde algunos sectores se ha apuntado hacia la posibilidad de solicitar la rehabilitación en su condición de funcionario prevista en el art. 68 del TREBEP. No obstante, ésta solo se puede pedir una vez que haya desaparecido la causa objetiva que la motivo, y la disminución de sus condiciones psíquicas o físicas no desaparezcan.
- 27 El art. 112 del Decreto 110/2006, de 17 octubre, por el que se aprueba el reglamento de la Ley de coordinación de los policías locales de Castilla-La Mancha prevé la posibilidad de que el Ayuntamiento pueda limitar el número de funcionarios que pasan a esta categoría por razones excepcionales. Se regula, asimismo, la posibilidad de que el propio funcionario pueda solicitar el aplazamiento del pase a la situación de segunda actividad por sucesivos periodos anuales, presentando solicitud con una antelación mínima de dos meses y máxima de seis a la edad prevista para el pase a esta situación.
- 28 Existen otros colectivos en una situación similar a los cuales se les ha aplicado ya un coeficiente reductor de su edad de jubilación. Así ha sucedido, según

relata el Dictamen del Consejo de Estado, con los miembros del cuerpo de la Ertzaintza (disposición adicional vigésima del TRLGSS), mineros (Real Decreto 2366/1984, de 26 de diciembre, sobre reducción de la edad de jubilación de determinados grupos profesionales incluidos en el ámbito del Estatuto del Minero, aprobado por el Real Decreto 3255/1983, de 21 de diciembre), personal de vuelo (Real Decreto 1559/1986, de 28 de junio, por el que se reduce la edad de jubilación del personal de vuelo de trabajos aéreos), trabajadores ferroviarios, artistas y toreros (Real Decreto 2621/1986, de 24 de diciembre, por el que integran los Regímenes Especiales de la Seguridad Social de Trabajadores Ferroviarios, Jugadores de Fútbol, Representantes de Comercio, Toreros y Artistas en el Régimen General, así como se procede a la integración del Régimen de Escritores de Libros en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos) y bomberos (Real Decreto 383/2008, de 14 de marzo, por el que se establece el coeficiente reductor de la edad de jubilación en favor de los bomberos al servicio de las administraciones y organismos públicos). La jubilación de la Policía Nacional y la Guardia Civil, por su especial naturaleza, también presenta un régimen especial a través de la situación administrativa de reserva (Ley Orgánica 9/2015, de 28 de julio, de Régimen de Personal de la Policía Nacional, y Ley 29/2014, de 28 de noviembre, de Régimen del Personal de la Guardia Civil).

- 29 Al ser una materia directamente relacionada con la edad de jubilación y Seguridad Social no constituye materia objeto de negociación, aunque sí está sometida a la consulta y participación con los representantes sindicales, cuya intervención ha tenido lugar a lo largo de la tramitación del expediente para la elaboración del reglamento.
- 30 Según lo dispuesto en su disposición transitoria primera, se exigen 35 años y 6 meses de cotización efectiva como policía local si el hecho causante de la pensión de jubilación se produce en 2019; 36 años de cotización efectiva como policía local si el hecho causante se produce en 2020, 2021 o 2022; 36 años y seis meses de cotización efectiva como policía local si el hecho causante se produce en 2023, 2024, 2025 o 2026 y 37 años de cotización efectiva como policía local si el hecho causante es en 2027 o en años posteriores.
- 31 El periodo de tiempo en que resulte reducida la edad de jubilación del trabajador, de acuerdo con lo establecido en los artículos anteriores, se computará como cotizado al exclusivo efecto de determinar el porcentaje aplicable a la correspondiente base reguladora para calcular el importe de la pensión de jubilación (art. 4 del RD 1449/2018).
- 32 Según la guía de ANEXPAL, que estamos siguiendo en este punto, la edad de jubilación dependerá de tres factores: «a) De la edad en que esté establecida la edad ordinaria de jubilación en el momento de solicitarla, ya que los coeficientes de reducción se aplican sobre aquella. Así, si la jubilación ordinaria se debiera producir en el año 2019, la reducción se calcula

sobre la edad de 66 años y 8 meses en que se accedería a la jubilación ordinaria en ese año, salvo que se hubiera cotizado 36 años y 9 meses o más. B) Del tiempo cotizado en cualquier régimen de la Seguridad Social, ya que en ciertos casos en función del tiempo cotizado es posible que la edad de jubilación sobre la que se aplica el coeficiente reductor de la edad de jubilación de los y las policías locales sea algo menor que la ordinaria precisamente por el tiempo cotizado. Así, y siguiendo el mismo ejemplo, en 2020 la edad de jubilación será la de 65 años siempre que se hubiera cotizado 36 años y 9 meses o más. C) Del tiempo en que se hayan desempeñado de forma efectiva funciones propias de la policía local, ya que el coeficiente de reducción se aplica precisamente sobre el total del tiempo prestado como policía local. Así, y a título de ejemplo, un/a policía local que haya prestado servicio en tal condición (con independencia del municipio en que lo haya hecho) durante 15 años vería reducida su edad de jubilación en 3 años sobre la que le hubiera correspondido de no aplicarse el coeficiente, mientras que en el caso de un/a policía local con 20 años de servicio, la reducción sería de 4 años».

- 33 Se prevé una reducción progresiva de la edad ordinaria de jubilación (escala progresiva de 65 a 67 años) en un periodo equivalente al que resulte de aplicar a los años completos efectivamente trabajados como policía local el coeficiente reductor del 0,20 con el límite de reducción de la edad de jubilación en 5 o 6 años. Tal como resalta el Dictamen del Consejo de Estado de 29 de noviembre de 2018, este cómputo no es idéntico al previsto para los miembros del cuerpo de la Ertzaintza y bomberos, ya que para estos colectivos se aplica el mencionado coeficiente del 0,20, pero es posible acceder a la jubilación a los 59 años a partir de los 35 años de cotización. Ello se explica por la modificación de la edad de jubilación operada por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social.
- 34 Por ejemplo, el art. 25 de la Ley 8/2002, de 23 de mayo, de Coordinación de Policías Locales de Castilla-La Mancha, disponen automáticamente el pase a la situación de segunda actividad por edad al cumplirse las siguientes edades: a) Escala Técnica: 63 años; b) Escala Ejecutiva: 58 años; c) Escala Básica: 56 años. Como excepción, no obstante, el Ayuntamiento, motivadamente, puede limitar por cada año natural y categoría el número de funcionarios que puedan acceder a la situación de segunda actividad por razón de edad, prorrogando la permanencia en el servicio activo ordinario de quienes excedan del cupo anual establecido, que eventualmente podrán ir accediendo a la situación de segunda actividad por el orden en que hayan alcanzado la edad correspondiente. También puede aplazar el pase a la situación de segunda actividad, por sucesivos periodos de un año, cuando exista solicitud expresa del interesado y siempre que medie informe favorable del Tribunal Médico. La petición de aplazamiento deberá realizarse con una antelación mínima de dos meses.

35. Así, por ejemplo, el art. 24 de la Ley 8/2002, de 23 de mayo, de Coordinación de Policías Locales de Castilla-La Mancha, dispone que la segunda actividad se desarrollará en otro puesto de trabajo que el Ayuntamiento respectivo determine para este fin en la plantilla del mismo Cuerpo, y, si ello no fuera posible, en otras plazas relacionadas con el área de seguridad y, en su defecto, en otras plazas del propio Ayuntamiento. Asimismo, la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha podrá determinar en su Relación de Puestos de Trabajo aquellos susceptibles de ser ocupados por funcionarios de Policía Local en situación de segunda actividad.
36. Así, por ejemplo, el art. 89 de la Ley 17/2017, de 13 de diciembre, de coordinación de policías locales de la Comunitat Valenciana.
37. En la Proposición de ley catalana que pretende regular la segunda actividad de los bomberos y la policía se prevé incluso la inclusión de un cuarto supuesto habilitante que se produciría por la discapacidad de un familiar que el policía tenga a su cargo.

LA SUBROGACIÓN EMPRESARIAL EN LOS PROCESOS DE REVERSIÓN DE CONTRATAS Y CONCESIONES ADMINISTRATIVAS ANTE UNA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DIGITALIZADA

THE BUSINESS SUCCESSION IN THE REVERSION PROCESSES OF CONTRACTS AND ADMINISTRATIVE CONCESSIONS BEFORE A DIGITALIZED PUBLIC ADMINISTRATION

Emma Rodríguez Rodríguez

Profesora Contratada Doctora (Acreditada a TU)
de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Vigo.
emmarodriguez@uvigo.es

Recibido: 22/07/2019

Aceptado: 07/11/2019

© 2019 IVAP. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia Creative Commons Reconocimiento — NoComercial — SinObraDerivada (by-nc-nd)



Laburpena: Lan honen abiapuntua dira zerbitzu publikoaren kudeaketan diharduten enpresa pribatuek haien langileei aplikatzen dieten erregimenean dauden ziurgabetasun juridikoak. Bereziki, artikulua honek, gaur egunean itzulketa egoeran dauden enpresei erreparatzen die. Lan honen metodologia gauzatu da Sektore Publikoaren Kontratuen Legearen ikerketa eta azterketaren gainean, enpleguaren egonkortasunaren alde, zenbait erabaki judizialen aurrean, bai nazionalak, bai Europako Justizia Epaitegiarenak, azken honek, irizpide bateratua jarraitzen ez dutenak. Enpresa-transmisioaren kontzeptua aztertu da, 2001/23/EK Arauaren arabera. Haren zailtasunak handitzen dira Administrazioaren digitalizazioaren aurrean. Ondorio nagusia da legegintzako esku-hartze bat beharrezkotzat jotzen dela.

Gako-hitzak: enpresaren ondorengotza; itzulketa; administrazio digitala.

Resumen: Este trabajo parte de las importantes incertidumbres jurídicas respecto al régimen aplicable a los trabajadores contratados por las empresas privadas concesionarias de la gestión de los servicios públicos que actualmente se encuentran incurso en un proceso de reversión. La metodología de este trabajo se ha articulado sobre el estudio normativo y el análisis de la Ley de Contratos del Sector Público (LCP) que apuesta por la estabilidad en el empleo, frente a ciertos pronunciamientos judiciales, tanto nacionales como del Tribunal de Justicia Europeo (TJUE), que no siguen un criterio uniforme. Se ha analizado el concepto jurídico de transmisión de empresa, según la Directiva 2001/23/CE, cuyas dificultades se acrecientan ante la digitalización de la Administración. La principal conclusión es que se hace necesaria una intervención legislativa en este ámbito para restaurar la seguridad jurídica.

Palabras clave: sucesión de empresa; reversión; administración digital.

Abstract: This work is based on important legal uncertainties regarding the regime applicable to workers hired by private companies that are concessionaires for the management of public services, which are currently undergoing a process of reversal. The methodology of this work has been articulated on the normative study and the analysis of the Law on Public Sector Contracts. This law is committed to job stability compared to certain judicial pronouncements, both national and of the European Court of Justice (ECJ), which do not follow a uniform criterion. The legal concept of business transfer has been analyzed, according to Directive 2001/23/EC, whose difficulties are increased by the digitalization of the Administration. The main conclusion is that legislative intervention in this area is necessary to restore legal certainty.

Keywords: business succession; reversion; digital administration.

Sumario

1. La externalización en la gestión de los servicios públicos en el contexto de la digitalización.—2. La reversión administrativa como transmisión de empresa. 2.1. Aplicación de la Directiva 2001/23/CE. 2.2. Efectos de la consideración como transmisión de organización en la Administración digitalizada. 2.3. Especial referencia a la incidencia de cláusulas convencionales.—3. La estabilidad en el empleo *versus* el acceso a la función pública.—4. A modo de conclusión: ¿un nuevo horizonte?—5. Bibliografía.

1. La externalización en la gestión de los servicios públicos en el contexto de la digitalización

La llamada «cuarta revolución industrial» (Schwab, 2016) ha supuesto un importante cambio en la forma de concebir la organización productiva, dando lugar a nuevos usos y costumbres de la ciudadanía ante los que la Administración Pública no debe —ni puede— permanecer al margen. En efecto, la Administración Pública y, en concreto la Administración General del Estado —AGE—, puso en marcha un proceso de transformación digital del servicio público hace más de una década. Concretamente, el modelo de gobernanza TIC comenzó a implantarse en nuestro país a través de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, que regulaba la plena adecuación al Esquema Nacional de Interoperabilidad (ENI) en el ámbito de la Administración electrónica. A partir de ese momento, el objetivo de una Administración exclusivamente digital se convirtió en una realidad ineludible, aunque con sucesivos aplazamientos que han ocasionado que no se haya alcanzado a día de hoy.

Desde 2014, se persiguió potenciar la administración digital a través de la organización de los instrumentos operativos de las TIC con la creación de instituciones específicas, entre las que destacan la Comisión Estratégica TIC y la Dirección de Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones de la Administración General del Estado¹. El Plan de Transformación digital de la Administración General del Estado —Estrategia TIC 2015-2020²— se adoptó casi simultáneamente al impulso que supuso la cumbre europea de Tallín, donde la propia Comisión Europea se comprometió con los principios del Plan de Acción de la Ad-

ministración electrónica 2016-2020. En el año 2015 se aprobaron dos importantes normas que recogieron esas claves para conseguir una administración digital al año siguiente, en octubre del año 2016, fueron la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común y la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público³.

No obstante, el pasado 4 de septiembre de 2018 se publicó el Real Decreto-ley 11/2018, de 31 de agosto⁴, que modifica la Disposición Final de la Ley 39/2015, con el objeto de posponer, de nuevo, en este caso hasta 2020, la entrada en vigor de algunos preceptos de las leyes de procedimiento administrativo y de régimen jurídico. Este nuevo retraso ha sido objeto de críticas por muchos expertos, mientras que otros destacan que puede convertirse en una oportunidad para analizar con realismo los recursos y las carencias existentes y trazar una estrategia que haga posible realmente el plan de transformación digital (Cerrillo, Alguacil, González y Moro, 2016; Almonacid y Sancliment, 2016).

Sea como fuere, la Administración digital española está llamada a convertirse en una realidad más pronto que tarde, ante el riesgo de quedar más desfasados respecto de los países vecinos. De hecho, el 12 de febrero de este mismo año, el parlamento europeo ha aprobado una resolución impulsando la inteligencia artificial y la robótica. Subraya que el apoyo a la inteligencia artificial debe centrarse en sectores estratégicos de la industria de la Unión y que aporten más valor al interés público general. Por eso hace hincapié en que los Estados miembros han de invertir en investigación y desarrollo en este sector, así como programas de formación para ayudar a los empleados públicos a adoptar la inteligencia artificial y la robótica en el desempeño de sus funciones, con el principal objetivo de «calmar los temores» en relación con el manejo de los datos personales del administrado y, en términos generales, generar confianza⁵.

Paralelamente a ese proceso de digitalización de la administración pública, la importante crisis económica mundial de la primera década de este siglo, ha traído de la mano un retraimiento económico en la inversión en el sector público e importantes modificaciones legislativas en el ámbito del empleo privado, como plasmó el Informe n.º 87 de la OIT sobre «El comercio y el empleo en la crisis mundial», de 10 de diciembre de 2010, que analizó los cambios de consumidores y empresarios después de la quiebra de *Lehman Brothers*, y concluyó que existe la necesidad de que los países adopten medidas sectoriales enfocadas a la creación de empleo, sin distinción de sector público o privado.

Ante esta situación de retraimiento económico, el recurso a la técnica de la descentralización productiva se generalizó en el ámbito público, en el que se implantó con normalidad en las actividades auxiliares para el funcionamiento cotidiano (vigilancia, mantenimiento, limpieza...), pero también en las necesarias para prestar servicios a los ciudadanos por encargo normativo o asunción voluntaria de las administraciones correspondientes (Gárate, 2018). La generalización del recurso a la subcontratación por parte de la Administración se amparó, *ab initio*, en las posibilidades de gestión más flexibles que ofrecía la libertad de empresa frente a la encorsetada normativa administrativa. De hecho, el auge de la privatización de los servicios públicos ya provenía de la corriente europea neoliberal que desde los años ochenta había exaltado las bondades del libre comercio y la competencia como medidas para garantizar la eficacia y la eficiencia en la Administración (Castillo, 2017). En otras palabras, se ha aprovechado de forma recurrente el sistema de contratación pública, «cuyos límites se perfilaban muy difusos» (Monereo, 2015: 13), para dotar de personal a la organización administrativa, pero omitiendo los trámites obligados en ese sector relativos a la convocatoria pública y al consiguiente sistema reglado de selección que se estableciese legalmente. En efecto, la externalización en la gestión de los servicios públicos respondió a dos objetivos claros: la contención del déficit público y «la reducción de plantillas». La Ley por la que se convalidó el RD Ley 3/2012, sobre la reforma laboral del año 2012⁶, en su propio preámbulo se refería a la necesidad de «contener la expansión del gasto público», lo que simultáneamente se aprovechó para justificar las medidas adoptadas en relación con la limitación en contratos mercantiles y de alta dirección del sector público, en aras de «reducir el déficit público».

Lo cierto es que la Reforma influyó de manera sustancial en las posibilidades de creación e incremento de empleo en el sector público. Por un lado, se paralizó la oferta de empleo sustancialmente y, por otro lado, al contrario que el sector privado, no se fomentó la

flexibilidad de las condiciones de trabajo, sino que se incentivó directamente la reducción de las plantillas. En particular, respecto del personal laboral resultaban de aplicación medidas como el despido por causas objetivas, pero se excluyó legalmente la opción de vías alternativas como la suspensión o reducción de jornada. Junto a estas cuestiones, se regularon otras más particulares que afectaban a la limitación del encadenamiento de contratos temporales, a los topes en la retribución del personal directivo o controles de faltas de asistencia y cumplimiento de una jornada laboral mínima —en cómputo anual— para todo tipo de empleado público (López, 2013).

La reacción de las Administraciones públicas recurriendo de modo generalizado a la técnica de contratos con empresas, amparándose en que serán posibles todos los que no supongan «servicios que impliquen el ejercicio de la autoridad inherente a los servicios públicos», ha conllevado que en muchos casos se haya incurrido en una cesión ilegal de personas trabajadoras, prohibida por el art. 43 ET⁷, al traspasarse los límites dispuestos en el EBEP⁸ que impiden que se trate del «ejercicio de funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades gubernativas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones públicas»⁹. Es más, se ha llegado a producir un fenómeno de empresas multiservicios que se encargan de la gestión integral de actividades de todo tipo (limpieza, basuras, alumbrado, mantenimiento...) que «surgen de las antiguas empresas contratistas dedicadas a la contratación de obras públicas», sobre todo (Esteve, 2016: 79). Es decir, las exigencias impuestas desde los organismos europeos sobre la sostenibilidad financiera y la estabilidad presupuestaria de España han sido gestionada por nuestros gobernantes adelgazando los derechos de los empleados públicos (López, 2018) y, en consecuencia, se ha visto afectado el Estado del bienestar y sus servicios básicos. Además, ese supuesto ahorro de costes se traduce en un empleo tendencialmente precario (Rodríguez-Piñero, 2016), en especial cuando el adjudicatario del servicio público inicial subcontrata total o parcialmente la actividad, dando lugar a una «larga cadena de empresas secundarias» o en inferiores niveles respecto del cesionario inicial (Rodríguez, 2018: 4).

Ante el escenario descrito, parece que ya se puede adivinar la situación de especial vulnerabilidad e inseguridad jurídica que se puede producir con la implantación total de la Administración digital respecto de las personas trabajadoras que prestan sus servicios a través de una subcontrata y desarrollan una actividad «desmaterializada» que tienda a serlo mucho más. Tras la crisis financiera se ha producido una «vuelta a lo público», entre otros factores relativos a la pro-

tección y garantía de derechos sociales y ecológicos, porque el resultado de análisis y estudios pusieron de manifiesto el mayor coste público de los servicios privatizados e incluso se constató un deterioro en la calidad de esos servicios externalizados (Esteve, 2017).

El actual fenómeno de la reversión de los servicios públicos supone una oportunidad para poner en valor el empleo en el sector público pero, a la vez, se corre el riesgo de que tal reorganización, junto con la digitalización, implique una importante destrucción de puestos de trabajo. Resulta muy importante delimitar y aclarar en qué situaciones nos encontramos antes una subrogación empresarial, con las consabidas consecuencias que ello implica a favor de la estabilidad en el empleo, más aún en actividades desmaterializadas. A estas incertidumbres —o, al menos parte— intentó responder la Ley 9/2017, de contratos de sector público¹⁰, si bien ha dado lugar a numerosos paradigmas en las relaciones laborales, como demuestra la prolíja jurisprudencia interna y europea que han interpretado la normativa aplicable.

Cabe destacar positivamente, no obstante, que la LCSP reconoce la incorporación de los criterios sociales a «toda la contratación pública» de manera «transversal y preceptiva», al entender que repercutirán favorablemente en la relación «calidad-precio» y en la «mejor eficiencia en la utilización de fondos públicos» (art. 1.3 LCSP). Precisamente a estos objetivos responde la creación de la Comisión Interministerial prevista por el Real Decreto 94/2018, de 2 de marzo¹¹. Pero, más concreto es el art. 130 LCSP que ratifica la obligación del nuevo empresario contratista o concesionario de asumir los contratos laborales de las anteriores empresas prestatarias del servicio, es decir, resultará de aplicación el art. 44 ET, sobre la sucesión de empresa. Ahora bien, a pesar de la claridad que intentó aportar el legislador, la coordinación entre ambos sistemas jurídicos —el laboral y el administrativo— hace que en la práctica se produzcan ciertas distorsiones como ha indicado la doctrina (Rodríguez, 2018).

En todo caso, las posibilidades de la Administración son varias: puede producirse el cese de la prestación del servicio, sin solución de continuidad, por decisión de la Administración, o la continuación del servicio. En este segundo escenario, la actividad podrá estar prestada por una nueva empresa, bien por la cesión voluntaria de la contrata por el adjudicatario inicial a un tercero, bien por la asunción del servicio público por un nuevo empresario privado, tras el correspondiente proceso de licitación, o puede ocurrir que sea la propia Administración la que pasa a ocuparse de manera directa del servicio público, a través de rescate o reversión de la contrata. Es sobre este último supuesto sobre el que se centrarán las siguientes páginas de

este estudio, teniendo en cuenta la repercusión en el empleo dentro del proceso de implantación completo de la digitalización de la Administración, previsto para 2020.

En efecto, el proceso de la reversión o «remunicipalización» en la gestión de servicios públicos por las Administraciones Públicas ha puesto de manifiesto importantes quiebras del ordenamiento jurídico respecto de los trabajadores de las empresas contratistas o concesionarias, una vez que esas actividades que se habían descentralizado —la mayoría relacionados con servicios sociales— vuelven a prestarse bajo el régimen jurídico del sector público (Sala, 2018). El primero de esos problemas laborales vendrá dado por la determinación de si las reversiones suponen, por sí mismas, una transmisión de empresa, en el sentido de la Directiva 2001/23/CE¹² y del art. 44 del ET. La respuesta habrá que buscarla en la interpretación jurisprudencial, tanto del Tribunal de Justicia, como del Tribunal Supremo. Y, de resultar aplicable esta normativa, aclarar los supuestos en los que propiamente es una transmisión de empresa y sus efectos, teniendo en cuenta las especialidades previstas en los convenios colectivos o pliegos de condiciones que, en su caso, resultasen aplicables.

Finalmente, la otra cuestión importante, a efectos laborales, es determinar como la compatibilidad de los derechos derivados del régimen jurídico aplicable a esos trabajadores de las contratas o de las concesionarias, respetando los principios constitucionales (arts. 23.2 y 103.3 CE) y de normativa ordinaria (arts. 55 y ss. EBEP¹³) sobre las garantías en el acceso a la función pública, sin vulnerar el derecho constitucional a la estabilidad en el empleo (Pérez, 2004) de los afectados.

2. La reversión administrativa como transmisión de empresa

2.1. Aplicación de la Directiva 2001/23/CE

Originariamente, en la Unión Europea, la normativa sobre la transmisión de empresa se centró en la perspectiva de los derechos mercantiles, recalcando la continuidad de los contratos de trabajo y la necesidad de su compatibilidad con el derecho de sociedades interno de cada país o, a lo sumo, también entre los Estados miembro que sean limítrofes y se vean

envueltos con asiduidad en supuestos de transmisiones transfronterizas. La actual Directiva 2001/23/CE va más allá y garantiza sin ambages la subrogación automática de los trabajadores, en la línea de las abundantes interpretaciones del Tribunal de Justicia. Otra novedad sumamente aplaudida resultó ser el intento aclaratorio de su propio ámbito de aplicación, es decir, del concepto de transmisión de empresa, precisamente para evitar las ventajas de una posible competencia desleal en materia de personal —*dumping social*— (Valdés, 2001).

No obstante, las propias peculiaridades del ámbito del sector público, así como por la complejidad definitoria del concepto legal de «transmisión de empresa» y las imprecisiones o vacíos normativos detectados sobre esta cuestión en el art. 1.1, b) de la Directiva 2001/23/CE causa de su transposición casi literal en el art. 44.2 ET, ocasionan que se presenten importantes dudas interpretativas a cerca de su inclusión o no en el ámbito aplicativo de la Directiva. Prueba de ello es la abundante jurisprudencia, tanto del Tribunal de Justicia, como de los Tribunales internos, que cuestionan la aplicación de las garantías previstas en la norma europea en cuanto a garantizar la continuidad de las relaciones laborales existentes en el marco de una unidad económica, con independencia del cambio de titularidad empresarial (Goñi, 2010).

Según el art. 1.1, b) de la Directiva 2001/23/CE, y su reproducción en el art. 44.2 del ET, 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 accesoria». Ciertamente, la determinación de si existe o no sucesión empresarial va a depender en gran medida de las circunstancias que rodeen cada caso concreto o, en palabras del Tribunal de Justicia de la Unión Europea «exigirá tomar (...) en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trate»¹⁴.

Aun así, del análisis normativo se pueden extraer «dos elementos fundamentales que caracterizan y delimitan el concepto de transmisión de empresa» (Sala, 2018: 59). En primer lugar, en cuanto al denominado requisito «subjetivo», se refiere a que en efecto se haya producido el cambio de titularidad de una empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma. Carece de relevancia, a estos efectos, el acto mediante el que se efectúe la transmisión —*mortis causa* o *inter vivos*—, así como el negocio jurídico concreto que se haya empleado —donación, arrendamiento, fusión, venta judicial, etc.—, incluso se incluyen supuestos en los que la transmisión no se produce de manera directa, sino por un tercero interpuesto¹⁵.

En segundo lugar, el elemento «objetivo», tiene que ver con la efectiva transmisión de un conjunto organizado de medios de producción, no tiene porqué ser la totalidad, basta con que lo transmitido permita llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria. Se trata de una fórmula muy abierta que pone de manifiesto el carácter expansivo y *ope legis* de la normativa comunitaria, sólo limitado por comprobar si ésta conserva su identidad tras la adquisición del nuevo empresario. Para facilitar la interpretación del objeto de la transmisión, el Tribunal de Justicia ha identificado ciertos criterios orientativos y una serie de «circunstancias de hecho» que deberán ser valoradas en su conjunto por los tribunales nacionales a la hora de dilucidar si se trata o no de un supuesto de sucesión empresarial protegido por la Directiva y el art. 44 ET.

Entre esos elementos se pueden citar: el tipo de empresa o de actividad, la transmisión o no de los bienes materiales; el valor de los bienes inmateriales en el momento de la transmisión; la sucesión o no de la plantilla; la transmisión o no de la clientela; las similitudes en la actividad empresarial antes y después del cambio de titular y valorar la eventual suspensión de la actividad¹⁶. Como se ha puesto de manifiesto, la propia jurisprudencia ha ido ampliando los márgenes regulatorios de las normas aplicables, acogiendo cada vez más supuestos y flexibilizando la importancia progresivamente de los elementos económicos o patrimoniales, y centrándose en la continuidad real del objeto empresarial, llegando a admitir la transmisión de la clientela por la nueva empresa¹⁷ o, incluso, la participación mancomunada en una actividad prohibida contra el derecho de la competencia cuyas consecuencias pretenden eludirse con la fragmentación y posterior desaparición empresarial¹⁸.

En relación con el sector público, no hay duda de que la Directiva también resultará de aplicación, como se desprende de su taxativa afirmación en el art. 1.1: «la presente Directiva será aplicable a empresas tanto públicas como privadas que ejerzan la actividad económica, con o sin ánimo de lucro». Seguidamente, en el art. 1.1, c), prevé una excepción respecto de los casos en que se produce una «reorganización administrativa de las autoridades públicas administrativas y el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas administrativas». De tal modo que «escapan de su ámbito sólo los supuestos muy excepcionales», tanto que parte de la doctrina incluso ha negado la aplicabilidad de esta excepción en nuestro ordenamiento (Valdés, 2001: 19). Ahora bien, podría admitirse esa excepcionalidad cuando se trata de una reestructuración «pura» de administraciones, traspasándose determinadas funciones a otro organismo

público en sentido estricto (Castillo, 2017: 52). En otras palabras, cuando las actividades prestadas por una unidad administrativa cambien para ser realizadas por otra, creada *ad hoc* o existiese previamente¹⁹. O bien, cuando se trata de la cesión de competencias administrativas propias del poder público, es decir, funciones reservadas al personal funcionario, según el art. 9.2 EBEP²⁰.

Aun admitiendo esta excepción de la Directiva, debe interpretarse de manera restrictiva, pues la interpretación del TJUE ha matizado que no resultará excluida *per se* del ámbito de aplicación de la Directiva la transmisión cuyo cesionario sea una Administración Pública o un organismo a ella vinculado²¹. Al contrario, como resalta la doctrina (Rodríguez, 2018) y recoge la jurisprudencia²², los trabajadores afectados por una reestructuración en la que entra en juego la Administración, así como los casos de reversión, con independencia de la causa que la motive, también se encuentran tutelados por la Directiva para evitar el riesgo de desprotección de trabajadores afectados por estas externalizaciones de los servicios públicos o, en palabras del Tribunal, hay que tener en cuenta que «importantes categorías de trabajadores que ejercen actividades económicas podrían quedar privados de la protección prevista en la norma comunitaria»²³. Es más, especifica que el hecho de que «uno de los sujetos interesados sea un ayuntamiento no se opone, por sí sólo a la aplicación de la Directiva 2001/23»²⁴. En esta línea, el mismo Tribunal ha incluido en el concepto de trabajador a los efectos de disfrutar de la protección que otorga esta Directiva a «una persona que ha celebrado con el cedente un contrato para desempeñar un puesto de confianza», eso sí, «siempre que esté protegida como trabajador» por la normativa nacional y «cuenta con un contrato de trabajo en la fecha de la transmisión», lo que, de nuevo, remite al tribunal interno²⁵.

La principal consecuencia es que, como afirma la doctrina, desde que comenzó este fenómeno de la reversión o «remunicipalización», las reglas de la sucesión de empresa se aplican también a los supuestos de la reversión del servicio por la Administración (De La Puebla, 2016). En este sentido, la jurisprudencia europea se ha mostrado flexible a la hora de valorar la concurrencia de los requisitos que se exigen por la norma comunitaria intentando cobijar a cuántos más supuestos bajo ese «paraguas protector» de la Directiva (Bogoni, 2018: 602). El Tribunal ha reconocido que la norma «es aplicable a todos los supuestos de cambio, en el marco de las relaciones contractuales, de la persona física o jurídica responsable de la explotación de la empresa que contrae las obligaciones de empresario respecto a los empleados de la empresa»²⁶.

También ha considerado indiferente «el hecho de que la persona jurídica de que se trata en el litigio principal sea una empresa pública», en el sentido de que los bienes materiales o inmateriales han sido siempre titularidad o han estado vinculados a la empresa pública principal, lo que podría conllevar un problema para apreciar el requisito subjetivo sobre el efectivo cambio de titular²⁷. Sin embargo, el Tribunal considera irrelevante «la circunstancia de que los elementos materiales asumidos por el nuevo empresario no pertenecieran a su antecesor, sino que simplemente fueran puestos a su disposición por la entidad contratante, no puede excluir la existencia de una transmisión comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23»²⁸.

Este razonamiento ha sido acogido, no exento de controversia, por el Alto Tribunal español, reconociendo la aplicación de la correlativa norma nacional (art. 44 ET)²⁹. En todo caso, como se expondrá a continuación, es en este punto donde la flexibilidad interpretativa de los requisitos de la transmisión de empresa de la Directiva y su carácter omnicomprendivo colisiona en ocasiones con la nuestra regulación interna, dando lugar a complicaciones derivadas del *nomen iuris*, pues con frecuencia los servicios objeto de la concesión o subcontratación pertenecen o están íntimamente relacionados con el organismo que los externalizó, cuya gestión ahora recupera. Es decir, la norma interna parece ser más estricta que la europea a la hora de establecer los presupuestos aplicativos del concepto de transmisión de empresa y esas limitaciones podrían implicar que únicamente se pueda calificar como una sucesión de actividad que no aparece recogida por los propios preceptos de la LCSP (arts. 15 y 17 se refieren a la «concesión de servicios» o «contratos de servicios»).

En conclusión, como se explicará a en las siguientes páginas, parece que la mera decisión de reversión no describe *per se* una subrogación ex art. 44 ET, debido, fundamentalmente a la interpretación restrictiva del requisito del traspaso afecte a «una organización productiva en sentido estricto», lo que se ha cuestionado respecto de servicios públicos o actividades que carezcan de un sustento físico y se apoyen, sobre todo, en recursos inmateriales, lo que precisamente caracterizará a la Administración digital.

2.2. Efectos de la consideración como transmisión de empresa en la Administración digitalizada

En efecto, la Directiva 2001/23/CE lo que establece para considerar que estamos ante un supuesto prote-

gido y, por extensión, también dentro del ámbito del art. 44 ET, es que se produzca una «continuidad efectiva de la actividad», es decir, que la nueva empresa retome total o parcialmente el mismo objeto social que la anterior, en caso contrario, no se tratará de un traspaso a estos efectos (Goñi, 2010: 309). Ahora bien, es irrelevante la titularidad de los elementos transmitidos, al igual que no resulta exigible que se intercambien elementos del activo material, pues habrá que diferenciar según el tipo de actividad sea «material» o con base patrimonial, o «inmaterial» o con base en su personal.

Según la jurisprudencia comunitaria, el art. 44.2 ET se refiere a la «entidad económica» de lo transmitido, superando así la concepción más patrimonialista y abriendo la puerta a que se pueda aplicar ese concepto a supuestos de transmisión de elementos de carácter inmaterial, pero que sí gozan de un importante valor económico (López, 2003). Ahora bien, la unidad económica debe gozar de «autonomía funcional suficiente», con anterioridad a la transmisión, pues como ha destacado la doctrina (Beltrán, 2017:13), los párrafos primero y cuarto del art. 6.1 de la Directiva se refieren a que habrá de conservarla, «intentando evitar la creación artificial de unidades productivas fraudulentas».

Pero, según el Tribunal de Justicia, tampoco se hará depender del nuevo empresario que se consoliden los derechos derivados del traslado supe-
ditándolo a que se reanude de manera efectiva la actividad, por lo que bastará con que sea posible esa continuidad³⁰. Estos criterios jurisprudenciales han chocado en varias ocasiones con la interpretación de carácter más restrictivo (Goerlich y Nores, 2018) que ha hecho nuestro Tribunal Supremo negando la aplicación del art. 44 ET, en especial respecto de supuestos de reversión de contratos del sector de la restauración y hostelería en organismos públicos³¹.

Resulta fundamental, por tanto, reflexionar sobre la «identidad de la unidad productiva» y la «parte esencial» de la misma, al referirse a las actividades que descansan fundamentalmente en mano de obra, como los sectores de vigilancia o limpieza que se caracterizan por la ausencia de activos inmobiliarios, como reconoció hace años el Tribunal de Justicia³². Se trata de analizar la controvertida distinción entre las actividades «materializadas» y las «desmaterializadas», teniendo en cuenta la proliferación de los medios digitales en muchos sectores productivos y, en concreto, el porvenir de la «Administración digital» hace pensar que serán cada vez más frecuentes, y los procesos de recuperación o «remunicipalización» de servicios públicos seguirán produciéndose.

Pues bien, en un intento por delimitar el concepto de «entidad económica» sobre el que pivota la aplicación o no de la Directiva, es sabido que el Tribunal de Justicia ha diferenciado entre el concepto de «empresa/organización» y «empresa actividad», vinculando el primero a la necesidad de que el traspaso implique la transmisión de bienes materiales como base en la que descansa la organización de la empresa, mientras que, respecto del segundo, el elemento definitorio es el activo inmaterial sin el que la empresa perdería su identidad. En otras palabras, la interpretación judicial dota de cobertura jurídica al supuesto de «sucesión de plantilla», típico de aquellas empresas o sectores de actividad en los que la actividad descansa, fundamentalmente en la mano de obra, que será el conjunto de trabajadores —en todo o en un parte significativa— que el nuevo empresario asume para continuar con la actividad.

Esta jurisprudencia comunitaria ha admitido ese concepto de «empresa/actividad» en los tradicionales sectores «desmaterializados», con la advertencia de que se asuma «un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común que puede constituir una entidad económica»³³. Se trata de corroborar que existe un elemento de suficiente «entidad económica» que acredite que se ha traspasado la actividad y, por tanto, será de aplicación la Directiva, siendo indiferente el motivo o la vinculación —convencional, derivada de un pacto o similar³⁴— que haya llevado al nuevo cesionario a hacerse cargo de esa mano de obra.

Es más, el Tribunal de Justicia ya ha admitido que la adquisición de los derechos de propiedad industrial sobre un software u otros elementos propios del desarrollo del sector industrial, constituyen un elemento suficiente, en ese ámbito de producción, para considerar que se ha producido una transmisión de empresa, siempre que la cesionaria «mantenga el vínculo funcional entre los diferentes factores de producción transmitidos y que éste permita al cesionario utilizarlos para el desarrollo de una actividad económica idéntica o análoga»³⁵. Recientemente, en el sector de la banca, ha asumido dentro del concepto jurídico de transmisión de empresa la transferencia de la totalidad de los servicios financieros de un banco a una sociedad de bolsa que, sin embargo, excluye la cesión de personal, apreciando como elemento decisivo de la cobertura de la norma comunitaria, la cesión de la cartera de clientes³⁶. Por lo tanto, la no asunción de la plantilla tampoco será una circunstancia decisiva *per se* para excluir el concepto de transmisión de empresa³⁷.

Las consecuencias de calificar como transmisión de empresa la reversión de servicios descentralizados

por las Administraciones públicas tiene un efecto determinante sobre las garantías de los derechos, individuales y colectivos, de los trabajadores adscritos a la contrata y las obligaciones de las entidades intervinientes en el cambio de titularidad. Así lo recogen las previsiones del art. 3 de la Directiva que, de manera general al principio, señalan que «los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha del traspaso, serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal traspaso» (art. 3.1), para referirse, a continuación, al mantenimiento de los derechos derivados de los convenios colectivos, así como las obligaciones relacionadas con la información de las condiciones laborales a los trabajadores. Por su parte, el art. 4, determina que «el traspaso de una empresa, de un centro de actividad o de una parte de éstos no constituirá en sí mismo un motivo de despido para el cedente o para el cesionario», admitiendo a renglón seguido la posibilidad de que el cesionario, respetando la legislación interna correspondiente, lleve a cabo un despido por causas objetivas, técnicas, organizativas o de producción, bajo advertencia de que «las modificaciones substanciales de las condiciones de trabajo en perjuicio del trabajador, la rescisión del contrato de trabajo o de la relación laboral se considerará imputable al empresario».

Este principio de mantenimiento del estatuto regulador aplicable a los trabajadores se transpone en el art. 44 ET, de manera que también en el ámbito interno se blindó el empleo de los trabajadores afectados por la transmisión. Ahora bien, en el del sector público la virtualidad de esta regla general podrá encontrarse con ciertos impedimentos que sobrepasan las dificultades aplicativas al sector privado. Es decir, los principios constitucionales de acceso a la función pública (igualdad, mérito y capacidad) podrían verse fuertemente afectados. Pues bien, aunque se volverá sobre estos obstáculos más adelante, hay que destacar los pronunciamientos judiciales que han intentado dilucidar los efectos o el alcance de las previsiones de la Directiva 2001/23/CE sobre trabajadores del sector público.

En el ámbito europeo, cabe destacar tres recientes pronunciamientos. En el año 2017, en el asunto *Piscarreta*³⁸, corrobora la aplicación de la Directiva 2001/23/CE cuando se constata la pervivencia del vínculo funcional para desarrollar una actividad análoga con posterioridad al hecho de la cesión, sin que el hecho de que se disuelva la empresa originaria y que su actividad sea asumida por dos entidades distintas, presente ningún obstáculo. Esto supone que, teniendo en cuenta que el Sr. Piscarreta tenía su contrato en suspenso, pero no extinto, en el momento del cam-

bio de titularidad empresarial, y como tal fue tenido en cuenta a la hora de comunicarle la rescisión de su relación laboral, encajaría en el art. 2.1, 1 del concepto de «trabajador» de la Directiva, a salvo de las normas nacionales.

En segundo lugar, cabe destacar el asunto *Collino Sigüenza*³⁹. En este caso la interpretación del Tribunal al apreciar que concurren los elementos suficientes para encuadrar los hechos dentro del concepto jurídico de «transmisión de empresa», permite analizar el despido colectivo contra el que demanda el Sr. Collino al amparo del art. 4.1 de la Directiva 2001/23/CE, de modo que estará prohibido si se constata que su causa deriva de esa figura jurídica. el Tribunal descarta el hecho de la interrupción temporal de la actividad como una circunstancia que, por sí sola, constituya un factor determinante para excluir la calificación de la transmisión de empresa. El cierre temporal que coincide en gran parte con el tradicional periodo vacacional, y la consecutiva ausencia de empleados a su servicio en el momento de la transmisión, como sucede en el caso, no puede dejar sin efecto la aplicación de la Directiva 2001/23/CE cuando se ha constatado una efectiva «identidad económica» en la actividad de ambas concesionarias.

Por consiguiente, dado el carácter protector de la Directiva sobre el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en el caso de cambio de empresario, permitiéndoles permanecer al servicio del nuevo empresario en las mismas condiciones acordadas con el cedente, a la vez que trata de impedir que los trabajadores afectados se vean en una situación menos favorable por la mera causa de la transmisión, el despido que se derive de la misma, vulnerará el art. 4.1 de la Directiva. Advertido este punto de partida, el Tribunal de Justicia considera «plausible» que el despido responda a causas económicas, organizativas o de producción, pero remite al Tribunal nacional para que evalúe la cuestión, sin perder esa perspectiva garantista del derecho comunitario respecto a los trabajadores en los casos de transmisión de empresa.

Por último, el caso más reciente, el asunto *Correia Moreira*⁴⁰. Al igual que el primero de los mencionados, trae su origen del derecho interno portugués, y en éste el Tribunal se ha pronunciado a cerca del mantenimiento de los derechos de los trabajadores objeto de la transmisión, para lo que ha seguido la línea de interpretativa del asunto *Piscarreta* para determinar que una persona que desempeña un puesto de confianza, será considerado trabajador, a los efectos de la Directiva 2001/23/CE. De nuevo se refiere al art. 2.1, d) de la Directiva y remarca la necesidad del efecto útil de la propia Directiva, que que-

daría desprovista del carácter garantista respecto de los derechos y obligaciones de estos trabajadores. Ahora bien, será el órgano nacional competente el de que determine si el contrato estaba vigente en el momento de la transmisión. Más novedosa resulta la respuesta a la segunda cuestión prejudicial, sobre la que volveremos en las siguientes páginas. Únicamente cabe señalar ahora que, preguntado sobre el efecto del art. 4.2 de la Directiva, el Tribunal considera que protege y garantiza las condiciones contractuales de la trabajadora frente a los requisitos de acceso al empleo público que establece la legislación nacional y que la colocarían en una situación «menos favorable» en comparación con la situación contractual que venía disfrutando con anterioridad a la sucesión de la empresa. Sobre esto se volverá en las siguientes páginas, al tratar las repercusiones sobre la estabilidad en el empleo público de la reversión respecto de las que puede resultar muy relevante, dentro de cada Estado miembro, y en particular en España.

En definitiva, sobre esta concepción proteccionista o garantista de la Directiva 2001/23/CE, se extrae un concepto amplio o no restrictivo de trabajador al que protege, lo que se hace extensivo a la conservación de sus derechos anteriores al cambio de empresario. Además, ese carácter omnímodo también se refiere al propio negocio jurídico que regula, de manera que se entenderá que se ha producido una sucesión de empresa cuando se constate que la actividad del nuevo empresario se sustenta sobre la del transmitente, aunque sea en una parte, pero que tiene un mayor valor o interés a efectos de continuar con la actividad o el servicio. En otras palabras, lo que resultará más identificativo de la empresa o actividad, según las circunstancias, por lo que en las actividades que no descansan en bienes materiales, será fundamental la transmisión de la base organizativa o «desmaterializada» para desarrollarla, como es la propia asunción del personal.

2.3. Especial referencia a la incidencia de cláusulas convencionales

En el ámbito interno, tradicionalmente la jurisprudencia del Tribunal Supremo se había decantado por una interpretación restrictiva que, en términos generales, negaba la calificación jurídica de transmisión de empresa a los supuestos de actividades «desmaterializadas»⁴¹. Es decir, en la adjudicación de contratos con la Administración o ante una reversión, consideraba que no se trataba de un supuesto de sucesión de empresa, por lo que sería de aplica-

ción el art. 42 ET y no el art. 44 ET. De modo que, si no existía intercambio patrimonial no existía transmisión de empresa y, ante el silencio de los convenios sectoriales aplicables, los trabajadores conservan su relación laboral con el cedente. Esto originó la previsión de algunos efectos subrogatorios a través de la negociación colectiva y en los pliegos de condiciones, si bien continuó la controversia en la práctica⁴².

La modificación en la doctrina del Alto Tribunal se ha producido recientemente, después de que haya asumido la jurisprudencia comunitaria que admitió ese concepto de «empresa/actividad» en los tradicionales sectores «desmaterializados», siendo indiferente el motivo o la vinculación —convencional, derivada de un pacto o similar— que haya llevado al nuevo cesionario a hacerse cargo de esa mano de obra, siempre que se asuma «un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común que puede constituir una entidad económica»⁴³. Se trata de corroborar que existe un elemento de suficiente «entidad económica» para verificar que se ha traspasado la actividad y, por tanto, será de aplicación la Directiva.

Al respecto ha resultado fundamental el asunto *Somoza Hermo*⁴⁴. En este caso, que tiene su origen en la cuestión prejudicial elevada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, se analiza la viabilidad de la relación laboral del trabajador de un servicio de vigilancia de una institución pública cuya subrogación está garantizada por las cláusulas contractuales y no por aplicación directa del art. 44 ET. En este caso se admite que la transmisión empresarial encaja en el art. 3.1 Directiva 2001/23/CE, aunque no concorra ningún elemento patrimonial, al tener en cuenta que lo único que hace posible el desarrollo de la actividad que se venía prestando es la continuidad del propio empleado. La consecuencia directa de admitir que ese supuesto encaja en el concepto de sucesión de empresa de la normativa europea es que las cláusulas convencionales que limitan la responsabilidad solidaria entre las empresas cesionaria y cedente podrían considerarse contrarias a la tutela prevista en esa misma normativa. Es decir, la previsión del convenio colectivo que limita la aplicación del principio de responsabilidad solidaria entre los sujetos empresariales intervinientes, acaba originando discrepancias interpretativas entre la regulación interna y comunitaria. Ahora bien, aunque el Tribunal europeo entiende que la sucesión de plantilla ex convenio encajaría en el marco de la Directiva, se remite a la capacidad del juez nacional para valorar las cláusulas convencionales que regulan la sucesión convencional de contratos.

En efecto, esta doctrina ha sido asumida por el Pleno de la Sala que en la Sentencia del Tribunal

Supremo de 27 de septiembre de 2018 (recurso 2747/2016) modificó aspectos sustanciales de la jurisprudencia aplicable hasta esa fecha. De hecho, reconoció, en primer lugar, la capacidad de los convenios colectivos para establecer las normas de la subrogación —«en contra de lo que hemos venido entendiendo, el hecho de que la subrogación de plantilla (la asunción de una parte cuantitativa o cualitativamente relevante) sea consecuencia de lo previsto en el convenio colectivo no afecta al modo en que deba resolverse el problema»—. En segundo lugar, admitió que el concepto de «entidad económica» es el único que puede erigirse en definidor de la existencia de una transmisión empresarial con efectos subrogatorios, en tanto «que la empresa entrante se subroga en los contratos de trabajo de una parte significativa del personal adscrito por mandato del convenio no afecta al hecho de que la transmisión pueda referirse a una entidad económica». Y, finalmente, consideró que «la determinación de si eso sucede ha de hacerse ponderando el conjunto de circunstancias concurrentes en cada caso». Se refirió a «los sectores en los que la mano de obra constituye el elemento principal de la actividad empresarial», respecto de los que «es posible que el conjunto de personas adscritas a la actividad equivalga a la unidad económica cuyo cambio de titularidad activa la subrogación», lo cual debe determinarse según «el examen de las características de la adjudicación».

Desde entonces ha sido abundante la jurisprudencia de la Sala que ha acogido esta interpretación (Beltrán, 2017), más acorde con la Directiva 2001/23/CE. Así, ha admitido que existe sucesión de empresa en los casos de transmisión temporal de una unidad productiva autónoma, en el contexto de una sucesión de una concesión administrativa⁴⁵. De la misma forma, en tanto las garantías previstas en la norma comunitaria son asumidas por la transposición que se recoge en el art. 44 ET, tampoco permiten la limitación de los efectos subrogatorios por disminución en el volumen de negocio de la actividad de la contrata, de manera que la nueva empresa debe hacerse cargo de la totalidad de los trabajadores de la anterior⁴⁶. Además, en relación con la reversión de servicios públicos, resulta indiferente para admitir la transmisión que los elementos materiales indispensables para el desarrollo de la actividad hayan pertenecido siempre a la titularidad de la administración que recupera el servicio⁴⁷. Por último, también se ha acogido la protección de los derechos de los trabajadores y el reconocimiento de las obligaciones contraídas por el empresario anterior a su favor en el convenio colectivo de aplicación⁴⁸.

3. La estabilidad en el empleo *versus* el acceso a la función pública

Las consecuencias de calificar como transmisión de empresa la reversión de servicios descentralizados por las Administraciones públicas tiene un efecto determinante sobre las garantías de los derechos, individuales y colectivos, de los trabajadores adscritos a la contrata, así como en relación con las obligaciones de las entidades intervinientes en el cambio de titularidad, y específicamente sobre el estatus jurídico del empleado, en tanto que pasa de prestar servicios para la administración pública, con los condicionantes legales y constitucionales que ello conlleva.

Como se ha constatado, las previsiones de la Directiva 2001/23/CE, establecen, con carácter general, sin distinción entre el sector privado y el público, la conservación de los derechos y obligaciones «los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha del traspaso, serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal traspaso» (art. 3.1), para referirse, a continuación, al mantenimiento de los derechos derivados de los convenios colectivos, así como las obligaciones relacionadas con la información de las condiciones laborales a los trabajadores. Además, determina que «el traspaso de una empresa, de un centro de actividad o de una parte de éstos no constituirá en sí mismo un motivo de despido para el cedente o para el cesionario», admitiendo a renglón seguido la posibilidad de que el cesionario, respetando la legislación interna correspondiente, lleve a cabo un despido por causas objetivas, técnicas, organizativas o de producción, bajo advertencia de que «las modificaciones substanciales de las condiciones de trabajo en perjuicio del trabajador, la rescisión del contrato de trabajo o de la relación laboral se considerará imputable al empresario».

Este principio de mantenimiento del estatuto regulador aplicable a los trabajadores se recoge en el art. 44 ET, de manera que también en el ámbito interno se blindó el empleo de los trabajadores afectados por la transmisión, considerando ilegal la extinción contractual por el hecho de la reversión del servicio. Ahora bien, en el del sector público la virtualidad de esta regla general del art. 44 ET, derivada de la Directiva, se encuentra con problemas sobre el marco jurídico aplicable y el mantenimiento de

los derechos laborales previstos para el personal laboral objeto de objeto de sucesión de empresa en el ámbito público (Monereo, Moreno y López, 2018).

En primer lugar, la previsión del art. 130.3 LCSP, dentro del título genérico del precepto «información sobre las condiciones de subrogación», establece 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». Esta referencia directa a la norma convencional como fuente imperativa de la obligación subrogatoria ha reabierto dudas interpretativas, en especial cuando la suncción del personal se produce de forma «voluntaria» por la administración. (Goerlich y Nores, 2018).

En principio, la asunción de plantilla de la empresa por la administración pública sería contraria a los arts. 103 CE y arts. 55 y siguientes del EBEP, pues establecen de manera clara que, para contratar personal, las administraciones, deben sujetarse a procedimientos selectivos bajo los principios de igualdad, capacidad y mérito, lo que se contraviene de manera directa al continuar con la contratación del personal sin que concurren los requisitos del art. 44 ET. Aún más, se ha dudado que los convenios colectivos, normas del sector privado, puedan establecer obligaciones en el ámbito del sector público. Además, la legitimación de las partes se diluye porque la Administración no ha intervenido en la negociación colectiva de la que se deriva la obligación que ahora se le impone (Goerlich y Nores, 2018: 544).

A pesar de la clara previsión del art. 130.3 LCSP, la Disposición Adicional 26.^a uno de la Ley 3/2017⁴⁹, preveía limitaciones en su ámbito objetivo de aplicación, en concreto afirma que «el personal incorporado al sector público en virtud de contratos extinguidos por su cumplimiento, resolución, incluido el rescate, conforme a la legislación de contratos del sector públicos aplicables a los mismos, quedan por tanto afectados por las previsiones sobre sucesión de empresa contenidas en la norma laboral». Tal previsión legal fue que fueron objeto de fuertes críticas en el ámbito político y doctrinal (Rojo, 2018), hasta el punto que, en el año 2018, su homóloga la Ley 6/2018⁵⁰, elimina esta previsión. Es más, STC de 6 de diciembre de 2018 declaró nulo parte de sus previsiones. En concreto las normas que expresamente excluían de la condición de empleados públicos, según establece el art. 8 EBEP, a los trabajadores subrogados. La nulidad viene dada porque la norma de presupuestos no puede entrar en esta cuestión regulada por el EBEP, pero, entonces ¿no

se les aplicarán las condiciones y garantías previstas para estos trabajadores en el art. 130.3 Ley 9/2017? ¿O se les aplica la Directiva y su interpretación del TJUE?

Lo lógico será contestar que el art. 130.3 Ley 9/2007 que está en la línea de los que señala la Directiva, y el propio art. 44.1 ET, para el sector privado. Ahora bien, el art. 130.6 Ley 9/2017 limita —en contraposición con la norma general interna de transposición del art. 44 ET— el alcance de las obligaciones que ha de asumir la empresa cesionaria, al disponer que «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». Es decir, existe un claro antagonismo legislativo entre dos normas de igual rango (ET y LCSP) en lo que se refiere a la responsabilidad solidaria que el art. 44 conserva para el cedente durante tres años. Por lo tanto, se trata de una falta de homogeneidad que implica una reducción de garantías sociolaborales en los cambios de titularidad en contrataciones y concesionarias administrativas en el sector público. Aunque, como ha señalado la doctrina, la Directiva es una norma de mínimos y serán los Estados los que deciden cómo transponerla, y en tanto el art. 3.2 de la misma establece que los Estados miembros «podrán» establecer la responsabilidad solidaria, pero no obliga.

Llegados a este punto cabe preguntarse cuál es el vínculo jurídico del trabajador subrogado, dado que podría producirse la paradoja discriminatoria de que gozase de mayores garantías laborales en el sector privado que en el público. En efecto, según la norma estatutaria el trabajador deberá ser fijo, pero eso podría contravenir los requisitos de igualdad, mérito y capacidad que se prevén en el acceso a la función pública. Esto ha llevado a la doctrina a realizar una interpretación conjunta del art. 7 EBEP y de la norma comunitaria, de manera que se le mantengan las condiciones laborales y sociales pactadas, hablando de una nueva figura más garantista «personal laboral subrogado» (Monereo, Moreno y López, 2018: 25).

En realidad, se trataría de una de las posibles variantes de la controvertida figura del «indefinido no fijo» que surge en nuestro ordenamiento para dar respuesta al vacío normativo relacionado con las irregularidades y el abuso de la contratación laboral de las administraciones y que se ha recogido por el art. 8.2, c) EBEP y el art. 15.5 ET, y que responde a

las irregularidades en las que puede incurrir la administración. Esta figura protegería al trabajador de cualquier situación *ex novo* garantizándole completamente sus derechos y obligaciones anteriores (Alfonso, 2017: 14). Si bien, recientemente el propio Tribunal Supremo ha señalado la posibilidad de que se piense en una nueva modalidad de un «indefinido no fijo adscrito a una plaza de funcionario»⁵¹ por lo que el puesto de trabajo se extingue si desaparece la plaza de empleado público (Vila, 2019: 9). Finalmente, se ha apuntado otra opción, aunque no se estima viable desde el punto de vista económico y de eficiencia operativa, se trataría de asumir la subrogación del personal y, a continuación, proceder a la extinción contractual a través del despido objetivo o por causas objetivas, de los mismos trabajadores (Sala, 2018: 66; también, Goerlich y Nores, 2018: 548).

4. A modo de conclusión: ¿un nuevo horizonte?

La «desmaterialización» de los sectores productivos que subcontratan con la administración es un hecho potenciado por el propio fenómeno de la digitalización, por lo que debe reclamarse con urgencia una toma de postura por el legislador, regulando si es preciso una suerte de normativa que venga a aclarar estas cuestiones, en general para todos los ámbitos, pero también para el público. De hecho, respecto de este sector, limitarse a clarificar en el mismo art. 44 ET las condiciones de operatividad de las garantías sociales para los trabajadores afectados por el cambio de titular en la contrata, deviene muy insuficiente. Prueba de esta afirmación se detecta en la abundantísima jurisprudencia —interna, sobre todo— que se nutre de la interpretación del art. 44 ET, si bien resulta muy oscilante en cuestiones esenciales que ponen en duda el mantenimiento de derechos y obligaciones que propugna la norma comunitaria. Al respecto, destaca falta la especificación del concepto de «parte esencial, en términos de números y competencias», lo que puede llevar a interpretaciones restrictivas, aunque el Alto Tribunal mantiene, en esencia, las garantías del concepto de «entidad económica»⁵².

La confusión y la inseguridad jurídica es tan evidente que la Disposición Adicional 42.^a de la LGPE del año 2.018, en un intento por recoger el mandato del Tribunal Constitucional, permite la continuidad de los

contratos laborales mediante la convocatoria de un procedimiento selectivo cuando en los procesos de reversión, se den los elementos típicos de la transmisión de empresa (incluida la sucesión de plantilla por vía de subrogación convencional). Es decir, «conseguir lo contrario de lo que se pretendía»: la continuidad de los contratos no se producirá en el marco del art. 8 EBEP, sino con atención a las reglas laborales, sin aplicar las especialidades de los indefinidos no fijos (Monereo, Moreno y López, 2018: 27). No obstante, se establece un proceso selectivo que han de superar estos trabajadores, por lo que cabe preguntarse por la posible indefensión de aquéllos que no lo superen. Lo que es evidente es que el hecho de no garantizar la continuidad de los trabajadores cedidos contraviene lo previsto en la Directiva 2001/23/CE y sus normas de transposición, pues no hay que olvidar que en la mayoría de los casos los trabajadores de las empresas desmaterializadas son ya fijos debido al fraude o anomalía jurídica que se produce en su contratación, por lo que en caso de despido surge el derecho a indemnización, computando la antigüedad en el puesto de trabajo desde el primer contrato.

En efecto, se aprecia una línea jurisprudencial favorable a la aplicación de esas garantías —*Somoza, Píscarreta*—, en las que las previsiones de los convenios colectivos tendrán un papel fundamental, ya que el art. 44 ET se aplicará íntegramente. Destaca, por último, el último pronunciamiento del Tribunal de Justicia —asunto *Correia*— que afirma con rotundidad que el trabajador afectado por la subcontrata no debe verse afectado negativamente por el cambio de empleador, lo que conlleva dos consecuencias que, de nuevo, avivan el debate jurídico en nuestro ordenamiento. Por un lado, constata que el trabajador indefinido y fijo en la empresa concesionaria del servicio público conservará su tipo ese tipo de relación jurídica al depender de la administración, sin que la fijeza en el puesto de trabajo pueda ponerse en duda ni condicionarse de ninguna forma. De manera que, en segundo lugar, se considera que la obligatoriedad legal que se impone de tener que someterse a una prueba selectiva, así como ver reducido su salario durante un largo período temporal, debido a su cambio de categoría, resulta contrario al mandato de la Directiva 2001/23/CE y, por tanto, debe corregirse y garantizar la equiparación de derechos para estos trabajadores.

Pues bien, habrá que estar atentos a la consecuencia directa que esta interpretación puede implicar para nuestros tribunales, convalidando la tan polémica figura del «indefinido no fijo» que parecían querer dejar atrás. Es decir, determinar el alcance de esa consideración del Tribunal de Justicia de

que los trabajadores indefinidos remunicipalizados pudiesen convertirse en fijos de la Administración. Pero, más en detalle, ¿se interpretaría igual si el trabajador afectado pasase a percibir un salario mayor o igual al que venía recibiendo al integrarse en el sector público? O ¿hasta qué punto se estarían garantizando así los derechos y obligaciones de los empleados públicos, en su conjunto? En fin, se abren numerosas incógnitas, pero hay que recordar que el Estado español es uno de los que más ha incurrido en la precariedad laboral vinculada a la contratación de mano de obra en el sector público, de manera que aplicar consecuencias garantistas para los trabajadores afectados resulta, en todo caso, acorde con la necesidad de conseguir unos servicios públicos de calidad y responsables con el mandato constitucional.

5. Bibliografía

- Alfonso, C.L. (2017). La reversión a la gestión directa de servicios públicos: problemas laborales. *Revista «El Cronista» del Estado Social y Democrático de Derecho*, 69, 22-35.
- Almonacid, V., Sancliment X. (2016). El impacto de las TIC en la configuración clásica del derecho: especial referencia al principio de territorialidad. *CEF Legal: Revista práctica de derecho*. Comentarios y casos prácticos, 180, 11-32.
- Beltrán de Heredia R., I. (2017). Sucesión de contratos y transmisión de empresa: conflictos interpretativos y necesidades de reforma. *IUSLabor*, 1, 1-41.
- Bogoni, M. (2018). Transmisión de empresa, subcontratación y mantenimiento de los derechos de los trabajadores: una aproximación desde el derecho de la Unión Europea y la jurisprudencia más reciente de TJUE. En J. M.^a Miranda Boto (Dir.), *El Derecho del Trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones* (pp. 583-608). Madrid: Cinca.
- Castillo, F. A. (2017). *La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales*. Barcelona: Estudios de Relaciones Laborales.
- Cerrillo, A., Alguacil, M., González, S., Moro, M.^a A. (2016). *A las puertas de la administración digital: Una guía detallada para la aplicación de las Leyes 39/2015 y 40/2015*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- De La Puebla Pinilla, A. (2016). Problemas laborales en la «remunicipalización» de los servicios públicos. *Trabajo y Derecho*, 17, 112-122.
- Esteve, J. (2017). El movimiento remunicipizador. Experiencias y expectativas. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 69, 4-11.
- Esteve, M.A. (2016). Cesión ilegal en las Administraciones Públicas a través de las empresas de servicios. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Centro de Estudios Financieros*, n.º 399, 69-90.
- Gárate, J. (2018). Descentralización productiva y Derecho del Trabajo. En Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial. XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (pp. 25-68). Madrid: Cinca.
- Goerlich J. M.^a y Noreas L. E. (2018). Aspectos laborales de la reversión de contratos y concesiones administrativas: el impacto de las Leyes 3/2017 y 9/2017 (I). *Trabajo y Derecho*, 42, 104-113.
- Goñi, J. (2010). El concepto de sucesión de empresa: divergencias doctrinales entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Supremo Español. *Anuario coruñés de derecho comparado del trabajo*, 180, 37-57.
- López, L. (2013). Los efectos de la reforma laboral en el empleo público. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 34, 130-167.
- López, B.M. (2018). Sucesión de contratos y garantías laborales. En J. L. Monereo Pérez y S. Perán Quesada, S. (Dir). *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial* (pp. 311-338). Granada: Comares.
- Monereo, J.L, Moreno, M.^a N. y López, B. del M. (2018). La descentralización productiva a través de la subrogación en el sector público y vicisitudes subrogatorias. *Revista de Derecho Social*, 85, 13-30.
- Monereo, J.L. (2014). Aspectos laborales de la interconexión entre Administraciones Públicas y entes instrumentales: irregularidades en la contratación y legislación de emergencia. *Revista de Derecho Social*, 67, 13-44.
- Pérez Rey, J. (2004). *Estabilidad en el empleo*. Madrid: Ed. Trotta.
- Rodríguez, S. (2018). Garantías de subrogación empresarial en la nueva ley de contratos del sector público: convergencias y desencuentros con la normativa laboral. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 51, 1-45.
- Rodríguez-Piñero, M. (2016). Gestión privada, contratación temporal y calidad en el empleo. *Temas Laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 135, 111-150.
- Rojor Torrecilla, E. (2018). Dificultades interpretativas desde la perspectiva de Recursos Humanos de la nueva Ley de Contratos del Sector Público. La subrogación de personal. Recuperado de https://www.academia.edu/36478066/Dificultades_interpretativas_desde_la_perspectiva_de_Recursos_Humanos_de_la_nueva_Ley_de_Contratos_del_Sector_Público._La_subrogación_de_personal

- Sala, T. (2018). Acerca de los derechos de los trabajadores en los casos de reversión en la gestión de servicios públicos por las administraciones públicas. En M. López Balaguer (Coord). *Descentralización productiva y transformación del Derecho del Trabajo* (pp. 59-66). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Schwab, K. (2016). *La cuarta revolución industrial*. Barcelona: Ed. Debate.
- Valdés, F. (2001). *La transmisión de empresa y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos y nacional*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- Vila, F. (2019). Convenio colectivo aplicable y supuesto de reversión de servicios públicos. *Revista Gestión y Análisis de Políticas Públicas*. Nueva época, 21, 1-20.
- 7 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. *BOE* de 24 de octubre de 2015.
- 8 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. *BOE* de 31 de octubre de 2015.
- 9 Arts. 9.2 y 11.2, EBEP.
- 10 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. *BOE* de 9 de noviembre de 2017. En adelante LCSP.
- 11 Real Decreto 94/2018, de 2 de marzo, por el que se crea la Comisión Interministerial para la incorporación de criterios sociales en la contratación pública. *BOE* de 6 de marzo de 2018.
- 12 Directiva 2001/23/CE, del Consejo, de 12 de marzo de 2001 sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad. *DOCE* de 21 de marzo de 2001.

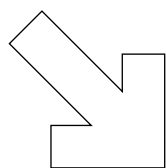
Notas

- 1 Real Decreto 695/2013, de 20 de septiembre, de modificación del Real Decreto 199/2012, de 23 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de la Presidencia y se modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales. *BOE* de 24 de septiembre de 2013.
- 2 Plan de transformación digital de la administración general del estado y sus organismos públicos, Estrategia TIC 2015-2020; en: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/20151002-Plan-transformacion-digital-age-oopp.pdf; últ. consulta: 29-04-2019.
- 3 Ley 39/2015, de 1 de octubre, *del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas* y Ley 40/2015, de 1 de octubre, *de Régimen Jurídico del Sector Público*, ambas publicadas en el *BOE* de 2 de octubre de 2015.
- 4 Real Decreto-ley 11/2018, de 31 de agosto, de transposición de directivas en materia de protección de los compromisos por pensiones con los trabajadores, prevención del blanqueo de capitales y requisitos de entrada y residencia de nacionales de países terceros y por el que se modifica la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. *BOE* de 4 de septiembre de 2018.
- 5 Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de febrero de 2019, sobre una política industrial global europea en materia de inteligencia artificial y robótica (2018/2088(INI)), *Una política industrial global europea en materia de inteligencia artificial y robótica*, P8_TA-PROV (2019) 0081.
- 6 Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. *BOE* de 7 de julio de 2012.
- 13 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. *BOE* de 31 de octubre de 2015.
- 14 SSTJUE de 24 de enero de 2002, Asunto C-51/00 (Temco) y de 26 de noviembre de 2015, Asunto C-509/14 (Aira Pascual y otros).
- 15 Por todas, STSJ de Galicia, de 14 de noviembre de 2017 (Rec. núm. 3703/2017).
- 16 Se refieren a estos elementos, entre muchas otras: SSTJUE de 18 de marzo de 1986, Asunto C-24/85 (Spijkers/Benedik); de 25 de enero de 2001, Asunto C-172/99 (Liikenne); de 11 de marzo de 1997, Asunto C-13/95 (Süzen/Zehnacker Gebäudereinigung Krankenhausservice); de 20 de noviembre de 2003, Asunto C-340/01 (Abler y otros). Más recientemente, SSTJUE de 20 de enero de 2011, Asunto C-463/09 (Clece). de 26 de noviembre de 2015, Asunto C-509/14 (Aira Pascual y otros) y de 19 de octubre de 2017, Asunto C-200/16 (Securitas).
- 17 STJUE de 8 de mayo de 2019, Asunto C-194/18, *Dodić contra Banka Koper y Alta Invest*. A continuación, se analizará más detenidamente dada su trascendencia y cercanía temporal a la elaboración de este trabajo.
- 18 STJUE de 14 de marzo de 2019, Asunto C-724/17, *Vantaan Kaupunki*; se refiere al criterio de continuidad económica en relación con la determinación de las entidades responsables de la reparación y la aplicación del art. 101 del TFUE.

- 19 Al respecto, STJUE de 15 de octubre de 1996, Asunto C-298/1994, *Henke*, el Tribunal no estima la aplicación de la Directiva en relación con la demanda de la Señora Henke que prestaba servicios como secretaria del alcalde y, como consecuencia de la agrupación de una agrupación de municipios, es despedida; la Sentencia niega el carácter de «transmisión de empresa» en este caso.
- 20 Así lo destaca, entre otras, STJUE 26 de septiembre de 2000, C 175/99, *Mayeur*, al señalar que no puede excluirse directamente por tratarse de una actividad que pasa de una empresa privada a una pública, o del sector público, sobre todo si no se trata de una actividad que suponga el ejercicio de las potestades públicas.
- 21 Por ejemplo, recientemente, SSTJUE de 20 de enero de 2011, Asunto C-463/09 (*Clece*); de 19 de octubre de 2017, Asunto C-200/16 (*Securitas*); de 20 de julio de 2017, Asunto C-416/16 (*Piscarreta*).
- 22 Al respecto, STS de 19 de septiembre de 2017 (rec. 685/2017) y la anterior STS de 30 de mayo de 2011 (rec. 2192/2010).
- 23 STJUE de 14 de septiembre de 2000, Asunto C-343/98, *Colino*.
- 24 STJUE de 20 de enero de 2011, Asunto C-463/09, *Clece*.
- 25 STJUE de 13 de junio de 2019, Asunto C-317/18, *Correia Moreira*. Se volverá sobre este asunto inmediatamente.
- 26 STJUE de 11 de julio de 2018, Asunto C-60/17, *Somoza Hermo*.
- 27 STJUE de 26 de noviembre de 2015, Asunto C-509/14, *ADIF/ALGEPOSA*.
- 28 También se pronuncia en este sentido, SSTJUE de 20 de enero de 2011, Asunto C-463/09, *Clece*.
- 29 SSTS de 30 de mayo de 2011, rec. 2192/2010; de 26 de enero de 2012, rec. 917/2011; de 11 de junio de 2012, rec. 1886/2011; o de 21 de abril de 2015, rec. 91/2014.
- 30 STJUE de 26 de noviembre de 2015, Asunto C-509/14, *ADIF/ALGEPOSA*.
- 31 Existen múltiples ejemplos. Al respecto, cabe destacar, SSTS de 21 de abril de 2015, rec. 91/2014; otras de Tribunales ordinarios, STJ Galicia de 30 de noviembre de 2015 (rec. 734/2015), estima que no hay reversión porque la extinción de la concesión el servicio se ha ce-
rrado.
- 32 Se trata de sectores tradicionales que se caracterizan por la ausencia de activos inmobiliarios, con referencia a la STJUE de 11 de marzo de 1997, *Süzen*.
- 33 SSTJUE de 24 de enero de 2002, Asunto C-51/00, *Temco*.
- 34 Al respecto, sobre las cláusulas convencionales, se analizará STJUE de 11 de julio de 2018, Asunto C-60/17, *Somoza Hermo*.
- 35 STJUE de 12 de febrero de 2009, Asunto C-466/07, *Kla-
renberg*.
- 36 STJUE de 8 de mayo de 2019, Asunto C-194/18, *Dodiç
contra Banka Koper y Alta Invest*.
- 37 STJUE de 7 de agosto de 2018, Asunto C-472/16, *Colino
Sigüenza*.
- 38 STJUE de 20 de julio de 2017, Asunto C-416/16, *Pisca-
rreta*.
- 39 STJUE de 8 de agosto de 2018, Asunto C-472/16, *Collino
Sigüenza*.
- 40 STJUE de 13 de junio de 2019, Asunto C-317/18, *Correia
Moreira*.
- 41 Al respecto, confrontar, STS 19 de septiembre de 2017 (rec. 1223/2015) que obliga a la subrogación del Minis-
terio de Defensa en el negocio de restauración que se lleva a cabo con la transmisión de los elementos
materias para continuar con el mismos (congelado-
res y aparatos de frío, por ejemplo); frente a esta, STS
de 26 de septiembre de 2017 (rec. 2445/2015), en
relación con el servicio de información al cliente de
Renfe, se extingue la contrata y con ella las relaciones
laborales de los trabajadores de la misma porque no
estima sucesión de empresa al ser un servicio «des-
materializado».
- 42 STS de 24 de julio de 2013 (rec. 2588/2012), sobre
el art. 14 del convenio colectivo de empresas de se-
guridad: «no estamos ante sucesión de empresa del
art. 44 porque no se ha producido transmisión de ac-
tivos materiales ni sucesión de plantillas, por lo que la
única vía para imponer la subrogación de empresa a
la empresa entrante sería por la establecida en el con-
venio colectivo. También es muy interesante la STS
de 20 de diciembre de 2017 (rec. 561/2017), en el con-
texto de la reversión de los servicios de limpieza del
ayuntamiento de Coruña, cuyo convenio colectivo es-
tablece el efecto subrogatorio limitado a los contratos
de personal del personal de la empresa saliente y li-
bera de responsabilidad solidaria a la nueva emplea-
dora en deudas salariales; el Tribunal sostiene que
«son los propios agentes sociales quienes, conocedo-
res de que sin su acuerdo tampoco habría continuidad
laboral en casos análogos, han conferido una solución
específica al supuesto».
- 43 SSTJUE de 24 de enero de 2002, Asunto C-51/00, *Te-
mco*.
- 44 STJUE de 11 de julio de 2018, Asunto C-60/17, *Somoza
Hermo*, a propósito de la aplicación de la regulación del
artículo 14 del Convenio Colectivo para las empresas de
seguridad.
- 45 STS 7 de marzo 2019 (rec. 1825/2017), en relación con
los servicios de la escuela infantil (comedor, guardería...).
- 46 Sobre la sucesión de empresa, vía convencional, en la
actividad de servicios de seguridad, STS de 8 de enero
de 2019, (rec. 2833/2016). En esta línea, STS 5 de marzo
2019 (rec. 2892/2017): «la reducción de la contrata no es
causa que excuse al nuevo contratista del deber de su-
brogarse en los contratos de los trabajadores del ante-
rior y que en caso de dificultades para cumplir ese de-
ber no se permite la rescisión del contrato por fin del

mismo, o por terminación de la obra, sino que sólo cabe acudir a la vía de un despido por causas objetivas o a la reducción de jornada por la vía del artículo 41 ET».

- 47 STS 26 de marzo 2019 (rec. 1916/2017), sobre una empresa contratista del servicio de comedor de escuelas infantiles de un ayuntamiento.
- 48 STS 26 de febrero 2019 (rec. 185/2017), sobre reclamación de los incentivos previstos en el Convenio Colectivo procedente de los antiguos Consorcios de Unidades Territoriales de Empleo y Desarrollo Local y Tecnológico (UTEDLT) que se incorporó al Servicio Andaluz de Empleo (SAE). También, STS 19 de febrero 2019 (rec. 1002/2017) que reconoce el derecho que tenían los trabajadores, en su empresa de origen, de disfrutar billetes de avión gratis o a precios reducidos.
- 49 Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017. BOE, de 28/06/2017.
- 50 Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018. BOE, de 04/07/2018.
- 51 STS de 23 de marzo de 2019, rec. 2123/2017.
- 52 STS de 27 de septiembre de 2018.



IVAP

BERRIKUNTZA eta JARDUNBIDE
EGOKIAK/INNOVACIÓN
y BUENAS PRÁCTICAS



**1 Francisco Saavedra García
y Ángel Iniesta Nicolás**

Los institutos y escuelas de Administración
Pública como centros de gestión
del conocimiento para la innovación.

La experiencia de EFIAP

Public Administration Institutes and Schools
as Knowledge Management Centers for
Innovation

**2 Asier Gallastegi Fullaondo
y Maider Gorostidi García**

La regulación de conflictos en la
Administración Pública como una oportunidad
para la innovación: una propuesta aplicada

The Regulation of Conflicts in Public
Administration as an Opportunity for Public
Innovation: An Applied Proposal

LOS INSTITUTOS Y ESCUELAS DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO CENTROS DE GESTIÓN DEL CONOCIMIENTO PARA LA INNOVACIÓN. LA EXPERIENCIA DE LA EFIAP

PUBLIC ADMINISTRATION INSTITUTES AND SCHOOLS AS KNOWLEDGE MANAGEMENT CENTERS FOR INNOVATION

Francisco Saavedra García

Ex Director de la Escuela de Formación e Innovación
de la Administración Pública de la Región de Murcia.
francisco.saavedra@um.es

Ángel Iniesta Nicolás

Ex Técnico Responsable del Área de Calidad e
Innovación de la Escuela de Formación e Innovación
de la Administración Pública de la Región de Murcia.
angel.iniesta2@carm.es

Recibido: 12/07/2019

Aceptado: 07/11/2019

© 2019 IVAP. Este es un artículo de acceso abierto distribuido
bajo los términos de la licencia Creative Commons Reconoci-
miento – No Comercial – SinObraDerivada (by-nc-nd)



Laburpena: Administrazio publikoak gaur egun duen erronka han-
dientetako bat honako hau da: zerbitzatzen duen gizarteak bizi
dituen aldaketa azkar eta etengabeetara egokitzeko gaitasun
nahikoa izatea. Egia esan, Administrazio publikoa aldakorra den in-
gurunera egokitzeko aski arina izateaz gain, aldaketa horiei aurre
hartzeko gai ere izatea nahiko garrantzitsua da. Prestakuntza eta, bereziki,
ezagutzaren kudeaketa aldaketa faktorea dugu, eragina izan behar
duena administrazioaren ekintzaren modernizazioa eta kalitatean.
Horrenbestez, enplegatu publikoaren etengabeko prestakuntzaren
bidez eskuratzen den ezagutza horrek administrazio berri batera
egokitu behar du, eta administrazio horrek prestakuntza, giza bali-
abideen eskubide batez harago, profesionalizazio eta aldaketarako
elementu gisa ulertu beharko du, kudeaketa eraginkorrago eta efi-

zienteagoa lortze aldera. Hori dela eta, Murtziako Eskualdeko Ad-
ministrazio Publikoko Prestakuntza eta Berrikuntza Eskolan (aurre-
rantzean, EFIAP) ezagutzaren kudeaketa funtsezko tresna iruditzen
zaigu berrikuntzarako, administrazioaren aldaketarako eta langileen
motibazioarako, izaera publikoaren balioa nabarmenduz prestakun-
tza-ekintza guztietan. Hau da, herritarrei ematen zaien zerbitzu ho-
rrek izan behar du Administrazioaren izateko eta jarduteko arrazoia.
Gako-hitzak: ezagutzaren kudeaketa, prestakuntza, berrikuntza,
balio erantsia.

Resumen: Uno de los principales desafíos a los que se enfrenta hoy
día la Administración pública es el de tener suficiente capacidad de
adaptación a los continuos y rápidos cambios que vive la sociedad a
la que sirve. En realidad, la Administración pública no solo debe ser
suficientemente ágil para adaptarse al medio cambiante, sino que se-
ría deseable que fuese capaz de anticiparse a esos cambios. La for-
mación, y más concretamente la gestión del conocimiento, es un fac-
tor de cambio que debe incidir en la modernización y calidad de la
acción administrativa. Por ello, el conocimiento a través de la forma-
ción continua del personal empleado público debe adaptarse a una
nueva Administración que reconozca dicha formación, no sólo como
un derecho de sus recursos humanos, sino como un elemento de
profesionalización y cambio para una gestión más eficaz y eficiente.
Por esta razón, desde la Escuela de Formación e Innovación de la
Administración Pública de la Región de Murcia (en adelante EFIAP)
apostamos por la gestión del conocimiento como la herramienta
esencial para la innovación, el cambio en la Administración y la moti-
vación de su personal, inculcando el valor de lo público en todas las
acciones formativas. En definitiva, una Administración en la que en su
razón de ser y actuar esté el servicio a la ciudadanía.

Palabras clave: gestión del conocimiento, formación, innovación,
valor añadido.

Abstract: One of the main challenges facing the public administra-
tion today is to have sufficient capacity to adapt to the continuous
and rapid changes that the society it serves experiences. In reality,
public administration must not only be sufficiently agile to adapt to
the changing environment, but it would be desirable if it were able
to anticipate these changes. Training, and more specifically knowl-
edge management, is a factor of change that must affect the mod-
ernization and quality of administrative action. Therefore, knowl-
edge through the continuous training of public employed personnel
must be adapted to a new Administration that recognizes such train-
ing, not only as a right of its human resources, but as an element of
professionalization and change for more efficient and effective man-
agement. For this reason, from EFIAP we are committed to knowl-
edge management as the essential tool for innovation, change in
administration and the motivation of its staff, instilling the value of
the public in all training actions. In short, an Administration in which
service to citizenship is its reason for being and acting.

Keywords: knowledge management, training, innovation, added
value.

Sumario

1. El cambio.—2. El reto.—3. La solución. El proceso diagnóstico de la EFIAP. 3.1 Grupos de trabajo colaborativos. 3.2 Cursos de formación al uso. 3.3 Aprender haciendo: Proyecta-te. 3.4 Estancias formativas. 3.5 Programa de innovación orientado a proyectos (PIOP).—4. Conclusiones.—5. Bibliografía.—6. Agradecimientos.

1. El cambio

Uno de los principales desafíos a los que se enfrenta hoy día la Administración pública es el de tener suficiente **capacidad de adaptación** a los continuos y rápidos cambios que vive la sociedad a la que sirve. En realidad, la Administración pública no solo debe ser suficientemente ágil para adaptarse al medio cambiante, sino que sería deseable que fuese capaz de anticiparse a esos cambios. Sin embargo, nunca ha sido una de nuestras características esta agilidad para cambiar en función de nuevas necesidades. Por las especiales características de la Administración, que la obligan a sustentar su funcionamiento y diseño en un boletín oficial, y el poco interés (cuando no ninguno) de los agentes que podrían dinamizar el cambio, este cambio se hace muy difícil y, sin embargo, es absolutamente necesario.

Para la Escuela de Formación e Innovación de la Administración Pública de la Región de Murcia (EFIAP), la necesidad de posicionarse ante las nuevas exigencias de sus clientes (en nuestro caso todo el personal empleado público de la Región sea cual sea la administración a la que pertenezca) ha sido siempre, y continúa siéndolo hoy, un objetivo fundamental que teníamos que cumplir de la mejor manera posible. La evolución constante en busca de la máxima calidad en la formación forma parte del genoma de la EFIAP, lo que no puede ser de otra manera si, de verdad, asumimos la mejora continua.

Nuestro «negocio» (si se nos permite la libertad de usar esta palabra en relación con la Administración) es el de la **formación** y la **innovación** según indica nuestro nombre, pero hemos de asumir que, en el contexto

actual, es evidente que las acciones formativas tradicionales basadas en cursos, aun siendo necesarias en muchos casos, no pueden ser ahora, ni de lejos, el núcleo fundamental de nuestra actividad.

Después de esta reflexión llegamos a la conclusión de que era necesario cambiar el modelo, dotarlo de nuevas herramientas que nos permitiesen gestionar adecuadamente el conocimiento en la organización de cara a lograr la innovación. Utilizando el término acuñado por el filósofo Jacques Derrida, y que todos asociamos a un gran innovador como es Ferrán Adrià (la revista *Time* lo incluyó en la lista de los diez personajes más innovadores del mundo en el año 2004), teníamos que «*deconstruir*» la formación, como si de una clásica receta de cocina fuese para adaptarla a los nuevos tiempos, a las nuevas exigencias que estaban surgiendo o iban a surgir.

La formación, y más concretamente la gestión del conocimiento, es un factor de cambio que debe incidir en la modernización y calidad de la acción administrativa. Por ello, el conocimiento a través de la formación continua del personal empleado público debe adaptarse a una nueva Administración que reconozca dicha formación, no sólo como un derecho de sus recursos humanos, sino como un elemento de profesionalización y cambio para una gestión más eficaz y eficiente. Por esta razón, desde la EFIAP apostamos por la gestión del conocimiento como la herramienta esencial para la innovación, el cambio en la Administración y la motivación de su personal, inculcando el valor de lo público en todas las acciones formativas. En definitiva, una Administración en la que en su razón de ser y actuar esté el servicio a la ciudadanía.

El proceso lógico que seguimos hasta llegar a los actuales modelos de formación que constituyen nuestra oferta formativa y los resultados que estamos obteniendo son los que a continuación se exponen.

2. El reto

Tomamos como punto de partida nuestra Misión, que no es otra que *ofertar una formación al personal empleado público que facilite el **avance y mejora** de la Administración, transmitiendo la importancia de la **ética** del servidor público y los valores de **responsabilidad, neutralidad, eficacia y de eficiencia***. La Escuela se planteó como Visión *convertirse en una organización **innovadora**, con capacidad permanente de adaptación a las nuevas circunstancias y que oferte un servicio público de formación de calidad centrado en el **aprendizaje y la transferencia del conocimiento***.

Estos son pues los pilares sobre los que construir un nuevo modelo de Escuela que permitiese poner en valor la formación para conseguir, en última instancia, la creación de valor público, que es una de las metas principales de la Administración.

El valor público, tal y como lo define Moore (1998), «consiste en la generación del máximo valor posible para la población a partir de los recursos financieros, humanos, físicos y tecnológicos existentes en la institución, **basándose en la imaginación gerencial**, a fin de cumplir con los propósitos establecidos en los mandatos y con la máxima **eficacia y eficiencia**».

De esta definición podemos concluir que el aumento de la eficacia y eficiencia no lo lograremos a golpe de medidas publicadas en el boletín oficial. Necesitamos imaginación, creatividad o, si se quiere, innovación.

Llegamos así a un concepto que actualmente centra buena parte de los debates sobre la modernización de la Administración: **la innovación**. Ya en 2014, en un documento titulado «*Administración 2032. Teclas para transformar la Administración pública española*», un trabajo del Grupo de Investigación en Administración Pública coordinado por el Dr. Manuel Arenilla Sáez, a la sazón director del INAP, (Arenilla, *et al.*, 2014) se citaba textualmente: «Las administraciones deben adaptarse a entornos cambiantes, con unos niveles de incertidumbre desconocidos, bajo situaciones de riesgo alto, al mismo tiempo que facilitan la colaboración con personas y organizaciones fuera de las fronteras organizativas. La innovación constante ya no será una opción, sino que se convertirá en un imperativo para las organizaciones públicas de cara a facilitar su propia supervivencia, así como su contribución a la calidad de vida y el bienestar colectivo». Estamos en el año 2019. Podemos volver a enunciar esta frase en

tiempo presente y no nos equivocaremos. Necesitamos la innovación ahora.

El primer problema que se nos planteó en la Administración pública cuando, muy resueltos, nos decidimos a innovar fue que no había consenso sobre lo que eso significaba. Adoptamos sin problemas el nuevo mantra de la Administración, innovación, sin tener claro a qué nos referíamos con innovación.

Muchos pensaron que innovar era la aplicación de las TIC a nuestra labor diaria. Por supuesto que existe una innovación tecnológica: utilizamos herramientas que antes no teníamos y hacemos **cosas distintas** que anteriormente eran imposibles de llevar a la práctica. Pero eso nada tiene que ver con la compra de tecnología. La innovación implica la puesta en práctica de **nuevos conocimientos**, no el uso de nuevas herramientas tecnológicas para hacer lo mismo más eficientemente (en ocasiones, si el procedimiento está mal diseñado, hacemos lo mismo, mal hecho, pero mucho más rápido).

Si queremos innovar antes debemos saber qué significa eso y, aunque parezca fácil su definición, no son pocas las páginas las que se han escrito al respecto, quizás demasiadas.

Según el Manual de Oslo (OCDE-EUROSTAT, 2005): «Se entiende por innovación la concepción e implantación de **cambios** significativos en el producto, el proceso, el marketing o la organización de la empresa con el propósito de **mejorar los resultados**. La innovación implica la utilización de un nuevo **conocimiento** o de una nueva combinación de conocimientos existentes». *Por otra parte, en julio de 2018 el Grupo de Trabajo de Innovación de la Red Interadministrativa de Calidad en los Servicios Públicos definía la innovación como* «la capacidad de generar nuevas ideas y **gestionar el conocimiento** —interno y externo— y aplicarlo para lograr mejoras significativas en organizaciones y servicios públicos que crean **valor público** y bienestar colectivo».

Así pues, para **crear valor público**, para aumentar nuestra eficiencia y la eficacia, deberemos **innovar** y para ello habremos de **gestionar el conocimiento** de la organización adecuadamente para dotarla de los **conocimientos** necesarios con el fin de hacer las cosas de otro modo o cosas nuevas, de tal suerte que obtengamos mejores resultados.

Es aquí donde entran en juego los institutos o escuelas de Administración Pública que, en un nuevo paradigma, deben asumir que su verdadera función es esa: la gestión del conocimiento (GC). Ya no basta con organizar cursos de formación y pretender que esos cursos, por sí solos, cambien la realidad de la organización. Hay que abandonar ese

espacio de confort y centrarnos en el desarrollo de las competencias organizacionales para compartirlo y utilizarlo entre los miembros de la organización. Ya la OCDE (2003) indicaba que para que las administraciones puedan desarrollar políticas que promuevan la mejora de los servicios era indispensable entender y medir la actividad de la Gestión del Conocimiento, asumiendo como tal la política que permite transferir el conocimiento desde el lugar donde se genera y existe hasta el lugar en donde se va a emplear.

Para innovar debemos dotarnos de nuevos conocimientos que nos permitan hacer las cosas de otra manera más eficiente o nuevas cosas que aporten valor y esto implica saber:

1. ¿Qué conocimientos tenemos actualmente?
2. ¿Dónde se encuentran?
3. ¿Cómo podemos aprovecharlos de manera óptima?
4. ¿Qué conocimientos necesitaremos en el futuro?
5. ¿Cómo podemos conseguirlos o desarrollarlos?

Los institutos y escuelas, para consternación de muchos que habrán de abandonar su zona de confort, deben pasar de ser organismos que programen acciones formativas, en su mayoría tradicionales cursos de formación, a los máximos responsables de la gestión del conocimiento de toda la organización. La gestión del conocimiento es una ciencia en sí misma con sus propios conceptos, términos, técnicas, actividades y estrategias que constituyen el dominio de su ejercicio. Es una política pública de la que depende, ni más ni menos, que la necesaria adaptación de la Administración actual a lo que de ella demanda la ciudadanía. Es la principal palanca del cambio y sus únicos responsables deben ser renovados: los institutos y escuelas de formación. En ellos reside el futuro de la Administración si entienden cuál es su crucial papel. Solo con su concurso podrá llevarse a cabo la tan cacareada innovación pública.

Son muchos los modelos que se proponen para la gestión del conocimiento. Casi todos ellos coinciden en establecer **tres fases básicas** en la implantación de cualquier GC que antes ya referenciábamos: *diagnóstico de la organización, diseño y desarrollo del sistema* y, por último, *evaluación y seguimiento* de los resultados. Del mismo modo todos proponen un conjunto de estrategias diversas (cursos de formación, mapas de conocimiento, grupos de trabajo, seminarios, comunidades de prácticas y aprendizaje, redes de comunicación y colaboración, almacenes de conocimiento, foros de debate, buenas prácticas, páginas amarillas, encuentros de asistencia y ayuda, benchmarking, knowledge-café, comunidades virtuales,

etcétera) diversas. A los institutos y escuelas les toca saber cuáles de ellas usan según que necesidades detectan o que nuevas estrategias deben crear para satisfacer estas necesidades.

Todo ello siempre con el objetivo final de mantener una **cadena de valor** que enlaza **formación-conocimiento-innovación-creación de valor público**, en donde el eslabón más débil es el que une conocimiento e innovación, lo difícil es que a través del conocimiento se produzca la innovación.

Ahora bien, la actividad de un instituto de Administración pública no impacta directamente sobre la sociedad, pero sí que puede y debe actuar como impulsor de la innovación dentro de la Administración dotando del conocimiento necesario a las unidades o creando las condiciones necesarias para la generación de un nuevo conocimiento que conduzca a la innovación.

Volvamos a repetirlo: los institutos y escuelas de Administración Pública son el motor del cambio en la Administración. Ahora bien, hemos de tener en cuenta que la innovación no la lleva a cabo el individuo, **innova la organización**. No se puede organizar una acción formativa para 25 empleados públicos y después de varias horas de formación teórica obtener innovadores públicos que cambien por sí solos la Administración. Con acciones formativas tradicionales difícilmente vamos a lograr cambio alguno.

Acabamos, pues, de identificar el auténtico **reto** actual de todos los organismos dedicados a la formación y cuya actuación es crítica para lograr la modernización de la Administración: dotarse de instrumentos, innovadores también, que permiten coadyuvar a la innovación a través de la adecuada gestión del conocimiento.

3. La solución

Ante un escenario cambiante nos hemos planteado un reto. Ahora solo queda lo más «fácil», superarlo adoptando las medidas necesarias. En nuestro caso, es evidente que hemos de dotarnos de nuevas herramientas formativas.

Utilizando nuevos modelos formativos hemos identificado que la mejor manera de proceder es suministrar a la organización los conocimientos necesarios para la innovación, movilizándolo el conocimiento del personal

empleado público para que sea compartido y aprovechado en la mejora de los servicios y productos de la organización. Es decir, **haciendo las cosas de modo distinto, se aumenta la eficacia y eficiencia de la organización creando valor público**.

Para ello es necesaria también una **innovación interna** con el fin de buscar distintas maneras de traspasar conocimiento para la **innovación externa**.

En nuestro caso, la EFIAP ha ido evolucionando a lo largo del tiempo con su apuesta por los modelos de aprendizaje informal y la mentorización, con políticas de alianzas estratégicas, optimizando los recursos existentes en la Administración y favoreciendo el intercambio de experiencias, entre otras iniciativas. Siempre ha tratado de lograr el mayor impacto posible de la formación, con modelos alternativos de formación y evolucionando de un sistema basado en la enseñanza a otro fundado en el **aprendizaje** y la **transferencia al puesto de trabajo**.

El resultado final es que, a través de la **innovación interna** en la propia EFIAP, ampliamos el conjunto de herramientas que conforman nuestra oferta formativa y que son las que se recogen en la *Figura 1*. No va-

mos a analizar todas ellas pormenorizadamente, ni vamos a debatir sobre temas ya clásicos, pero no por ello menos interesantes como la enseñanza *versus* aprendizaje, la formación de formadores o el diseño de competencias. Nos centraremos en algunas de ellas porque son las que nos van a permitir la **innovación externa**, es decir, aquellas que tenemos que utilizar en las unidades a las que damos servicio, y cuya actividad impacta directamente en la sociedad. A través de ellas lograremos el ya citado aumento de la eficacia y eficiencia de la Administración.

Esta nueva manera de entender la formación persigue también el tan deseado **intraemprendimiento público**. No de un modo unilateral sino participativo, implicando a todo el personal de la organización. Queremos que este **intraemprendimiento** se dé **a través de la formación**, aunque en principio pueda parecer un reto inabordable. Esto implica un cambio en la imagen que la EFIAP debe trasladar a sus clientes. Existimos, entre otras razones, para evitar que las ideas emprendedoras se pierdan como lágrimas en la lluvia. No hay que llorar su pérdida, hay que rescatarlas y desarrollarlas dentro de la Administración, y ésta debe saber que la EFIAP es el socio de confianza que

Figura 1

Innovación interna para crear innovación externa



Fuente: Elaboración propia

cuenta con los recursos para apoyar el desarrollo de nuevas ideas y modos de hacer las cosas.

Esta evolución en la imagen que nuestros clientes tienen de nosotros está suponiendo un cambio importante no exento de dificultades, pero es necesaria porque estamos ante un **cambio de paradigma** en el que las escuelas o institutos de Administración Pública ya no son tan solo los centros de formación que satisfacen las necesidades de sus clientes mediante un catálogo de cursos elaborado tras un proceso de detección de necesidades: han de ser **centros de innovación propiciada** por herramientas de gestión del conocimiento que resulten innovadoras. Han de transformarse en órganos que resuelvan los problemas que le plantean sus clientes, y no solo con la formación, sino sobre todo con la innovación. Ya no vale detectar las necesidades de formación de las unidades, ahora simplemente **hay que detectar sus problemas e inquietudes** y, una vez analizados, proponer la mejor de las soluciones. Si en

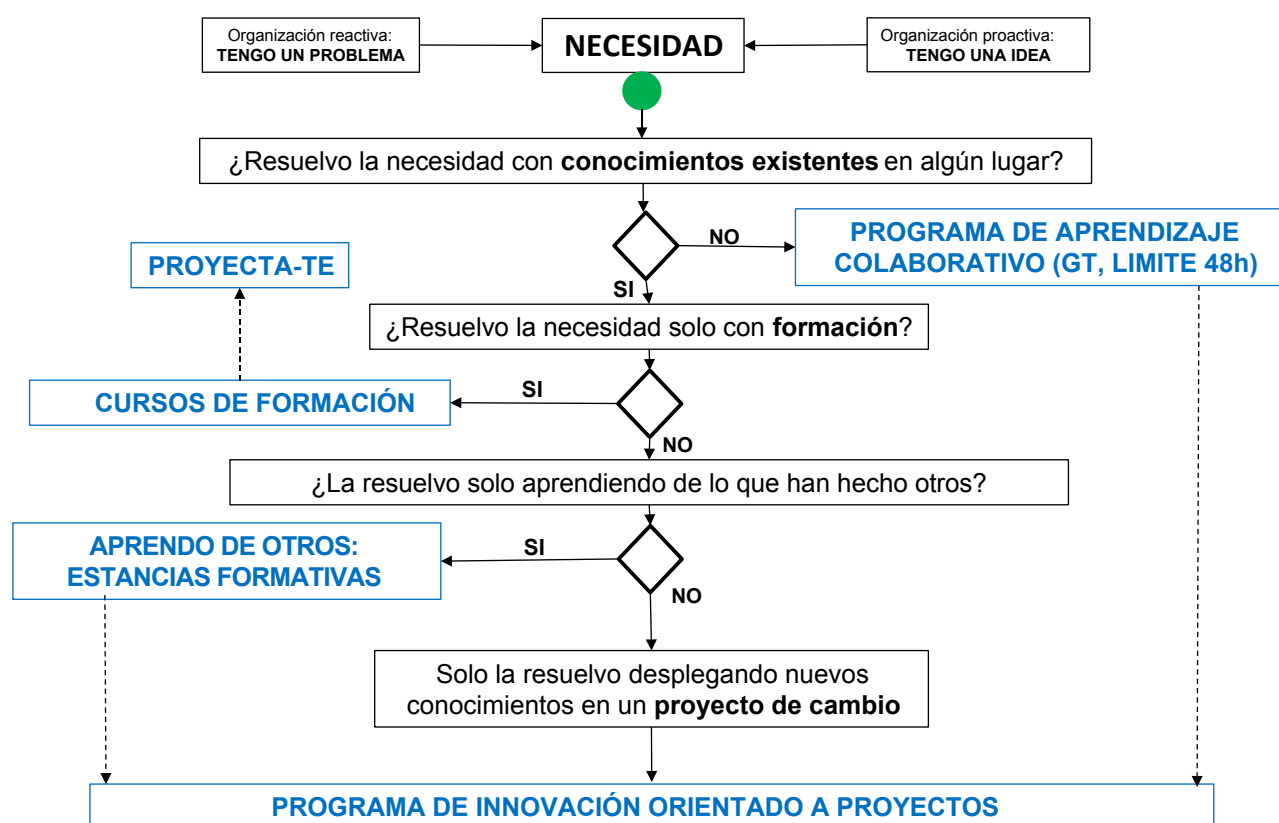
la solución el conocimiento es la palanca del cambio (en pocas ocasiones no es así) entonces el asunto es nuestro y nosotros los responsables, junto con la propia unidad, de provocar el cambio, «*sumando personas para multiplicar conocimientos*». Con esa filosofía, tal y como comentábamos al inicio, estamos intentando «*re-diseñar*» o, más bien, «*deconstruir*» la formación.

3.1. El proceso diagnóstico de la EFIAP

Como primer paso es necesario analizar las necesidades del cliente para saber qué tipo de herramienta debemos utilizar para satisfacerlas. En la *Figura 2* puede observarse lo que hemos dado en llamar el **proceso diagnóstico de la EFIAP** que ilustra que tipo de herramienta elegimos en función de cuál es la necesidad que se nos plantea.

Figura 2

El proceso diagnóstico en la EFIAP



Fuente: Elaboración propia

3.2. Grupos de trabajo colaborativos

Cuando una unidad nos plantea la necesidad de resolver un problema o desarrollar una nueva idea, si puede cubrirse con el concurso de conocimientos asumimos que somos los más indicados para resolverla. Pero ¿qué ocurre si el problema planteado no se soluciona con un conocimiento preexistente? ¿Qué sucede si hay que generar ese conocimiento? La innovación también es **creatividad** y es necesario fomentarla creando un ambiente propicio para ello. Eso son los **Grupos de Trabajo Colaborativo**, los cuales, bajo el paraguas de la EFIAP que pone a su disposición los medios necesarios para su trabajo, están integrados por personal experto en una determinada materia que, mediante el trabajo colaborativo y la creatividad, aporta de manera conjunta soluciones a un problema concreto o desarrolla nuevos modos de hacer las cosas.

Por ejemplo, si no existen procedimientos adecuados de supervisión en la intervención social en el área de Menor y Familia, habrá que crearlos. Ese fue el cometido del *Grupo de Trabajo sobre Supervisión en la Intervención Social en Protección de Menores y Familia*. Si no existe un sistema que gestione toda la información dispersa por la Administración de la Región de Murcia habrá que definirlo. Ese fue el cometido del *Grupo de Trabajo sobre Cooperación en la Gestión de la Información*. O lo ocurrido en el Programa de Inserción Socio laboral para mujeres víctimas de violencia de género, que preveía la creación puntos de atención a las víctimas. Había que desarrollar herramientas adecuadas para optimizar la atención en las oficinas de Empleo a las víctimas y eso fue lo que hizo el *Grupo de Trabajo sobre Medidas de Inserción Socio laboral para Víctimas de Violencia de Género*.

Y así podríamos continuar relatando los logros de los más de 100 grupos que se han creado en los últimos años y por los que han pasado más de 1.200 empleados públicos. Esta creación de conocimiento que permite hacer mejor lo que hacíamos antes es, sin duda, innovación.

3.3. Cursos de formación al uso

Si la necesidad se cubre solo con formación de la plantilla, la herramienta más socorrida son los cursos de formación tradicionales. Los cursos de formación tienen una doble perspectiva. En ocasiones son necesarios para cubrir una falta de conocimientos determinados para una parte o toda la plantilla de una unidad. En estos casos habrá que diseñar la acción formativa ad hoc dirigida al personal que determine la Jefatura.

Pero también es cierto que los cursos de formación son un derecho del personal empleado público y por ello, tradicionalmente se confecciona un catálogo amplio de libre elección para el empleado.

3.4. Aprender haciendo: Proyecta-te

Ahora bien, es posible que el conocimiento individual que adquiere el personal empleado público de modo voluntario pueda ser (debiera serlo) aprovechado en la organización. Otro de los programas basados en nuestra filosofía de la formación, «*aprender haciendo*» («*learning by doing*») es el que denominamos **PRO-YECTA-TE** (Proyecto de aplicación práctica de los contenidos de la actividad formativa a los servicios públicos que se recogen en la *Figura 3*), que posibilita la transferencia de la formación al puesto de trabajo mediante la realización de proyectos de experiencias prácticas, de tal forma que la formación no se agota en la acción formativa, sino que se extiende, una vez finalizada al puesto de trabajo.

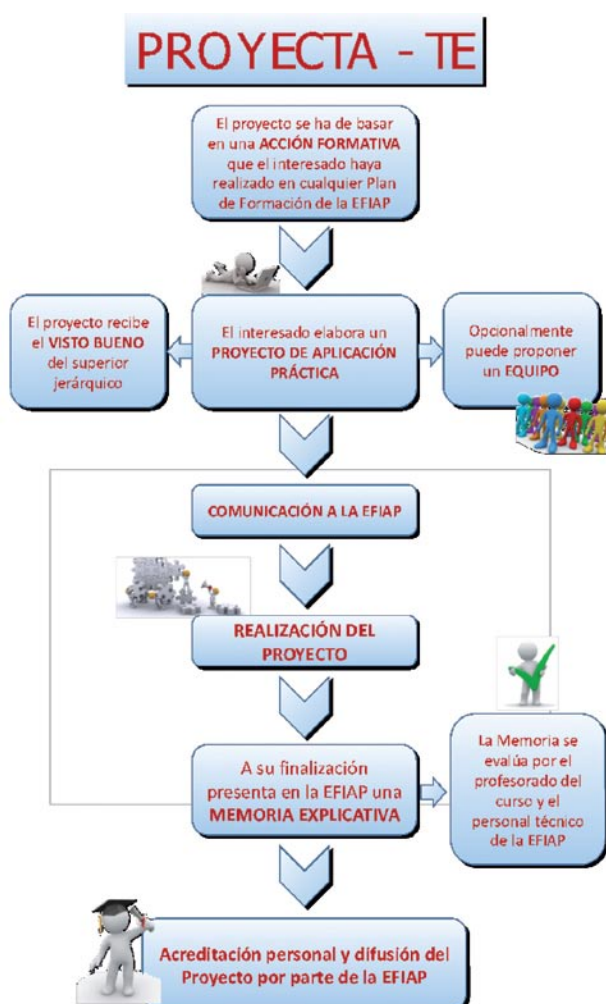
Consolidar el aprendizaje supone que, necesariamente, deben ponerse en valor y en práctica los conocimientos aprendidos (no enseñados) y eso pasa, necesariamente, por un trabajo individual reflexivo no memorístico. Con posterioridad hay que contemplar la posibilidad de una aplicación efectiva en su cometido profesional. En este caso, y con el fin de asegurar el impacto de la formación con la máxima transferencia al puesto de trabajo, se quiere implicar a la superioridad jerárquica en establecer, conjuntamente, la forma de transferir ese aprendizaje para la mejora de la organización. Entendemos que este es un planteamiento novedoso y que asegura el fin primordial de la formación: facilitar las condiciones a nuestro personal para una mejor prestación del servicio público.

En definitiva, se trata de poner en valor la formación que, de modo voluntario, adquiere el empleado público en cursos que voluntariamente ha elegido realizar.

Fruto de este programa se han llevado a cabo distintos proyectos, como son la creación de la unidad medioambiental en la policía local de fortuna, la creación de una unidad canina en el mismo ayuntamiento, el uso de lenguaje igualitario en las administraciones públicas aplicado al Instituto de Educación Secundaria del municipio de Blanca, la reforma y mejora de la planta tercera de la Consejería de Educación, Juventud y Deportes, la reforma y adecuación del hall de acceso de la Consejería de Presidencia y Fomento para la incorporación al mismo de un punto de atención a la ciudadanía y una zona de espera, etcétera.

Figura 3

Programa PROYECTA-TE de la EFIAP



Fuente: Elaboración propia

No todos los proyectos nacen a partir de un curso tradicional en el que el alumnado quiere desarrollar lo aprendido, en ocasiones nacen a partir de una estancia formativa de alguien que va a otra unidad distinta a la suya a aprender algo sobre determinada materia y que explicaremos en el siguiente apartado.

En cualquier caso, el problema que se nos plantea con este programa es que es necesaria, no solo la implicación del alumnado, sino la receptividad y compromisos del responsable de la unidad a la que pertenece y, en muchos casos, de directivos de mayor nivel. Esto condiciona mucho su éxito ya que hay que concienciar a la superioridad jerárquica para que apoye al alumnado y haga suyo el proyecto. Al tiempo, es imprescindible que los técnicos de la EFIAP que gestio-

nan los cursos tradicionales de los que pueden derivarse proyectos haga el adecuado proselitismo, que entiendan la potencia del programa y difundan adecuadamente entre el alumnado la posibilidad de llevar los conocimientos que van a adquirir y paso más allá, siempre con el apoyo de la EFIAP.

3.5. Estancias formativas

Otra posibilidad es la de investigar como hacen otros las mismas que cosas que nosotros hacemos, pero con mayor eficiencia. O bien, hacen cosas que nosotros también podríamos hacer y no sabemos cómo. Es necesario investigar, aprender de otros.

En 1905, (Einstein, 2005), un joven físico de 26 años, Albert Einstein, publicaba un artículo en la revista *Annalen der Physik* titulado «Sobre la electrodinámica de cuerpos en movimiento». En este artículo introducía la Teoría de la Relatividad Especial, que constituye un punto de inflexión en nuestra concepción del universo, el final de una era en el conocimiento científico y el principio de otra. Albert Einstein es el arquetipo de innovador.

En realidad, Einstein descubrió poco (¡Dios nos perdone!). Su teoría está basada en los trabajos previos de otros científicos como Poincaré, Lorentz o Maxwell. De hecho, las famosas ecuaciones de este último (la creación más bella de la mente humana para muchos físicos) solo son coherentes si se considera que el tiempo depende del sistema de referencia en el que se mide. Este hecho es el pilar de la Teoría de la Relatividad. Esta llevaba años queriendo asombrar al mundo, pero las mentes ancladas en conceptos de siempre no la dejaban nacer.

El auténtico mérito de Einstein fue **cambiar el punto de vista**, imaginar lo inimaginable: la relatividad del tiempo, hecho que va en contra de la experiencia diaria de cualquiera de nosotros. Albert Einstein innovó (¡y de qué manera!) en el campo de la Física alzado a hombros de gigantes, sin duda, pero tuvo la suficiente intuición de cambiar, desde su atalaya, la dirección de su mirada y entonces contemplo nuevos horizontes nunca vistos. Solo necesitó cambiar de perspectiva. **El cambio de perspectiva es fundamental para la innovación.**

Sirva este breve paseo por la Historia de la Ciencia para ilustrar el sentido del **Programa de Estancias Formativas** de la EFIAP. Con este programa pretendemos que el personal empleado público cambie su perspectiva, vea las cosas desde un punto de vista distinto, y que esto le sirva para innovar en su unidad. Innovar requiere, necesariamente, salir de la zona de

confort del ambiente de trabajo y abrir la mente a la investigación de lo que hace y como lo hacen otros.

En una estancia formativa el empleado público visita una unidad distinta a la suya, de su administración u otra diferente, con el ánimo de, o aprender cómo desarrollan allí su trabajo, de qué manera hacen lo mismo que él, pero de un modo distinto y luego tras pasar ese conocimiento a su unidad de origen. O bien, con ánimo de enseñar a sus compañeros un modo distinto de hacer las cosas (estancia formativa inversa). En definitiva, se trata, como antes decíamos, de cambiar la perspectiva que tenemos a la hora de enfocar nuestro trabajo diario.

El acento innovador de este programa se sitúa en su propio planteamiento. Es un programa abierto que se configura basándose en los intereses y necesidades de los tres principales implicados: quien solicita la estancia formativa, la unidad receptora y la organización.

- «*Quien solicita*» diseña su propio proyecto de aprendizaje de acuerdo a sus necesidades e intereses. Establece sus objetivos, propone su programa y el entorno en el que quiere desarrollarlo, y completa la evaluación de la experiencia con la aplicabilidad a su puesto de trabajo.
- «*La unidad receptora*» recibe un reconocimiento de buenas prácticas, tiene la oportunidad de revisar su manera de hacer y la sistematiza para ser observada y analizada a través de la persona que hace las funciones de tutoría.
- «*La organización*» proporciona los recursos y autorizaciones necesarias para que la estancia se lleve a cabo, a través de la EFIAP, que acredita su realización.

Por supuesto, este programa no está pensado para cualquier tipo de empleado público. Desde el ámbito de la gestión del conocimiento y el aprendizaje de las organizaciones, y tomando como referente la escalera del conocimiento desarrollada por William Howell, las personas a quienes dirigimos este programa son:

- **Incompetentes conscientes:** reconocen que tienen necesidad de aprender y están dispuestas a realizar una inversión de tiempo y esfuerzo. Saben lo que tienen que hacer. Están motivadas para mejorar su desempeño. Buscan alternativas concretas. ¿Qué puedo hacer? ¿Qué me falta? ¿Dónde hacen esto con buenos resultados? ¿Cómo lo hacen?
- **Competentes conscientes:** personas que se sienten competentes en el desempeño de sus funciones, a la vez que se plantean nuevos retos para la mejora de la calidad del servicio.

Ambos perfiles tienen características comunes: son personas motivadas y asumen responsabilidad en su proceso de aprendizaje, buscan su desarrollo profesional y asumen cierto grado de compromiso con la organización. Buscan unos aprendizajes concretos, prácticos y funcionales, partiendo de su bagaje experiencial

El desarrollo de esta experiencia permite generar nuevos conocimientos a la persona que realiza la estancia, a la que tutoriza, a las unidades implicadas y a la propia organización.

Cada estancia formativa tiene sus propios objetivos específicos, aunque todas comparten un mismo protocolo de actuación. Por supuesto, es indispensable la complicidad de la unidad a la que pertenece quien realiza la estancia formativa para que puede posteriormente ceder el conocimiento adquirido a su organización de tal modo que ponga en práctica los conocimientos adquiridos que permitirán a su unidad hacer mejor su tarea. Eso es innovar.

Desde 2017 hasta la fecha, se han desarrollado un total de 24 estancias formativas relacionadas con los aspectos más variados: en la Policía Local de Cieza para la creación e implantación de la unidad canina en la Policía Local Fortuna, en el Registro General Sanitario de Empresas Alimentarias y Alimentos para mejora en planificación, coordinación, gestión y control en materia de registro y ordenación de explotaciones ganaderas, en equipos de soporte de cuidados paliativos para la mejora de la coordinación con la atención a personas mayores en medio residencial, en centros terapéuticos para la elaboración de protocolos de atención a menores con problemas de conducta en centros de protección, en la Agencia Estatal Tributaria para la mejora de la gestión de impuestos tramitados por la Agencia Regional de Recaudación, en la Direcció de serveis d'intervenció social del Ayuntamiento de Barcelona para conocer la organización y funcionamiento de los Centros Abiertos Municipales de Atención a la Infancia y/o Servicios de Intervención Socioeducativa no residencial para niños y adolescentes en situación de riesgo y sus familias, en el Instituto Murciano de Investigación y Desarrollo Agrario y Alimentario (IMIDA) para conocer las distintas estaciones agro-meteorológicas, así como el Centro de Proceso de Datos del IMIDA, estudiando su composición y funcionamiento, en el Departamento de Producción Animal de la Universidad de Murcia para profundizar sobre aspectos relacionados con el bienestar animal en explotaciones ganaderas, etcétera. Todas ellas valoradas excelentemente tanto por el alumnado como por los centros de destino.

No obstante, se han detectado algunas áreas de mejora, como son:

- Tras la estancia formativa debe seguir existiendo un contacto entre las distintas unidades con el fin de que se haga efectiva la deseable coordinación y que siga existiendo un intercambio de conocimientos.
- Incorporar un modelo-guía del diario portafolios para que las personas inscritas tengan más claro el objetivo del programa.
- Premiar a la unidad de destino de aquellas estancias formativas que hayan contribuido gracias al mayor esfuerzo y movilización en sus recursos, dar a conocer más y mejor su unidad a las personas solicitantes.
- Adecuar el número de horas a la envergadura del proyecto de estancia.

3.6. Programa de Innovación Orientado a Proyectos (PIOP)

Por último, cuando al final es necesario llevar a cabo el despliegue de un proyecto integral y complejo en el que, a través del traspaso de conocimiento a toda la organización pueda ésta innovar, ha de utilizarse una estrategia distinta. Esta es la razón de ser del **Programa de Innovación Orientado a Proyectos (PIOP)**, en el que combinamos el Aprendizaje Basado en Proyectos (ABP) y el Trabajo Cooperativo-Colaborativo.

Tres son los objetivos fundamentales del PIOP: la transferencia efectiva del conocimiento a la organización, la mejora de los servicios públicos y añadir valor público a los servicios. Y su mecánica es bien simple:

1. ¿Tienes un problema? Cuéntamelo.
2. Desde la EFIAP te ofrezco el conocimiento necesario para resolverlo.
3. Tú mismo, con mi asesoramiento y dirección, lo solucionas.
4. La próxima vez que surja el problema, ya sabes cómo hacerlo.

El cambio que se produce es que ahora no le pido al cliente que rellene una ficha en la que describa su necesidad formativa y pueda montar un curso, ahora quiero saber qué objetivo pretende alcanzar y qué problema le impide hacerlo.

Sirvan algunos ejemplos. Una unidad puede haber adquirido un nuevo equipamiento que no sabe manejar y su problema se resuelve con una acción formativa que enseñe el manejo del nuevo sistema a su personal. Con la nueva Ley de Contratos de las administraciones públicas es necesario formar adecuadamente a todos los implicados en el proceso

de contratación pública para conocer las novedades jurídicas y sus diferencias con la anterior. Pero si una unidad quiere controlar los costes de su actividad, su problema no se solventa con un curso sobre modelos de coste basado en actividades (modelo ABC) sino **implantando** un modelo de costes en la unidad.

Esto requiere otro tipo de intervención. En esos casos la EFIAP actúa, en primera instancia, como un **consultor experto**, analiza el problema y, si mediante nuevos conocimientos que no tenía la unidad puede solventarse, define un proyecto de intervención basado en la formación del personal para que pueda alcanzar sus metas. Es el personal de una unidad, dentro de la acción formativa, quien tiene que realizar «*en equipo*» un proyecto de mejora o de innovación que previamente diseñó la EFIAP. Esto es lo que se intenta ejemplificar en la Figura 4.

Figura 4

Equipo de trabajo del proyecto
 «Mejora de la gestión en la
 Policía Local de Alcantarilla»



Fuente: Elaboración propia

En esta metodología de ABP se pone especial énfasis en la idea de grupo o equipos de personas (que *co-crean*, *co-laboran* y *con-struyen*) con los conocimientos que antes no tenían y que ahora les aporta-

mos. No son las personas, de forma aislada, las que tienen que realizar un proyecto que añada valor al servicio público que prestan, sino que es la Unidad de Personas que realizan la acción formativa, la que finalmente obtiene una mejora significativa en la unidad, generando valor público.

Tomemos como ejemplo una necesidad que en su día nos planteó el Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia (TSJ). El TSJ necesitaba un plan operativo bianual. Existía la opción de contratar una consultora experta en planificación estratégica, o bien, enseñar a su personal a diseñar un plan estratégico y, lo que es más importante, hacerlo. El Plan Operativo se diseñó por parte del TSJ en una acción formativa de la EFIAP. Este fue el primer proyecto que se llevó a cabo en este programa, posteriormente se ha llevado a cabo para distintas administraciones y de variada naturaleza. Después de iniciar el Programa con un par de proyectos, en 2018 se llevaron a cabo seis y se tenían 15 previstos para 2019.

Algunos de los proyectos realizados con éxito han sido la elaboración de una nueva relación de puestos de trabajo en los ayuntamientos de Blanca y Caravaca, el cálculo del coste de servicios municipales en el Ayuntamiento de Cehegín, la implantación de la orientación a procesos en la Dirección General de Salud Pública y Adicciones, la creación de una Oficina de Medición Municipal en Cehegín (el proyecto se clonará en cinco ayuntamientos más), el diagnóstico de las necesidades formativas y la elaboración de un Plan de Formación en la Agencia Tributaria de la Comunidad Autónoma, etcétera.

En resumen, en el Programa de Innovación Orientada a Proyectos:

- La EFIAP actúa en estos casos como una **consultora experta** a la hora de diseñar el proyecto y pilotarlo. Para ello cuenta con personal cualificado en gestión de proyectos y personal técnico en las diversas áreas de formación.
- La EFIAP **no desarrolla el proyecto**, sino que pone a disposición de la unidad un tutor experto (externo o interno) que enseñará al alumnado de la acción formativa las técnicas y metodologías necesarias para llevarlo a cabo y los guiará en el proceso. Es el alumnado el que pone en práctica los conocimientos adquiridos para desarrollar el proyecto, mediante la acción formativa.
- La EFIAP no compra a terceros productos o servicios, sino que **invierte en la adquisición del conocimiento** que queda en poder del personal empleado público de la unidad organizativa y, en definitiva, de la Administración pública.

- El personal aprende con la práctica y la unidad logra la **independencia de terceros** a la hora de desarrollar, mantener o evolucionar. Se logra el **mayor impacto** posible de la acción formativa con una **inversión mínima**.

Estas son algunas herramientas que intentamos que nos ayuden a fomentar la innovación en la Administración. No son todas, pero quizás sí son las que constituyen el «*núcleo duro*» de nuestra actividad. Unas aprovechan conocimientos existentes, otras crean nuevo conocimiento. Unas se focalizan en el grupo, otras en el individuo, pero, en cualquier caso, nos queda mucho por avanzar.

4. Conclusiones

Como comentábamos antes, la Gestión del Conocimiento es una disciplina compleja y en la que, humildemente, no nos creemos expertos, pero sí tenemos la conciencia de que tenemos que asumirla en su globalidad como la verdadera competencia que justifica nuestra existencia.

Debemos seguir avanzando en todos los ámbitos: es necesario fortalecer la cooperación de la EFIAP con las universidades públicas de la Región, tenemos en proyecto *co-diseñar* títulos propios de la universidades, especialmente focalizados a formar a ciertos colectivos de empleados públicos en materias que son claves para el desarrollo de su actividad y que debemos financiar; debemos incrementar el número de jornadas formativas en las que, además de informar y formar a los asistentes, se constituyan en foro de debate para buscar soluciones a problemas actuales como podría ser la necesaria regulación, competencia de los municipios, del uso de los vehículos de movilidad personal (somos Escuela de Policía Local), la adaptación de la Administración a las nuevas tecnologías (cadena de bloques, Internet de las cosas, inteligencia artificial, etcétera), debatir sobre procesos selectivos, etcétera, siempre buscando debate participativo que cree conocimiento para generar soluciones para problemas actuales; debemos crear círculos de conocimiento entre municipios con las mismas problemáticas para aportar soluciones válidas (también somos Escuela de Administración Local); estamos desarrollando un proyecto de páginas amarillas para localizar quién sabe qué cosa y está dispuesto a poner su conoci-

miento al servicio de la Administración, focalizándonos muy especialmente en personal jubilado para impedir que su conocimiento y experiencia se pierdan por desvinculación con la Administración; debemos desarrollar programas de formación personalizada para casos concretos y de interés para la organización; estancias inmersivas para el análisis de problemas y generación de soluciones, y un largo etcétera.

En resumen, sin olvidarse de los tradicionales cursos de formación, que siempre serán necesarios, nuestra **misión es el diseño y puesta en práctica de herramientas para la gestión del conocimiento y la innovación adecuadas a nuestras actuales necesidades**, entendiendo siempre que el verdadero valor de la Administración reside el conocimiento de su personal. Sin su concurso no habrá avance posible. Nunca debemos olvidar lo que decía Senge (2003): «las organizaciones sólo aprenden a través de individuos que aprenden. El aprendizaje individual no garantiza el aprendizaje organizacional, pero no hay aprendizaje organizacional sin aprendizaje individual».

Podríamos reformular la frase anterior: **las organizaciones solo innovan y mejoran a través de individuos que aprenden. El aprendizaje individual no garantiza la innovación y mejora en la organización, pero no hay innovación y mejora organizacional sin aprendizaje individual**. Esta es una realidad que hoy día, en pleno siglo XXI, tenemos que asumir las escuelas e institutos de Administración Pública.

5. Bibliografía

- Arenilla, M. et al. (2014). *Administración 2032. Teclas para transformar la Administración Pública española*. Madrid: INAP.
- Boekaerts, M. (2006). *Motivar para aprender*. México, DF: UNESCO/IBE.
- Coll, C. (2009). Enseñar y aprender en el siglo XXI: el sentido de los aprendizajes escolares. En R. A. Marchesi, J. C. Tedesco & C. Coll (coord.). *Reformas educativas y calidad de la educación*. Madrid: OEI-Santillana. Recuperado de: <http://www.ub.edu/grintie> [Consultado: 14/07/2019]
- Delors, J. (1997). *La educación encierra un tesoro*. México, DF: Correo de la UNESCO.
- EFIAP. (2017). *Experiencias de aprendizaje colaborativo en la Región de Murcia*. EFIAP.
- Einstein, A. (1905). Zur Elektrodynamik bewegter Körper. *Annalen der Physik*, 17, 891-921 (1905). Traducción y su versión electrónica en PDF elaboradas por Hernando Quevedo (ICN-UNAM). Recuperado de <http://webs.ftmc.uam.es/juancarlos.cuevas/Teaching/articulo-original.pdf>.
- Iniesta, A. (2017). *Innovación y cambios para la transformación de la gestión pública: un modelo de gestión Pública*. Murcia: EFIAP.
- Kirkpatrick, D.L. (1998). *Evaluating Training Programs*. San Francisco: Berrett-Koehler Publishers.
- Lombardo, M.M.; Eichinger, R.W (2002). *The Career Architect Development Planner* (3st ed.). Minneapolis: Lominger
- Martínez, J. (2016). *Nuevos modelos de formación para empleados públicos. Guía para la transformación*. Barcelona: UOC, S.L.
- Metcalfe, L. (1996). *La gestión pública: de la imitación a la innovación*. En *Lecturas de gestión pública*. Madrid: INAP.
- OCDE/EUROSTAT. (2005) *Manual de Oslo: Guía para la recogida e interpretación de datos sobre innovación, 3.ª edición*. OECD/European Communities. Recuperado de: http://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/manual-de-oslo_9789264065659-es
- Ortiz de Zárate, A. (2013). *Intraemprendizaje público. Por una Administración innovadora y abierta*. Madrid: INAP – Netbiblio
- Peiró, J.M. (1990). *Organizaciones: nuevas perspectivas psicossociológicas*. Barcelona: PPU.
- Peiró, J.M. (2004). *Psicología de las organizaciones*. Madrid: UNED.
- Prieto, L. (2007). *El aprendizaje cooperativo*. Madrid: PPC.
- Rehem, C. (2009). Gestión de centros formativos del siglo XXI. Nuevas miradas, nuevos abordajes, en F. de A. Blas y J. Planells (coords.). *Los retos actuales de la educación técnico-profesional*. Madrid: OEI.
- Reina, M.P. (2001). *Gestión de la formación en la empresa*. Madrid: Pirámide.
- Rueda, A. (2009). Competencia, cualificación, sistema de cualificaciones profesionales y formación asociada a las cualificaciones. En F. de A. Blas y J. Planells (coords.). *Los retos actuales de la educación técnico-profesional*. Madrid: OEI.
- Ryan, R.M. y Deci, E.L. (2000). La teoría de la Autodeterminación y la Facilitación de la Motivación Intrínseca, el Desarrollo Social y el Bienestar. *American Psychologist*, 55(1), 68-78.
- Sánchez, C., Lasagna, M., Marcet, X. (2013). *Innovación Pública: Un modelo de aportación de valor*. Chile: Ed. Ril Editores
- Senge, P.M. (2013). *La quinta disciplina: el arte y la práctica de la organización abierta al aprendizaje*. Buenos Aires: Granica
- Slavin, R. (1990). *Aprendizaje cooperativo*. Barcelona. Paidós.

Urzúa, C. (2008). El aprendizaje cooperativo: una competencia a desarrollar en Profesores y estudiantes. Recuperado de: <http://carlosurzua.usach.cl/moodle/mod/resource/view.php?id=348>.

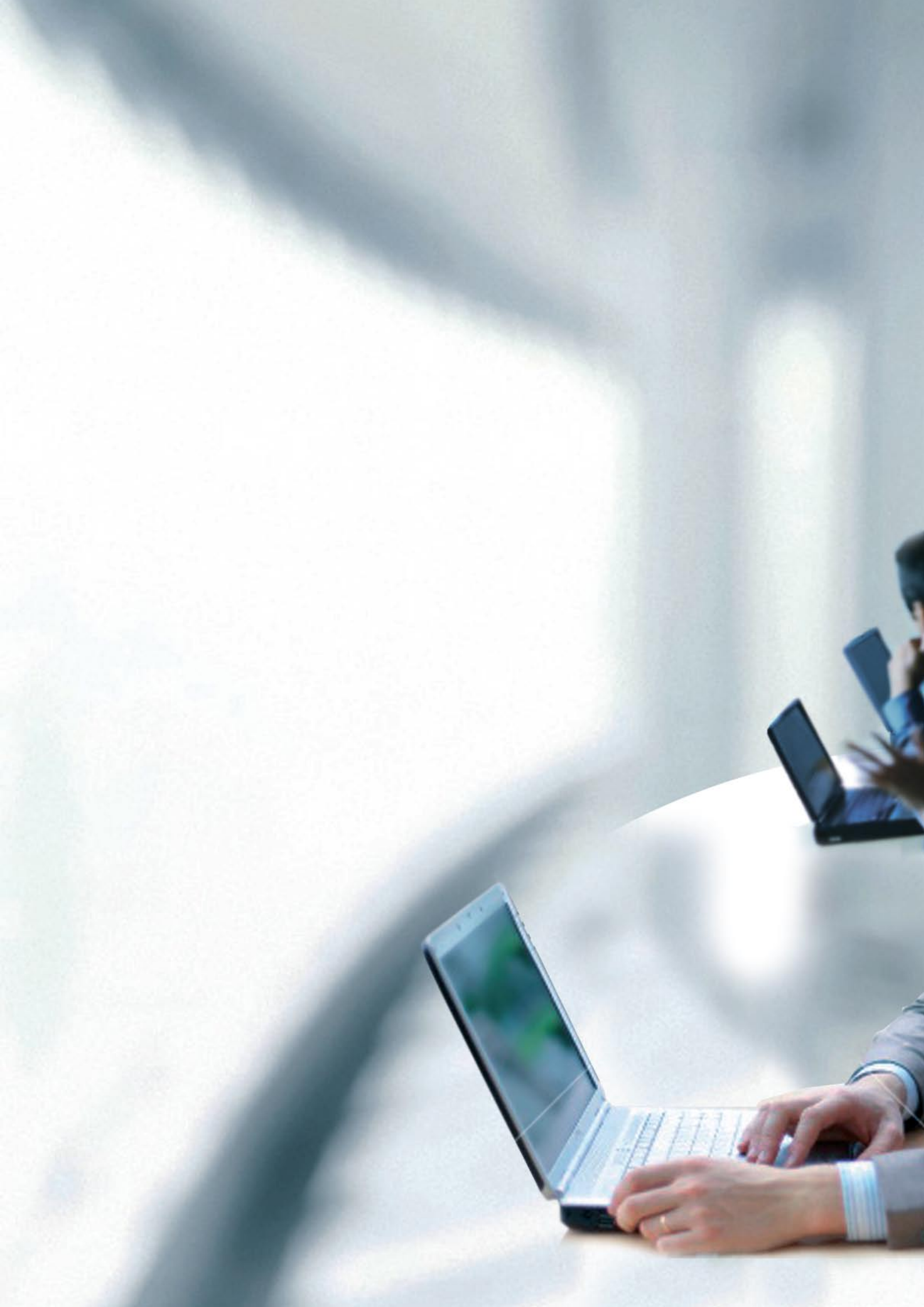
Zañartu, L. (2000). Aprendizaje colaborativo: una nueva forma de Diálogo Interpersonal. *En Red. Contexto Educativo. Revista Digital en Educación y Nuevas Tecnologías*. N.º 28. Recuperado de: <https://tic.sepdf.gob.mx/micrositio/micrositio2/archivos/AprendizajeColaborativo.pdf>

necesaria la complicidad del político. Muchas veces hemos tenido que idear fórmulas administrativas que pudieran dar soporte a estos nuevos modelos de formación que persiguen como único objetivo el que la Administración no pierda su esencia, que es el **hacer la vida más fácil a la ciudadanía** y eso pasa por disponer de personas competentes y para ello la **formación es la herramienta indispensable** y sin la que no es posible innovar ni mejorar la calidad de la prestación de los servicios públicos.

Por eso queremos expresar, sin que sea preciso referenciar los nombres, a los políticos que permitieron que, con el lema «*laissez faire, laissez vivre*», nos ilusionáramos en nuestro trabajo y que la EFIAP fuese en sí misma ejemplo de una organización viva, creativa, abierta al exterior y a cualquier propuesta o iniciativa de los funcionarios públicos, y al personal de la EFIAP, sin cuya implicación en nuestros programas formativos nada de lo que se referencia en este artículo habría sido posible.

6. Agradecimientos

El que una Escuela o Instituto de Formación pueda desarrollar experiencias formativas no al uso, y que conlleven un cierto riesgo su implementación, hace



LA REGULACIÓN DE CONFLICTOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO UNA OPORTUNIDAD PARA LA INNOVACIÓN: UNA PROPUESTA APLICADA

THE REGULATION OF CONFLICTS IN PUBLIC ADMINISTRATION AS AN OPPORTUNITY FOR PUBLIC INNOVATION: AN APPLIED PROPOSAL

Asier Gallastegi Fullaondo

Educador Social, Psicoterapeuta familiar y experto en intervenciones sistémicas. Supervisor/coach y desarrollo organizacional. Profesor en la Facultad de Psicología y Educación de la Universidad de Deusto. asier@korapilatzen.com

Maider Gorostidi García

Investigación y gestión de proyectos en Sinnergia, Social Innovation Centre (UPV/EHU). mgorostidi@sinnergia.org

Recibido: 15/07/2019

Aceptado: 07/11/2019

© 2019 IVAP. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia Creative Commons Reconocimiento – NoComercial – SinObraDerivada (by-nc-nd)



Laburpena: Testu honekin garrantzitsua iruditzen zaigun ideia bat eskaini nahi dizuegu: «Gatazka» deitzen dugun hori kontzeptualizatzeko eta hurbiltzeko modua bera aldaketa arako palanka bat izan daiteke. Ikuspegi eta ekintza hori bi ikuspegitatik arakatu nahi dugu: bata, Administrazio Publikotik kokatutako hausnarketa batekin, testuinguruaren berezitasun eta gaitasun batzuk azaltzen saiatzeaz gain, ikuspegi sistemikoa eredu gisa erabili nai du, konplexutasunarekin konprometitutako begirada, fenomenoaren izaera zirkularra harreman-sarearen baitan eta orekan ulertzea bilatzen duena. Artikuluan zehar, harremanen kalitatea osatzen duten zirkulu maltzur eta birtuosoen aurrean gure ekarpenaren berri izatera gonbidatu nahi zaituztegu, izan ere, zirkulu horiek eginkizunaren ikuspegi eraginkorragoa ahalbidetzen dute, pertsona- eta antolakuntza-ongizateaz gain.

Gako-hitzak: gatazka, ikuspegi sistemikoa, Administrazio Publikoa

Resumen: Con este texto nos gustaría ofrecer una idea que consideramos importante: la propia manera de conceptualizar y acercarnos a eso que llamamos «conflicto» puede ser palanca de cambio. Queremos explorar esta mirada y acción desde dos focos: uno con una reflexión situada desde la Administración Pública, intentando esbozar algunas de las particularidades y potencialidades del contexto, y además utilizar como modelo la perspectiva sistémica, una mirada comprometida con la complejidad, que busca comprender la naturaleza circular de los fenómenos dentro de una red relacional y en equilibrio. Durante el artículo queremos invitar a tomar mayor consciencia de nuestra contribución a los círculos viciosos y virtuosos que conforman la calidad de las relaciones, y que permiten un enfoque a la tarea más eficiente además del bienestar personal y organizacional.

Palabras clave: conflicto, enfoque sistémico, Administración Pública

Abstract: The very way of conceptualizing and approaching what we call «conflict» can be a lever for change. We want to explore this gaze and action from two focuses: first, with a reflection situated from the Public Administration, trying to outline some of the particularities and potentials of the context, and second, using the systemic perspective as a model, a gaze committed to complexity, which seeks to understand the circular nature of phenomena within a relational and balanced network. In this article we would like to invite others to become more aware of our contribution to the vicious and virtuous circles that shape the quality of relationships, enabling a more efficient approach to task as well as personal and organizational well-being.

Keywords: conflict, systemic approach, Public Administration

Sumario

1.Introducción.—2. Análisis del contexto. 2.1 Sobre el contexto y el proceso de cambio. 2.2 Administración Pública y sus retos como un escenario de oportunidad. 2.3.La relación público-social como oportunidad para recuperar el foco de la utilidad pública. 2.3.1. Proyecto Bherria como un ejemplo de buena práctica. 2.3.2 Bherria: Ideas clave para este artículo.—3. El enfoque sistémico como destreza para este contexto. 3.1. Principales propuestas teóricas para entender el enfoque sistémico. 3.2. Los hábitos del pensamiento sistémico.—4. Sobre el conflicto. 4.1. Orígenes y regulación. 4.2. Aumentar recursos. 4.3. El enfoque sistémico a activar en el conflict.—5. Límites y potencialidades.—6. Conclusiones finales.—7. Bibliografía

1. Introducción

En la última década las personas que nos encontramos en el ejercicio de comprender la realidad y ofrecer estructuras para movernos de manera más eficiente en ella hemos experimentado, leído y escrito tanto sobre el cambio, la complejidad y la incertidumbre que, sin ser del todo conscientes, nos encontramos de manera natural desarrollando nuestra actividad en contextos y con prácticas que solo hace unos años hubieran sido experiencia de vértigo y señaladas como de riesgo.

Durante un tiempo, quizá en los primeros años de la crisis económica, pudimos vivir en la fantasía de volver algún día al lugar anterior al *terremoto*, pero la sensación compartida es que el desequilibrio permanece y parece se trata más de una marca del nuevo escenario que de una circunstancia a contrarrestar con el paso del tiempo.

Esta crisis no solo sacudió el mercado económico, también evidenció el cansancio de la sociedad (Han, 2017) a través del desapego y cuestionamiento por parte importante de la ciudadanía hacia sus representantes políticos y hacia el propio sistema de representación. No es foco de este artículo realizar un análisis profundo de esta realidad; sí lo es el modo en el que esta nueva realidad se gestiona desde la responsabilidad política y, sobre todo, técnica desde nuestra Administración Pública.

Hacemos nuestras las palabras de Fantova (2008) cuando escribe:

«Si miramos a esa complejidad social, a esta sociedad del riesgo, a estos retos que acabamos de esbozar, se diría que hay dos reflexiones que emer-

gen con cierta claridad. La primera es que hablamos de riesgos y retos que en buena medida son consecuencia de nuestra actuación, incluso de decisiones que tomamos cada día. Nunca estamos en un atasco sino que estamos formando un atasco. La segunda es que se trata de riesgos o retos que nos afectan colectivamente, que cada vez es más difícil delimitar (y quedarnos fuera de las) poblaciones de riesgo, que estamos todas a lomos de este mundo desbocado.»

Habítamos, también en las organizaciones, un conglomerado de retos de los que somos agentes activos y donde necesitamos de todas las partes involucradas para gestionarlos. El propio Fantova concluye el párrafo anterior con una idea que nos parece clave para reseñar en este contexto. «Ahora bien, estas dos reflexiones no son evidentes a nuestros ojos y hay poderosos mecanismos de todo tipo (cultural, psicológico, económico, mediático, social...) que nos impiden hacerlas y actuar en consecuencia».

Este es el terreno sobre el que queremos profundizar. La propia naturaleza de estos retos hace que las destrezas a desarrollar, colectiva e individualmente, trasciendan a las ya conocidas y transiten, de manera complementaria a las desarrolladas hasta la actualidad, hacia terrenos de diagnóstico e intervención más colaborativos, circulares, dinámicos y sistémicos.

En una era marcada por cambios rápidos y crisis institucionales sin precedentes (Baron 2011) estamos llamados a crear espacios para la conciencia y para reflexionar, de manera crítica, sobre nuestras formas de ver, pensar y actuar. Espacios de seguridad psicológica (Edmondson, 2019) en los que el conflicto pueda llegar a ser una oportunidad para impulsar un mejor desempeño en los equipos.

2. Análisis del contexto

Desde el centro de las pequeñas situaciones cotidianas solemos perder la perspectiva del suelo, paredes y techo del ambiente en el que se desarrolla. Esta falta de perspectiva puede tener sentido en la medida en que necesitamos fragmentar la realidad para poder entenderla mejor, y eso es lo que hacemos. Una vez recogida esa parte de realidad que nos interesa, la anclamos en creencias y valores que nos llevan a pensar lo que pensamos y como lo pensamos (Bohm, 1996). En definitiva, armamos una estructura mental que justifica la manera en que leemos lo que sucede y, en situaciones de conflicto, esto puede traducirse en que acabamos responsabilizando de los éxitos o los fracasos a las personas y eventos que sirven para continuar reafirmando nuestro modelo mental.

En nuestras organizaciones sucede esto mismo cuando les otorgamos solidez y las pensamos como espacios de mejora de rendimiento, de eficiencia y eficacia en donde la productividad es la premisa y la potenciación de la excelencia una pauta desde la que se premia, honrando a los *buenos* y castigando a los *malos* (Pink, 2010); separamos la globalidad interconectada y la separamos en esos dos componentes. Creamos esas realidades y abrazamos el relato antiguo que asume que el trabajo no es un lugar de goce y desde ahí mantenemos las premisas de control para que las personas no escapen de su responsabilidad. ¿Y si esto no fuera así? ¿Y si esta fuera una descripción solamente parcial que a fuerza de hacerla global está generando estructuras que nos desconectan de nuestras pasiones en el terreno laboral y del sentido para el que nacen nuestras organizaciones? Esta manera de entender nuestras organizaciones contrarresta la necesidad de evolucionar hacia modelos más adaptativos.

Esta percepción sesgada (Matute, 2018) y fragmentada (Bohm, 1996) de la realidad se ajusta a los tiempos rápidos en que vivimos; en estos tiempos de hacer (Schein, 2014) se crean esquemas y mapas causales que dan sentido a los comportamientos que se llevan a cabo dentro de la empresa (Martínez, Ramos, Moliner, 2015). Pero esta manera de aprehender la realidad no siempre permite que se recoja la información necesaria para entender mejor el mundo y la complejidad multi-aspecto del sistema en el que se opera (Linell, 2009).

Las Administraciones Públicas también viven en la mirada parcial y sesgada y en la necesidad de evolucionar para salir de un modelo agotado (Arenilla, Delgado, 2019a). En este artículo nos acercamos a esta necesidad de trascendencia y evolución desde dos perspectivas complementarias:

- Una percepción de estar ante estructuras rígidas con mucha dificultad para adaptarse a una realidad en continuo movimiento. Conscientes de este desajuste la sensación es de impotencia por no saber activar las palancas que ayudarían en esta transición necesaria. Como si mover una pieza pudiera desestabilizar un equilibrio precario, una suerte de pacto inconsistente entre muchos agentes implicados.
- La certeza de la oportunidad en la gestión de los espacios de incertidumbre, menos regulados por novedosos, complejos, menos priorizados. Hacemos hincapié en todo lo que puede realizar cada persona desde su rol y función dentro del sistema. Recordamos la importancia de invertir energía en aquellas tareas que, siendo importantes y de impacto, están en nuestro ámbito de actuación o incidencia (Covey, 2011).

2.1. Sobre el contexto y el proceso de cambio

Los tiempos VUCA¹, el cambio de era (más que la era de cambios) son denominaciones que llenan los textos para explicar la situación única de cambio que vivimos. Esta nueva era nos hace vivir en la paradoja, en la tierra de la incertidumbre por la que transitamos desnudos, desnudas, en donde estamos atrapadas entre lo que fue y lo que podría ser (O'Hara, 2003). Lo que sabíamos que funcionaba ahora no sabemos si funciona, lo que nos trajo hasta aquí no sabemos si nos llevará hasta allí (Scharmer, 2009).

La organización también está inserta en esta realidad. Vivimos en la **Volatilidad**, arrastrados por la velocidad a la que se genera nueva información que hace que lo que sabíamos ayer ya no sirva para hoy; en la **Incertidumbre**, en la falta de predictibilidad; en la **Complejidad**, que nos muestra la multiplicidad de fuerzas, la mezcla de asuntos, la ruptura de causa-efecto y la confusión que rodea también a la organización. Los hilos que mueven la realidad organizacional podríamos decir que están hechos un ovillo (y por el camino encontramos nudos difíciles de deshacer). Vivimos en la **Ambigüedad**, la distorsión de la realidad y la distinta percepción o atribución de significado a los elementos que entran en juego en la misma es un perfecto

caldo de cultivo para malentendidos que dificultan el análisis de las situaciones problemáticas y la toma de decisiones.

El cambio es la constante y el conflicto pasa a ser parte de aquel convirtiendo la realidad que vivimos, nuestro día a día, en nuestro «enemigo». En ocasiones, este incómodo lugar de tránsito y confusión hace que estemos «menos enfrascados en lo que deseamos crear que en nuestro rechazo por lo que tenemos, nuestra realidad actual.» (Senge, 1998). Asoma aquí el reto del cambio, que tiene relación también con la insatisfacción: hay algo que nos gustaría modificar. Pero, al mismo tiempo, cuando eso que nos insatisface se mantiene, es porque hay algo importante que, a su vez, está permitiéndolo. Esto puede que suene extraño, pero en estas situaciones siempre hay una ganancia actual y oculta en el hecho de que se mantenga una situación «no deseada» en el tiempo. Esta paradoja también es parte del proceso (de cambio) y es aquí donde debemos aprender a respirar, a bucear y observar de nuevo ese viejo lugar con la presión de la *nueva normalidad* (VUCA).

Como nos recuerda Garcés (2017), en tiempos de conectividad y abundancia de información, esta *infoxicación* también provoca la necesidad de simplificar y apostar por posturas definidas y seguir banderas ante el esfuerzo que supone construir un criterio propio.

A veces nos desconectamos de lo que sabemos, en búsqueda de lo nuevo, y este (espacio nuevo) se construye sin cimientos.

Otras muchas veces seguimos corriendo hacia el futuro y, pretendiendo hacerlo diferente sin ningún proceso o itinerario que nos ayude, acabamos cayendo en la repetición, tal vez usando nuevas palabras, pero, al fin y al cabo, en la repetición.

Necesitamos recuperar cierta capacidad de sorpresa y conectar con un *aquí y ahora* presente y que nos interpela sobre los proyectos que hacemos, las dinámicas que instauramos y nuestra manera de contribuir a las mismas. Tal vez debamos apostar por un *no saber* activo desde algunas certezas:

- En la era de la conectividad, seguir creyendo que *tu mapa es el territorio*² exige cada vez más esfuerzo. A la distancia de un «click» aparecen los argumentos que refuerzan y cuestionan nuestras miradas.
- En el desempeño de nuestro rol profesional no es sencillo reconocer limitaciones a la hora de comprender la realidad para incidir en ella. Esta humildad es la que nos ayuda a construir equipo y alianzas con otros agentes clave, entre estos, la ciudadanía.

- Nos podemos imaginar el saber como una esfera que va creciendo y que cada vez tiene más puntos de contacto con lo que desconocemos. Cuanto más sabemos, más conciencia tomamos de todo lo que nos falta por saber.
- En nuestro contexto ¿qué sé de lo que digo saber? Nuestras aproximaciones son siempre parciales e hipótesis a seguir contrastando con la realidad. Las ideas claras nos impiden explorar nuevas respuestas.
- Nuestras perspectivas están limitadas por nuestra formación, experiencia y disciplina. Necesitamos construir saberes más globales e interdisciplinares.

2.2. Administración Pública y sus retos como un escenario de oportunidad

Vivimos momentos de cambio y nos toca vivir también en tiempos de retos. La Administración Pública es un agente más, afectado por este *tsunami*, que tiene encima de la mesa muchos desafíos. Algunos de ellos, recogidos por la OCDE (2018, p.18), trasladan la necesidad de la Administración de «redefinir su relación con la sociedad; construir una nueva legitimidad y un nuevo relato de lo público plural e integrado; adquirir nuevos conocimientos, competencias y recursos para afrontar las nuevas necesidades y demandas sociales (...)» (Citado en Arenilla y Delgado, 2019b, p.37).

Este es el lugar al que queremos enfocar cuando hablamos de activar la mirada sistémica a los conflictos, el lugar de los aprendizajes, de la adquisición de habilidades que permitan surfear olas difíciles. Pero este es un movimiento nada sencillo de hacer dentro de la complejidad de la propia Administración. Puede resultar lento, en ocasiones hasta contradictorio, con un futuro también incierto (como el de muchas organizaciones y personas que se organizan en ellas).

Cuando hablamos del cambio en la Administración Pública creemos que el contexto se define por algunas de estas claves:

- **Una mirada garantista a cualquier fenómeno administrativo.** Pudiera parecer que el objetivo de la Administración Pública, por encima de otros, fuese el conferir seguridad jurídica a todas las actuaciones. Es difícil explorar nuevos terrenos y sus fronteras desde las garitas de aduana. Por poner un ejemplo: una oportunidad como la transparencia y la rendición de cuentas, pueden acabar burocratizadas y generando procesos aún más rígidos y generadores de desconfianza que los que inicialmente pretendía contrarrestar.

- **Las dinámicas internas y las estructuras no acaban de ayudar a generar procesos diferentes.** El sistema operativo en la Administración Pública parece que, en algunos ámbitos al menos, «no ha cambiado en los últimos cincuenta años» (Arenilla y Delgado, 2019c, p.38). La propia lucha por el voto de los partidos políticos convierte en arena de batalla los ámbitos y las actuaciones, y dificulta la creación de suelos de acuerdos mínimos que permitan la seguridad necesaria para experimentar e innovar.
- **En el ejercicio de externalización que comenzó hace ya décadas, se ha convertido en proveedores a organizaciones empresariales y ciudadanas.** Parece que cuesta salir de la dinámica económica y de contratación para explorar otras relaciones de colaboración que pudieran ayudar a la propia Administración Pública a escuchar necesidades desde otro lugar e incorporar dinámicas más frescas y posibilitadoras.

2.3. La relación público-social como oportunidad para recuperar el foco de la utilidad pública

En este punto queremos rescatar una tensión que consideramos puede vivirse como conflictiva y que, desde nuestro punto de vista, se puede convertir en una oportunidad para la innovación pública. En los párrafos anteriores mencionamos algunas claves que definen el contexto social en el que las personas desarrollan su trabajo en la Administración Pública. En esta realidad, los retos se descubren como complejos y el ejercicio de afrontarlos, como una tarea que supera a la acción política y técnica. Este es un nuevo contexto y, en parte, es la visibilización de la circularidad e interdependencia de todos los procesos sociales y relacionales. Antes manteníamos, por ejemplo, que la salud dependía de los y las médicos y enfermeros y enfermeras, que la educación estaba en manos del profesorado, y nuestra necesidad de trascendencia en las de los religiosos y religiosas. Ahora vemos que los grandes proyectos públicos serán en cooperación y con una participación central de la ciudadanía o no serán.

La conectividad, dentro de otras marcas de nuestro contexto, ha descubierto al ciudadano como agente activo de su bienestar y de la construcción de ecosistemas en pro de la calidad de vida. El proyecto Bherria³, impulsado por la dirección de Servicios Sociales de Gobierno Vasco, se hace eco de algunas claves

en relación a la gestión de la relación público-social que creemos son una propuesta de regulación positiva, y una oportunidad, en un lugar de roce y conflicto histórico.

2.3.1. Proyecto Bherria como un ejemplo de buena práctica

El proyecto Bherria bien podría ser objeto de estudio en un artículo que investigara la puesta en acción de algunas de las claves expuestas a lo largo de este texto. Nos vamos a limitar a dar información que aporte marco suficiente para entender su naturaleza y una primera aproximación a las claves que consideramos pueden hacer que esta iniciativa sea ilustradora de una aproximación que estamos definiendo como sistémica.

El proyecto parte de una de las líneas de trabajo del Consejo Vasco del Voluntariado que busca apoyar y reforzar al personal técnico y político, a nivel municipal, con responsabilidad en el impulso de valores y prácticas solidarias y de participación activa.

Bherria nace con la vocación de profundizar de forma colectiva en los siguientes aspectos:

- Conocer experiencias que, apoyadas en las posibilidades que nos brinda Internet, la tecnología y la conectividad, están construyendo una manera diferente de ser ciudadano, ciudadana.
- Comprender las claves que hay detrás de estas experiencias y propuestas para incorporar estos aprendizajes a las iniciativas municipales y ciudadanas en un proceso de «Aprender haciendo».
- Conversar desde diferentes perspectivas con mirada crítica y con agentes y territorios diversos para reforzar una red de personas, municipios y organizaciones conectadas con la realidad y curiosas por esta mirada innovadora al concepto/práctica de ciudadanía.
- Transversalizar estos saberes desbordando los espacios clásicos donde participación ciudadana y voluntariado pueden haber estado diferenciados.

Se han realizado dos ediciones bajo el paraguas de este proyecto. En el año 2017 la propuesta convocó a personas con responsabilidad técnica y política. Cada una de estas personas traía un proyecto sobre el que quería profundizar y aprender. El itinerario comprendía espacios formativos en torno a nuevas tecnologías, comunicación y competencias para la colaboración, visitas a experiencias que definimos como de buena práctica y espacios de mentoring individualizados y también colectivos, reforzando el aprendizaje entre pares.

En el 2018 se abrió el espacio a la ciudadanía y se convocó a personal técnico municipal y a personas con responsabilidad política, junto a personas interesadas en la gestión comunitaria y en la colaboración público-social de espacios. En esta edición describimos el encuentro como un laboratorio y buscamos dar respuesta práctica a diferentes preguntas vinculadas con esta colaboración.

En ambas ediciones se dan algunas claves transversales, traducidas en acciones concretas, que creemos pueden ayudar a profundizar sobre estrategias desde un paradigma con mirada a los sistemas. Rescatamos algunas de éstas:

- APOSTAR POR UN ENFOQUE CENTRADO EN SOLUCIÓN. Una apuesta decidida por prestar atención a las prácticas concretas que contribuyen a la solución. Siendo procesos abiertos y participativos hay inercias claras a repetir lo que no funciona. Desde la facilitación la decisión es la de atender a los potenciales, los aprendizajes y las buenas prácticas. Visitamos experiencias concretas, ahondamos en las estrategias de solución, no damos demasiado espacio a la queja y visibilizamos a través de entrevistas y su difusión actitudes y propuestas que sin escapar del conflicto colaboran en la construcción de escenarios de posibilidad.
- RELATAR EL PROCESO. Decidimos contar el proceso. Siempre hablamos de lo importante del proceso frente a miradas que están pendientes única y exclusivamente de los resultados, informes, impactos finales. Nuestra manera de poner en valor lo que ocurre entre los primeros pasos y los últimos de un ciclo es documentar, sistematizar y difundir cada hito del proceso. Además buscamos que este relato sea compartido y distribuido de manera que las diferentes voces puedan estar presentes. Nuestra experiencia nos dice que este ejercicio contribuye e impacta en soluciones más compartidas y mixtas.
- COMPRENDER LUGARES Y CONSTRUIR SOLUCIONES COMPARTIDAS. Los ejercicios que planteamos para esta construcción colectiva de conocimiento son respetuosas con las diferentes aproximaciones a los fenómenos de investigar y activar. El primer paso busca acompañar estas experiencias y miradas para luego proponer espacios de cruce de perspectivas y reconocimiento de las necesidades detrás de cada posición. Basamos nuestro trabajo en una convocatoria abierta diseñada para captar diversidad, diseñamos espacios para comprender situaciones y experiencias para más tarde, a través de análisis transversales y complejos, abrimos a posibilidades diferentes.

2.3.2. Bherria: Ideas clave para este artículo

A lo largo de la edición de 2017 las personas participantes en el proyecto avanzaban algunas claves para garantizar una relación de sinergia entre la ciudadanía y la administración local. Consideramos que estas ideas tienen sentido en este texto en la medida que reflexionan sobre el marco suficiente para una gestión exitosa de la relación público-social, una relación que en algunos casos se vive como conflicto y desencuentro:

- Ante la rigidez de los procesos y la burocracia, en este proceso se descubrió que los cuestionamientos frontales sólo los hacen más inflexibles. Necesitamos reconocer la función de estas estructuras para ver si, manteniendo la misma, pudiéramos hacerlas más ligeras.
- Se reflexionó sobre la importancia de realizar un trabajo más estructural que permita que la lógica de la participación, más allá de los procesos puntuales, se convierta en la lógica de funcionamiento de lo público.
- Los resultados de los proyectos en colaboración siempre son producto del proceso y la interacción. Por eso se aconseja cuidar los intangibles y entrenar los músculos necesarios para trabajar desde la incertidumbre. Es lo que abre las puertas a los verdaderos cambios, trabajar desde la confianza y los potenciales de las personas que nos encontramos en los proyectos y en los municipios.
- Ante los relevos políticos y las dinámicas vinculadas a los cambios de legislatura llamó la atención sobre la tiranía de lo nuevo que, a veces, provoca la desaparición de proyectos ya existentes con la incierta promesa de algo mejor que no siempre llega a suceder. Esto genera pérdidas de ilusión y confianza, energías y recursos desaprovechados y desorientación de la ciudadanía.
- Los encuentros de colaboración pueden ser procesos frágiles. Un cuestionamiento sin respuesta, un abandono por parte de alguien importante, una respuesta rápida, una necesidad expresada con fuerza y no respondida pueden ser una oportunidad o un paso hacia el desdibujado definitivo. Es necesario hacer hincapié en habilidades más transversales o *soft-skills* para realizar este trabajo con éxito.
- Preguntas que se produjeron sobre la gestión de desencuentros: ¿Cómo escuchamos las críticas? ¿Somos conscientes de cuáles de las acciones, o falta de acción, por nuestra parte han podido contribuir a que ocurra eso que nos molesta por parte del resto de actores/actrices en el proceso?

En el siguiente apartado queremos explorar las actitudes, habilidades y conocimientos que consideramos pudieran servirnos en este desempeño, y lo hacemos desde la perspectiva sistémica.

3. El enfoque sistémico como destreza para este contexto

Hoy podríamos sostener que la palabra *sistémico* se ha convertido en una especie de test proyectivo (Schlippe y Schweitzer, 2003). Somos conscientes de que este no es el espacio para rescatar el origen y desarrollo del enfoque sistémico y por eso ahora, simplemente, desplegamos una muestra de las principales líneas teóricas que la han incorporado para avanzar en lo que sí nos compete: conocer algo más de qué es eso que denominamos *enfoque sistémico* y cómo comprenderlo mejor para integrarlo en la manera de percibir y abordar situaciones que suponen un conflicto.

Desde la primera y segunda cibernética, pasando por la sociología de Luhmann, la teoría de la comunicación humana del equipo de Palo Alto, la tradición de la terapia familiar sistémica, los fundamentos biológicos de Maturana y Varela, y todos los impactos de estas y otras perspectivas en el trabajo con equipos, el *management* empresarial y las estrategias para el cambio social (destacando los desarrollos en relación a la ecología y la lucha contra la crisis climática), nos encontramos al enfoque sistémico comprendiendo la complejidad y ofreciendo estrategias para incidir en esta. En este artículo nos permitimos recoger algunas claves de esta teoría de teorías que creemos pueden ayudar a entender mejor esta perspectiva y, sobre todo, nos puede ayudar a desarrollarla en la práctica.

3.1. Principales propuestas teóricas para entender el enfoque sistémico

Rescatamos este enfoque compartiendo que «*el pensamiento sistémico es un método de identificar algunas reglas, algunas series de patrones y sucesos para prepararnos de cara al futuro e influir sobre él en alguna medida.*» (O'Connor, Mc Dermott, 2005, p.18). En esta descripción encontramos dos elementos clave para entender en qué consiste lo que venimos en llamar *la activación de la mirada*

sistémica. Por un lado, se trata de ampliar la perspectiva del evento concreto para recoger más elementos de la realidad que en él opera, de tal manera que seamos capaces de identificar situaciones similares de las que podamos extraer patrones repetidos. Por otro lado, al **desenfocar** la mirada sobre el evento concreto y **reenfocarla** en patrones comunes, incorporamos información que anteriormente no teníamos presente. De este modo obtenemos nuevas lecturas sobre esos sucesos que nos permiten **hacer** distinto.

El primer movimiento descrito es el que nos ayuda a ver la amplia trama relacional que rodea el evento, el suceso al que denominamos conflicto. Los elementos que ahí se encuentran están interrelacionados. En este sentido vemos que

«La interdependencia no es solo una característica de la economía global de la actualidad. La naturaleza cambia sin cesar y está infinitamente interconectada (...). Nuestra especie ha evolucionado en el seno de esta interdependencia. Por tanto, es lógico pensar que tenemos capacidades innatas para entender la interconectividad, y que las culturas que perduraron largos períodos de tiempo lo entendieron.» (Goleman, Senge, 2016, p.50).

Somos conscientes de nuestra interdependencia, de la interconectividad, pero en el día a día simplificamos, como es lógico, estos procesos complejos para poder avanzar de manera más eficiente. Lo interesante es ser conscientes de que operamos con estas premisas para, como señalamos anteriormente, poder reactivar el movimiento opuesto al que de manera automática solemos hacer.

Otro ejercicio para entender el enfoque sistémico es ponerlo frente al analítico, que respalda esa linealidad simplificadora de la que ya hemos hablado, la relación de causalidad directa a la que llegamos en el análisis de situaciones, etc. Rosnay (1975), en su libro «El Macroscopio», presenta un cuadro donde recoge esas diferencias fundamentales entre el enfoque analítico y el sistémico. Nuestra manera de observar un conflicto suele ser analítica; podríamos decir que en esa mirada tenemos más horas de entrenamiento. Pero cuando nos acercamos a realidades circulares (interconectadas y complejas) y con vínculos fuertes, el enfoque sistémico puede resultarnos más funcional. Éste se encuentra orientado a la acción y a los resultados, y no tanto a entender las detalles del problema; está centrado en las interacciones, en las relaciones entre las partes (elementos) y sus efectos, más que en los elementos en sí mismos y sus comprensión detallada.

En la misma línea que Rosnay, Stroh (2015) diferencia el pensamiento convencional del sistémico y describe este último desde estas claves:

- La relación entre los problemas y las causas son indirectas y no obvias.
- Sin querer, creamos nuestros propios problemas y tenemos un control significativo o influencia en resolverlos a través del cambio en nuestro comportamiento.
- La mayoría de las soluciones rápidas tienen consecuencias involuntarias: no hacen ninguna diferencia o empeoran las cosas a largo plazo.
- Para optimizar el conjunto debemos mejorar las relaciones entre las partes.
- Sólo unos pocos cambios clave, coordinados y sostenidos en el tiempo, producirán grandes cambios en los sistemas.

Por otra parte, Salem (1990) destaca de todas estas implicaciones tres conceptos principales: totalidad, circularidad y equifinalidad.

- **Totalidad.** El sistema es algo más que la suma de sus partes. Se tiene más en cuenta su funcionamiento global como un todo, o como una unidad de un nivel lógico superior. Y el *todo* implica la aparición de cualidades emergentes que no poseían las partes.
- **Circularidad.** El juego de los *feedbacks* pone en evidencia la importancia de la reciprocidad de las acciones y de las influencias que se ejercen entre las entradas y salidas del sistema, como entre los diversos elementos que lo constituyen. Dicho de otro modo, las relaciones entre los elementos nunca son unilaterales.
- **Equifinalidad.** Los mismos efectos pueden tener orígenes diferentes. En otras palabras, los cambios observados en un sistema abierto no están sólo determinados por las condiciones iniciales del sistema, sino también por sus diversos parámetros y por la propia naturaleza de los procesos de cambio. La implicación de este concepto es que, para comprender el funcionamiento de un sistema abierto, importa más conocer su organización estructural y funcional que preocuparse por descubrir su génesis.

3.2. Los hábitos del pensamiento sistémico

Hemos destacado algunas ideas para explicar esta manera de acercarnos a la realidad desde un lugar distinto al que solemos ocupar. Ahora el enfoque sistémico debe aterrizar en hábitos que nos permitan hacer de otro modo. La propuesta de Hábitos de Pensamiento Sistémico elaborada por la Waters Foundation recoge las premisas clave para un pensador o pensadora sistémica:

1. **Busca entender el «panorama general»:** Enfoca en el bosque en lugar de en los detalles de cualquier árbol.

Preguntas que pueden formularse:

¿Cómo podemos mantener el equilibrio entre el panorama general y los detalles importantes?

¿Vemos el sistema?

2. **Cambia las perspectivas para aumentar la comprensión:** Aumenta la comprensión al cambiar la forma en que ve el sistema.

Preguntas que pueden formularse:

¿Estamos abiertos, abiertas a otros puntos de vista?

¿Cómo influyen los diferentes puntos de vista en la forma en que entendemos el sistema?

¿A quién debemos dirigirnos para que nos ayude a obtener nuevas perspectivas sobre un problema?

A medida que aprendemos sobre nuevas perspectivas, ¿estamos dispuestos, dispuestas a cambiar de opinión?

3. **Considera un problema por completo y resiste el impulso de llegar a una rápida conclusión:** Toma el tiempo necesario para comprender la dinámica de un sistema antes de actuar.

Preguntas que pueden formularse:

¿Cuánto tiempo necesitamos para permitirnos considerar este problema?

¿Cómo podemos manejar la tensión que existe cuando los problemas no se resuelven de inmediato?

¿Cómo podemos ayudar a otras personas a ser pacientes mientras viven con problemas no resueltos?

4. **Considera cómo los modelos mentales afectan la realidad actual y el futuro:** Es consciente de cómo las creencias y las actitudes influyen en las perspectivas y las acciones.

Preguntas que pueden formularse:

¿Cómo están los modelos mentales actuales avanzando en nuestros resultados deseados?

¿Cómo están los modelos mentales actuales obstaculizando nuestros esfuerzos en esta área?

¿Cómo estamos ayudando a otros a ver la influencia que tienen los modelos mentales en nuestra toma de decisiones?

- 5. Reconoce que la estructura de un sistema genera su comportamiento:** Se centra en la estructura del sistema y evita culpabilizar y señalar cuando algo sale mal.

Preguntas que pueden formularse:

¿Cómo se afectan las partes unas a otras?

¿Cómo la organización y la interacción de las partes crean el comportamiento que emerge?

Cuando las cosas van mal, ¿cómo podemos centrarnos en las causas internas en lugar de detenernos en la culpa externa?

¿Nos estamos enfocando en las *áreas de influencia* (donde podemos hacer algo), en lugar de en las *áreas de preocupación* (en las que no podemos influir)?

- 6. Identifica la naturaleza circular de las complejas relaciones de causa y efecto:** Ve las interdependencias en un sistema y descubre conexiones causales circulares.

Preguntas que pueden formularse:

¿Cómo se afectan las partes entre sí?

¿Dónde surge la causalidad circular / retroalimentación?

- 7. Establece conexiones significativas dentro y entre los sistemas:** Ve cómo los conceptos, los hechos y las ideas se integran. Esta manera de observar puede llevar a nuevos aprendizajes, descubrimientos e innovaciones.

Preguntas que pueden formularse:

¿Cuáles son las relaciones entre las partes del sistema y cómo lo hacen? ¿Afectan a la comprensión del todo?

¿Nos sirve lo que hemos aprendido en la lógica de esta realidad para entender e incidir en otras dinámicas y proyectos similares?

¿Cómo podemos escuchar las diferentes perspectivas al servicio del proyecto global?

- 8. Presta atención a las acumulaciones y sus tasas de cambio:** Ve cantidades de material o información que se han acumulado o disminuido con el tiempo. No se trata solo de regular la acción en el presente, se necesita ser consciente del tiempo en el que una acción se ha repetido y sus consecuencias.

Preguntas que pueden formularse:

¿Qué elementos de un sistema podemos ver, sentir, contar o medir como cantidades que cambian con el tiempo?

¿En qué medida aumentan y disminuyen estas acumulaciones?

¿Cómo afecta una acumulación a otros elementos en un sistema?

¿Qué podría pasar si una acumulación alcanza un punto de inflexión?

- 9. Reconoce el impacto de los retrasos en el tiempo al explorar relaciones de causa y efecto:** Entiende que la causa y el efecto a menudo no están estrechamente relacionados en el tiempo.

Preguntas que pueden formularse:

Si se hace un cambio en el sistema, ¿cuánto tiempo pasa antes de ver los resultados que deseamos?

¿Cómo podemos identificar el papel de los retrasos en los efectos que esperamos ver?

¿Los cambios que proponemos mostrarán resultados inmediatos o tendremos que esperar para ver una mejora? Si necesitamos esperar, ¿durante cuánto tiempo esperaremos?

- 10. Usa la comprensión de la estructura del sistema para identificar posibles acciones de palanca:** Usa la comprensión del sistema para determinar qué acciones pequeñas producirán los resultados deseados.

Preguntas que pueden formularse:

¿Dónde podría un pequeño cambio tener un efecto deseado y duradero?

¿Cómo podemos usar lo que sabemos sobre el sistema para identificar posibles acciones de apalancamiento?

¿Hay otros pequeños cambios que aún no hemos considerado que podrían darnos resultados deseados?

- 11. Suposiciones superficiales y pruebas:** Pone a prueba activamente teorías y suposiciones/creencias, quizás con otras personas, para mejorar el rendimiento.

Preguntas que pueden formularse:

¿Cómo influyen nuestras experiencias pasadas en el desarrollo de nuestras teorías y suposiciones?

¿En qué medida coincide nuestra teoría o modelo con el sistema en estudio?

Al considerar una posible acción a realizar ¿las personas con las que trabajamos nos hacemos preguntas tipo '¿Qué pasa si hacemos...?'

- 12. Considera las consecuencias a corto plazo, a largo plazo y no intencionales de las acciones:** Busca la solución en el futuro y anticipa, no sólo los resultados inmediatos de las acciones, sino también las consecuencias no intencionadas en el futuro.

Preguntas que pueden formularse:

¿Hay consecuencias imprevistas que podrían llevar a nuevas acciones?

¿Cuáles son las consecuencias no deseadas de la acción propuesta y qué compensaciones debemos considerar?

¿Cuáles son las posibles consecuencias a largo y corto plazo de las acciones propuestas?

¿Estamos dispuestos a aceptar el dolor a corto plazo para obtener ganancias a largo plazo?

- 13. Verifica los resultados y cambia las acciones si es necesario:** Establece puntos de referencia (*aproximación sucesiva*) para ayudar a evaluar la mejora gradual.

Preguntas que pueden formularse:

¿Qué indicadores esperamos ver a medida que avancemos en el progreso?

¿Hemos programado tiempo para hacer una pausa, evaluar los efectos de nuestro plan actual y tomar las medidas necesarias?

Al considerar los cambios, ¿estamos accediendo a otros hábitos de pensamiento más sistémicos?

- 14. Observa cómo los elementos dentro de los sistemas cambian con el tiempo, generando patrones y tendencias:** Ve el cambio a lo largo del tiempo como la dinámica de un sistema.

Preguntas que pueden formularse:

¿Qué elementos importantes han cambiado en el sistema?

¿Cómo han cambiado los elementos con el tiempo?

¿Qué elementos cambiantes representan cantidades y con qué velocidad, rápido / lentamente, están aumentando o disminuyendo?

¿Qué patrones o tendencias han surgido con el tiempo?

Con esta propuesta se trata de hacernos **más conscientes de la circularidad** de todo fenómeno relacional. Todas las personas, nosotras y las otras personas, nos comportamos en relación, no somos autónomos, **somos dependientes**. Esto que nos afecta lo he-

mos construido juntos, juntas. Precisamente, como somos interdependientes, si modificamos lo que está en nuestras manos, lo que esta dentro de nuestro círculo de incidencia, y activamos esas palancas, esas acciones propias pueden incidir en la situación y en la acción de otras personas.

Ahora imaginad que vuestro reloj de cuerda ha dejado de funcionar. Imaginad también que tenéis el conocimiento suficiente como para solucionar el problema si dais con el origen del mismo: ¿Cómo solemos observar la situación? En ocasiones, en lugar de abrir la tapa trasera y observar la relación entre los engranajes, tendemos a solucionar el posible desperfecto desarmando todas las piezas de la maquinaria colocándolas separadas sobre la mesa.

«Estamos acostumbrados a pensar la realidad como si los elementos que la componen pudieran separarse entre sí siguiendo el modelo de las máquinas, cuando lo que ocurre es que si existen con la forma en que existen es por su constante codeterminación e interacción.» (Hernando, 2014, p.21)

Lo que logramos así es desconocer lo que es determinante para la mirada sistémica, observar y entender cómo se relacionan unas piezas con otras. Esto mismo tendemos a hacer con los conflictos.

4. Sobre el conflicto

En la vida no existe una situación donde podemos afirmar que todo está resuelto, siempre vamos a percibir tensiones. Depende dónde pongamos la atención, y el contexto en el que nos encontremos, viviremos situaciones que experimentamos como un conflicto. Somos seres relacionales y el encuentro (entre personas) es siempre un proceso, no es un estado. Al hablar de una situación a la que denominamos *conflicto*, es posible que sintamos que la misma está congelada, pero lo que estamos viviendo o vamos a vivir es un proceso. Del video seleccionamos uno de los fotogramas y lo usamos en el análisis, explicación y toma de decisiones.

4.1. Orígenes y regulación

En los orígenes de un conflicto no hay una única naturaleza; bucear en el origen es una actividad interesante, pero el material del que están hechos los problemas no es el mismo del que están hechas las

soluciones. A veces, buscar orígenes se confunde con buscar responsables, y es más interesante acercarnos a las soluciones e invertir nuestra energía y atención en estas. Desde esta perspectiva cuando exploramos y profundizamos en estas situaciones no lo hacemos buscando causas, buscamos una mayor comprensión para su regulación actual y futura.

Figura 1

Preguntas a explorar

- ¿Cuál es el conflicto en el que estás pensando?
- ¿Qué naturaleza tenía el último desencuentro en el que te has visto envuelto?
- ¿Se parece a otros?
- ¿Se repiten este tipo de historias en tu departamento/equipo/organización?
- ¿Es algo que reconoces no solo en tu trabajo?

Fuente: Elaboración propia

Comenzar a trabajar en otra manera de gestionar el conflicto y, en consecuencia, en el cambio, a veces significa cuestionar equilibrios precarios. No se trata de buscar responsables fuera de nosotros, tampoco de marcar culpables y coger distancia. Nos necesitamos a todos para hacer frente a los retos. Podemos pensar si en algún caso también la construcción de enemigos pudiera tener su sentido y función. En ocasiones, nos construyen más fuertes como colectivo: «Nosotros contra vosotros».

Figura 2

Preguntas a explorar

- ¿Para qué nos sirve esta fotografía de bandos?
- ¿Qué nos estamos perdiendo que ven desde la otra perspectiva?
- ¿Cuáles son las necesidades que las partes declaran de manera explícita o implícita y que se califican como *resistencia*?
- ¿Y si en lugar de defender nuestra perspectiva, defendemos los procesos? ¿En qué medida esta situación es parte de algo más grande?

Fuente: Elaboración propia

4.2. Aumentar recursos

Una situación que describimos como un conflicto podemos verla como una señal de que podríamos cambiar o ampliar algo con respecto a la misma: por ejemplo, nuestra manera de percibirla. Cuando nos encontramos en ese lugar o en ese estado de tensión, solemos aplicar un acercamiento causal lineal a algo que llamamos conflicto, aplicamos un pensamiento de «túnel». Limitamos nuestra mirada en relación a la persona con la que decimos mantener el conflicto y dejamos de verla completa, con sus recursos y posibilidades. A partir de ese momento, además de ver parte de la persona o personas con las que nos sentimos o sentimos el conflicto, construimos alianzas, coaliciones para convencernos de la situación. Tenemos una perspectiva limitada, pero no es necesario que sea así; sabemos que podría ser más amplia. Nuestra perspectiva de hoy está fragmentada, como hemos dicho al comienzo, y también condicionada por perspectivas pasadas y deseos futuros (Stacey, 2003).

¿Pero qué sucedería si en lugar de ver la situación que definimos como conflicto, en lugar de un bloqueo, lo viésemos como algo que fluye y cambia? ¿Cómo lograríamos hacerlo más *fluido*? El foco que proponemos está en hacer fluir algo que se congeló sabiendo que, en ocasiones, nuestra perspectiva sobre lo que percibimos está limitada de una manera no útil. Queremos subrayar que no se trata de esquivar los conflictos sino de construir una nueva manera de *estar ante ellos* cuando llegue la siguiente tensión, de focalizarnos sobre los recursos. Repetimos que ahondar el origen es mantenernos en la lógica del problema, mientras que pensar en una solución, no es tanto un contenido, sino una manera de acceder a los recursos y de aumentar la perspectiva. En definitiva, de crear «un contexto nuevo», un «lugar en el que se integre de nuevo lo excluido» (Sparrer, 2012).

«El enfoque de solución parte de que en principio el problema y la solución son independientes entre sí (...) cuando experimentamos algo como problema no son los hechos o las condiciones respectivamente los que los convierten en un problema para nosotros, sino que somos nosotros mismos los que construimos un problema a partir de ciertos hechos y situaciones. Es por ello que tampoco se tienen que modificar los elementos de un problema para llegar a una solución, sino la manera en que los tratamos. Las soluciones pertenecen a una categoría distinta a la de los problemas; las soluciones son, aun cuando son simples, muchas veces difíciles, no fáciles.» (Sparrer, 2012, p.16).

Entender y entrenar una nueva manera de hacer puede resultar complicado, pero lo que sí podemos afirmar es

que mantener algunas pautas nos garantiza perpetuar las situaciones conflictivas. Nos permitimos terminar este acercamiento al conflicto con una reseña humorística rescatada de Schlippe y Schweitzer (2003):

Figura 3

Consejos para cronificar un problema

Evite percibir diferencias en el transcurso del tiempo.	Para ello dirija su atención a lo que sigue siendo igual y pase por alto lo que ha cambiado.
Cuando no pueda evitar los cambios en su vida, evite marcarlos claramente por medio de rituales de paso.	No celebre los cumpleaños, los exámenes aprobados, su boda, ni su jubilación, no vaya a los aniversarios ni a los entierros.
Véase siempre como víctima, no como autor/actor de hechos pasados.	Analice con el mayor detenimiento posible cómo y por qué sus padres poco cariñosos o sobreprotectores, sus maestros represores, sus compañeros de clase, sus jefes y colegas, su enfermedad o las condiciones sociales nunca le han dado una posibilidad de elección.
Asegúrese de haber creado un pasado estable.	No se deje confundir por la idea de que ahora podría estar mejor que antes. Siga el lema «mi pasado es mi destino».
Explíquese su conducta actual como expresión de carencias, nunca como reacción lógica ante circunstancias dadas.	No vea nunca su conducta y la de los demás en su contexto, sino como expresión de características o defectos invariables.
Evite imaginar en detalle el futuro, represénteselo como un agujero oscuro o vacío.	Si ahora está mal, evite sobre todo tener muy presente qué haría distinto si volviera a estar mejor.

Fuente: Adaptado de Schlippe y Schweitzer (2003), p. 123.

4.3. El enfoque sistémico a activar en el conflicto

El cambio de mirada ante el conflicto tiene más que ver con una nueva manera de observar la realidad, y lo que en ella acontece, que con un abordaje puntual de una situación que para alguien constituye un problema. Ante la palabra conflicto aparecen muchas imágenes y todas reales. En ocasiones, el conflicto se trata de una atribución más subjetiva, incluso puede que en realidad no exista (Gallastegi, 2011). A veces, se trata de algo más interno y personal, otras, se escenifica como un desencuentro, con diferentes niveles de intensidad, entre dos partes. Activar el enfoque sistémico es abrir la mirada para integrar en la fotografía elementos que no se están incluyendo. Supone rescatar, además de los elementos *persona*, las **necesidades detrás de las posiciones de cada una, y negociar sobre los ho-**

rizones que pudieran comprenderlos a todos. Esta es una buena estrategia.

El conflicto es algo que es proceso pero que, en ocasiones, en la relación, se estanca y congela, ¿Cómo lo hacemos fluir de nuevo?, nos preguntábamos. Vinculados con los hábitos y acercándonos más al conflicto, podemos entrenarnos en la activación del enfoque sistémico a través de estas propuestas que nos pueden ayudar a ver la complejidad y ser conscientes de la interdependencia en el sistema.

La entrega de *feedbacks* más respetuosos donde mostremos nuestra opinión y necesidades, puede ser un buen comienzo. Podemos invitar a cada persona a que presente el punto de vista de otro sobre el conflicto; este también es un buen ejercicio para ampliar las perspectivas y aumentar la comprensión (punto 2 de la propuesta de habilidades). Podemos

invitar a cada persona a que presente el punto de vista de otra sobre el conflicto. ¿Pedimos a un tercero que hable de una interacción entre otras dos personas? ¿Qué crees que le pasa por la cabeza a esa persona cuando escucha esta afirmación de otra compañera?

Un aporte relacionado con observar es ver lo que ha sucedido en el tiempo y no actuar de manera inmediata. Esto se puede materializar en el hecho de **significar** un trabajo realizado, **reconocer** lo que nos parece que tiene más potencial centrando nuestra atención en aquello que funciona. Antes de lanzarnos a actuar, podemos enmarcar las **resistencias** (si las hubiera) como una alerta que nos puede hablar de una necesidad del sistema.

En ocasiones, antes de hacer, podemos esbozar posibles escenarios futuros y proyectarnos a través de preguntas como ¿Qué perdemos, importante hoy, si cambiamos? A veces tenemos una intuición y podemos exponerla para ver qué nos sugiere («Sería bueno mirar esto que nos ocurre») aunque luego pensemos que tal vez no sea el momento.

Sobrevolar las hipótesis y proyectar posibles impactos contribuye a ser más consciente de la complejidad de la realidad. Mostrar **comprensión** por la dificultad de cambiar lo que mantuvimos entre todos es un gesto que puede preceder a la **invitación a sumar pequeños** cambios individuales. ¿A qué tipo de dinámica queremos contribuir? ¿Qué vamos a hacer? ¿Qué está en nuestras manos, en mis manos, que pudieramos mover y pudiera mejorar en un punto o dos esta situación?

Hemos hablado de la importancia de los **tiempos**. En un deseo de avance por salir de una situación que provoca tensión y desconcierto, quizá nos demos cuenta de que vamos rápido. Esta velocidad hace que algunas voces se hayan quedado atrás. ¿Qué necesidad no hemos escuchado? ¿Qué se ha sentido amenazado? ¿Podríamos incluir estas claves como parte de nuestro proceso? ¿Cómo sería trabajar para conseguir X sin desproteger Y? Pudiera ser interesante que durante un tiempo podamos hacer el esfuerzo en cuidar esta posición e **intentemos no mover nada**.

Los movimientos de cambio en el conflicto pueden estar impregnados de miedo. Si escuchamos miedo podemos colocarnos en el peor lugar: ¿Qué sería lo peor si experimentamos hacer esto que parece asustarnos? Imaginar consecuencias desastrosas e irracionales ayuda a anticipar y la anticipación puede ser la antesala de un óptimo resultado.

El enfoque sistémico habla de lo relacional, del «entre» las partes, de las interconexiones. También habla

de las lealtades inconscientes que nos posicionan en lugares polarizados. Ver, reflexionar sobre lo que opinan terceras personas, o sobre cómo ven mi posición, puede ser un buen recurso para elevarme, desenfocar y reenfocar en cuál era nuestro objetivo. ¿Tenemos un objetivo compartido? ¿Esta posición es solo mía? ¿Actuó por lealtad? ¿Tu visión complementa la mía? En el momento en que soy consciente de estar hablando por otra persona o como portavoz de algo que ocurre en el sistema, estos ejercicios me ayudan a tomar distancia y responsabilizarme, verdaderamente, de lo que está en mis manos. Esa distancia es la que nos permite observar desde otro lugar una realidad que, no por conocida se nos debe revelar idéntica.

5. Límites y potencialidades

«Una vez que conoces que la realidad es relativa es más fácil modificarla»

Olafur Eliasson⁴

Congruentemente con la descripción que hemos realizado del modelo, no tendría sentido ir cerrando el texto con una mirada al detalle a los pros y contras del enfoque sistémico frente a otras maneras de abordar los conflictos; creemos que es más ajustado hablar de límites y potencialidades. Se trataría, por tanto, de una mirada a su ajuste o desajuste en determinados contextos. Reflexionar sobre su funcionalidad o la funcionalidad de ciertas aplicaciones.

El enfoque sistémico es un marco desde el que comprender e interaccionar con la realidad que convive con otros modelos y paradigmas. Las organizaciones, las personas, vivimos en contextos impregnados de modelos sociales y paradigmas que nos permiten dar un sentido a la realidad percibida. La incorporación de otras miradas a nuestra cosmovisión no es sencilla y requiere de espacios y tiempos para esta integración.

Activar esta manera de observar e incidir en el conflicto puede chocar con el modelo de organización o el paradigma que descansa en el mismo. Decíamos que los fenómenos administrativos pueden estar impregnados por una misión e inercia garantista que dificulte la exploración de nuevos terrenos.

Esta propuesta por ampliar la mirada puede generar crisis en las culturas que sostenemos de manera colectiva en organizaciones y equipos. Activar nuevos

comportamientos es una apuesta que, a corto plazo, puede aumentar la conflictividad (aunque a medio o largo plazo muestre resultados distintos).

Consideramos que este cuidado a la mirada global e interconectada, y a los impactos a medio y largo plazo, es pertinente en cada actuación y toma de decisiones. Al mismo tiempo, somos conscientes de su complejidad, sobre todo por nuestra socialización en contextos más lineales, analíticos y de corto plazo. Es importante que asumamos como natural y necesarios espacios de convivencia de esta mirada con otros preexistentes.

En este contexto rescatamos algunas claves que creemos pueden ayudarnos a transitar o experimentar con estos nuevos hábitos en nuestras organizaciones:

1. **Apuestas a medio y largo plazo.** El tiempo donde comenzamos a hacer nuevo, como sostiene gráficamente Satir (2006) en su modelo de gestión de cambio, implica cierta crisis en nuestro rendimiento. En el momento de integrar la nueva información, nuestra energía se centra en comprender, en la experimentación y el aprendizaje. Perdemos, por un momento, la capacidad de hacer rápido y en automático para hacer más lento y consciente. Necesitamos recordarnos que es una inversión rentable a medio y largo plazo.
2. **Convivir y respetar otros paradigmas.** De manera congruente la invitación no es tanto a disputar un espacio. Reconocemos la funcionalidad de estrategias anteriores y no las cuestionamos. Aportamos otra oportunidad que tiene como una de sus señas de identidad el respeto por otras maneras de hacer incluso las que no están teniendo resultados positivos. No es que pretendamos mantenerlas, solo que entendemos que son la mejor edición posible de esta organización en este momento y que cuestionarlas sin destreza las puede hacer más rígidas.
3. **Más allá de la realidad objetiva y subjetiva está la intersubjetiva.** Desde la perspectiva defendida en este texto se trata de aumentar nuestra capacidad de habitar en lo intersubjetivo entendido como una red de comunicación que conecta la conciencia subjetiva de muchos individuos y es sostenida por estos. No hablamos de lo objetivo, ni de lo subjetivo. Tampoco se trata de «mentiras», Harari (2015) las llama «realidad imaginada», algo en lo que todos creen y que mientras persista ejerce una gran influencia en nuestro mundo. Muchos de los impulsores más importantes de la historia son intersubjetivos: la ley, el di-

nero, las marcas, los planes estratégicos, los dioses y las naciones.

4. **Pasos pequeños y eficientes.** En este sentido debemos cuidar la eficiencia de las medidas a activar para abordar el conflicto. La mirada a la totalidad debe de ayudarnos a dar con actuaciones sencillas, concretas, enfocadas y en nuestra área de influencia que puedan generar pequeños cambios significativos. Los llamamos palancas de cambio, acertar qué actuación con una energía limitada puede generar desequilibrio y cambio, y es necesario acompañarlos de cierta mirada apreciativa a lo que ya comienza a cambiar por pequeño que parezca.
5. **Recuperar la responsabilidad individual conectada.** A menudo asomarnos a la realidad desde esta perspectiva conlleva cierta resignación. Como si no pudiéramos hacer nada por cambiar lo establecido. Conocemos la fuerza de los relatos y de la construcción subjetiva e intersubjetiva de la realidad. Somos más conscientes de cómo la red de relaciones e información condicionan nuestras decisiones. Tenemos experiencia de cómo las estructuras y dinámicas sociales y organizacionales inciden en nuestro cotidiano y lo que llamábamos «libre albedrío» acaba cuestionado (Harari, 2016). Necesitamos recuperar, de manera humilde e interdependiente, nuestra decisión para contribuir, desde nuestro ámbito de incidencia, en el mantenimiento de «círculos virtuosos» y contextos más funcionales en su doble vertiente de eficiencia y bienestar personal y organizacional.

La gran aportación del enfoque sistémico a la mirada sobre el conflicto no es la de mejorar nuestra capacidad de diagnosticar la situación para intervenir en ella. Radica en que este cambio de perspectiva ya está enfocándonos en la solución.

6. Conclusiones finales

Este texto busca ser una oportunidad para hacer más consciente nuestra mirada. Creemos que recoge algunas propuestas que pueden convertirse en herramientas para aquellas personas que decidan activar lo

que está en sus manos de cara a responder a los retos compartidos en su fondo y su forma. De esta manera se establecen algunas pautas para responder a necesidades más conscientes sobre el proceso realizado y sus impactos, pero desde una perspectiva más sosegada.

Tomando las palabras de Bohm (1997), no se trata de consumir más tiempo para construir estrategias:

«Se trata, por el contrario, de algo mucho más relajado, de algo que está ligado a una curiosidad desprejuiciada, cuya actividad fundamental consiste en ver las cosas de un modo tan claro y nuevo como sea posible (...) no consiste en dar rienda suelta a la agresividad ni en reprimirla y tornarla contra uno mismo, sino en suspender toda actividad, permitiéndoles que se manifieste y se desarrollen de modo que podamos percatarnos de su estructura real, de los movimientos —es decir de las sensaciones físicas— que tienen lugar en su interior (...) y del tipo de pensamientos que suelen acompañarlos. (...)»

Necesitamos, en suma, un tipo de conciencia que no se deje arrastrar por el enfado pero que tampoco lo reprima y trate de eliminarlo, una conciencia que lo suspenda en una suerte de equilibrio inestable —como en el filo de una navaja— y nos permita observar la totalidad del proceso.» (Bohm, 1997, p. 118)

Desde este lugar, el siguiente paso no es solo aquello que queremos que ocurra; el siguiente movimiento se parece más a habitar la situación, permaneciendo atentos, atentas, a lo que va cogiendo forma en un futuro que emerge (Scharmer, 2009).

La invitación es a estar más presentes, a ayudarnos y ayudar a las personas con las que trabajamos a mantener el enfoque en la solución, a generar más espacios para la reflexión y el aprendizaje, a aumentar nuestros recursos en cada oportunidad y ser más conscientes del momento. A veces un conflicto es la única manera de hacer más lento un proceso, la manera de incluir algo que habíamos olvidado y la oportunidad para hacer diferente, buscando un mayor impacto con menos esfuerzo.

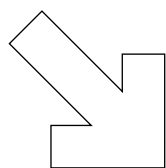
Bibliografía

- Arenilla, M. y Delgado, D. (2019). Una nueva función pública que fortalezca la confianza en las instituciones públicas. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 16, 36-53.
- Baron, C. y Cayer, M. (2010). Fostering post-conventional consciousness in leaders: why and how? *Journal of Management Development*, 30 (4), 344-365.
- Benson, T, Marlin, S. (2017). *The habit-forming guide to becoming a Systems Thinker* Pittsburg: Ed. Systems Thinkings Group
- Bherria (19 de Noviembre 2017). Gestionando energías en los procesos de cambio y colaboración. [Entrada Blog]. Recuperado de <https://bherria.eus/es/gestionando-energias-en-los-procesos-de-cambio-y-colaboracion/>
- Bherria (5 de Diciembre 2017). Claves para la colaboración público-social y la promoción de la ciudadanía activa y el voluntariado desde las administraciones públicas en una sociedad conectada. [Entrada Blog]. Recuperado de <https://bherria.eus/es/claves-para-la-colaboracion-publico-social/>
- Bherria. Ágora para una nueva ciudadanía. Recuperado de <https://bherria.eus/es/>
- Bohm, D., & Nichol, L. (1997). *Sobre el diálogo*. Barcelona: Editorial Kairós SA.
- Covey, S. (2011). *Los 7 Hábitos de las Personas Altamente Efectivas*. Barcelona: Paidós Ibérica
- Edmondson, A. (2019). *The fearless organization: creating psychological safety in the Workplace for Learning, Innovation, and Growth*. New Jersey: John Wiley & Sons, Inc.
- Fantova, F. (10 de Abril 2008). Respuesta de la Sociedad Civil ante los nuevos retos sociales. [Entrada Blog]. Recuperado de fantova.net/?wpfb_dl=171
- Gallastegi, A. (3 de Junio 2018). Acercamiento desde la perspectiva sistémica y el lenguaje #syst al fenómeno que llamamos conflicto: Apuntes de una semana de trabajo con Elisabeth Ferrari. [Entrada Blog]. Recuperado de <http://korapilatzen.com/2018/06/03/acercamiento-desde-la-perspectiva-sistemica-lenguaje-syst-al-fenomeno-llamamos-conflicto-apuntes-una-semana-trabajo-elisabeth-ferrari/>
- Gallastegi, A. (23 de Marzo 2011). Enfoque centrado en soluciones y los milagros experiencia. [Entrada Blog]. Recuperado de <http://korapilatzen.com/2011/03/23/enfoque-centrado-en-soluciones-y-los-milagros-experiencia/>
- Gallastegi, A. (19 de Noviembre 2017). Gestionando energías en los procesos de cambio y colaboración. [Entrada Blog]. Recuperado <https://bherria.eus/es/gestionando-energias-en-los-procesos-de-cambio-y-colaboracion/>
- Garcés, M. (2017). *Nueva Ilustración Radical*. Barcelona: Nuevos Cuadernos Anagrama.
- Goleman, D., Senge, P. (2016). *Triple Focus*. Barcelona: Ediciones B.
- Han, B. (2017). *La sociedad del cansancio*. Barcelona: Herder.
- Harari, Y.N. (2015). De animales a dioses (Sapiens): una breve historia de la humanidad. Barcelona: Debate.
- Harari, Y.N. (2016). *Homo Deus: Breve historia del mañana*. Barcelona: Debate.
- Hernando, A. (2014). *La fantasía de la individualidad. Sobre la construcción socio-histórica del sujeto moderno*. Madrid: Katz Editores.

- Laloux, F. (2016). *Reinventar las organizaciones*. Barcelona: Arpa.
- Linell, P. (2009). *Rethinking Language, Mind, and World Dialogically*. Charlotte: IAP.
- Martínez-Tur, V., Ramos, J., Moliner, C. (2015). *Psicología de las organizaciones*. México: Síntesis.
- Matute, H. (2018). *Nuestra mente nos engaña: sesgos y errores cognitivos que todos cometemos*. Madrid: El País.
- O'Connor, J., McDermott, I. (1998). *Introducción al Pensamiento sistémico: Recursos esenciales para la creatividad y la resolución de problemas*. Barcelona: Urano
- O'Hara, M. (2003). Cultivating Consciousness: Carl R. Rogers's Person-Centered Group Process as Transformative Androgogy. *Journal of Transformative Education*, 1 (1), 64-79. <https://doi.org/10.1177/0095399703251646>
- Pink, D. H. (2010). *La sorprendente verdad sobre qué nos motiva*. Barcelona: Gestión 2000.
- Rosnay, J. (1977). *El Macroscopio*. Madrid: Editorial AC.
- Salem, G. (1990). *Abordaje terapéutico de la familia*. Barcelona: Ed. Masson
- Scharmer, O. (2009). Teoría U. *Liderar desde el futuro a medida que emerge*. Barcelona: Elefthería.
- Schein, E. (2014). *Preguntar con humildad*. Barcelona: Urano
- Schlippe, A., Schweitzer, J. (2003). *Manual de terapia y asesoría sistémicas*. Barcelona: Ed. Herder.
- Senge, P. M. (1998). *La Quinta Disciplina: Cómo Impulsar el Aprendizaje en la Organización Inteligente*. Buenos Aires: Granica.
- Satir, V., Banmen, J., Gerber, J., Gomori, M (1991). *Satir Model: Family Therapy and Beyond*. Palo Alto, California: Ed. Science and Behavior Books
- Stacey, R. D. (2003). *Complexity and group processes: A radically social understanding of individuals*. New York: Brunner-Routledge.
- Stroh, D.P. (2015). *Systems Thinking for Social Change*. USA: Ed. Chelsea Green
- Sparrer, I. (2012). *Enfoque de Solución en Constelaciones Sistémicas*. Barcelona: Ed. Herder

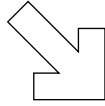
Notas

- 1 VUCA es el acrónimo utilizado para describir la realidad compleja, como decíamos antes, en la que vivimos. La noción de VUCA fue creada por el U.S. Army War College para describir la volatilidad, incertidumbre, complejidad y ambigüedad del mundo surgido tras el fin de la Guerra Fría. Se le ha denominado la *nueva normalidad* (the new normal).
- 2 Frase atribuida a Alfred Korzybski que se utiliza para ejemplificar que la vida no deja de ser una representación de lo que cada persona percibe. Un mapa es la representación de un territorio, una palabra es la representación de un objeto. Ninguna de las dos son la realidad sino una aproximación a lo que cada persona configura en su mente y concibe como *real*.
- 3 <https://bherria.eus/es/>
- 4 Dadich, S., Neville, M., O'Connor, D (productores) y Oakes, B (director). (2019). «Abstract: el arte del diseño. Olafur Eliasson. Documental EEUU.: Netflix.



IVAP

AZTERKETA eta EZTABAIDA
JURIDIKOA/ANÁLISIS
y DEBATE JURÍDICO



- 1 Jorge Fondevila Antolín**
El cuestionable amparo de la jurisdicción social y la arbitrariedad en el acceso al empleo en las sociedades públicas
The Questionable Protection of the Social Jurisdiction and Arbitrariness in the Access to Employment in Public Societies

- 2 Joan Mauri Majós**
El procedimiento de negociación y aprobación de los acuerdos colectivos en la función pública
Collective Agreements' Negotiating and Approval Procedure in the Civil Service

- 3 Eduardo Enrique Taléns Visconti**
El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral
The Right to Digital Disconnection in the Workplace

EL CUESTIONABLE AMPARO DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL Y LA ARBITRARIEDAD EN EL ACCESO AL EMPLEO EN LAS SOCIEDADES PÚBLICAS

THE QUESTIONABLE PROTECTION OF THE SOCIAL JURISDICTION AND ARBITRARINESS IN THE ACCESS TO EMPLOYMENT IN PUBLIC SOCIETIES

Jorge Fondevila Antolín

Doctor en Derecho

Jefe de la Asesoría Jurídica Consejería de
Presidencia y Justicia
Gobierno de Cantabria*
fondevila_j@cantabria.es

Recibido: 19/06/2019

Aceptado: 07/11/2019

© 2019 IVAP. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia Creative Commons Reconocimiento – NoComercial – SinObraDerivada (by-nc-nd)



Laburpena: Lan honetan, Auzitegi Goreneko Lan Arloko Salaren 2019ko urtarrilaren 24ko 1067/2019 Autoaren oinarri juridikoetan ageri diren hutsuneak eta hutsaltasunak aztertzen dira. Izan ere, auto horren arabera, ez dago zertan bete Espainiako Konstituzioan eta Enplegatu Publikoaren Oinarrizko Estatutuan aurreikusitakoa, sozietate publikoetan enplegua eskuratzeko konstituzio-bermeak eta -kontrolari dagokienez. Horrek atzerapauso handia eragiten du berme juridikoetan, eta bide ematen die klientelismoari eta arbitrariorotasunari.

Gako-hitzak: funtzio publikoa, enplegatu publikoak, lan-kontratuko langileak, hautaketa, sozietate publikoak, Administrazio publikoa.

Resumen: Este trabajo examina las inconsistencias y deficiencias de la fundamentación jurídica del Auto 1067/2019, de 24 de enero de 2019 del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), cuyo contenido supone una quiebra a la configuración de un empleo público profesional y objetivo, en un ámbito tan importante con el Sector público del conjunto de las administraciones públicas, que tiene una gran importancia en términos económicos y de número de efectivos personales en el conjunto de los servicios públicos. Así, al amparo del citado Auto, se declara la exención de sometimiento a las previsiones de la Constitución Española y del Estatuto Básico del empleado público con relación al control y garantías constitucionales en el acceso al empleo en las sociedades públicas, lo que supone un claro retroceso en las garantías jurídicas y una apertura al clientelismo y arbitrariedad, en detrimento de los derechos de los ciudadanos al acceso al empleo público, en condiciones de igualdad, mérito y capacidad.

Palabras clave: Función Pública, empleados públicos, personal laboral, selección, sociedades públicas, Administración pública.

Abstract: This paper examines the inconsistencies and deficiencies of the legal basis of Order 1067/2019, of January 24, 2019 of the Supreme Court (Social Chamber), whose content implies a breakdown of the configuration of a professional and objective public employment, in such an important area with the public sector of all public administrations, which is of great importance in economic terms and given the number of staff in all public services. Thus, under the aforementioned Order, the exemption from subjection to the provisions of the Spanish Constitution and the Basic Statute of public employees is declared in relation to the control and constitutional guarantees in the access to employment in public societies, which is a clear setback in legal guarantees and an openness to clientelism and arbitrariness, to the detriment of the rights of citizens to access public employment, under conditions of equality, merit and capacity.

Keywords: Public Function, public employees, labor personnel, selection, public corporations. Public administration.

* Las opiniones contenidas en este artículo se realizan a título particular y no en mi condición de empleado público del Gobierno de Cantabria.

Sumario

I. Consideraciones previas.—II. Exposición de las escuetas consideraciones jurídicas del Auto 1067/2019, de 24 de enero de 2019 del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) Rec. n.º 1843/2018.—III. Aproximación al contenido y ratio legis del ámbito de aplicación de la Disposición adicional primera del TREBEP.—IV. Breve excursus sobre la aplicación del orden axiológico constitucional y sus principios al empleo público laboral, en sentido lato.—V. Examen crítico de los argumentos formulados por el Tribunal Supremo (Sala de lo Social), para excluir la aplicación los principios de selección establecidos en el TREBEP a las sociedades públicas.—VI. La intromisión de la Jurisdicción Social y sus consecuencias.—VII. Conclusiones Finales.—VIII. Bibliografía.

I. Consideraciones previas

Este trabajo nace como consecuencia de la sorpresa y estupefacción que ha provocado el Auto del Tribunal Supremo que confirma una línea de resoluciones judiciales de diferentes Tribunales Superiores de Justicia, por las cuales se presta conformidad a la huida del derecho y de toda clase de controles administrativos a las sociedades públicas financiadas con recursos públicos provenientes de los impuestos de todos los ciudadanos, para el reclutamiento de su personal, es decir, se permite el uso de la discrecionalidad absoluta en el acceso al empleo en estas sociedades, al rechazar cualquier clase de control en el acceso y remitiendo su régimen al de cualquier empresa privada, las cuales recordemos pueden reclutar con total libertad, sin pruebas ni controles, salvo los límites derivados del principio legal de no discriminación laboral por razones de sexo, estado civil, edad, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro de los límites marcados por el RD 2/2015, de 23 de octubre, Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (TRET), de forma que se abren las puertas y ventanas de nuestras administraciones públicas, en sentido lato, de nuevo al clientelismo y oportunismo. Una situación muy grave por lo que estimamos se merece un examen jurídico más profundo.

II. Exposición de las escuetas consideraciones jurídicas del Auto 1067/2019, de 24 de enero de 2019 del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) Rec. n.º 1843/2018

Lógicamente, para una adecuada comprensión de la cuestión objeto de examen, resulta esencial examinar el contenido de las consideraciones jurídicas formuladas por el citado Auto del Tribunal Supremo, y de forma complementaria por remisión directa del mismo a la sentencia emitida por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por su Sala de lo Social.

II.1. Examen del Auto 1067/2019 del Tribunal Supremo

Comienza su exposición el alto tribunal en su fundamento de derecho primero recogiendo la declaración de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social), Sección 1.ª Rec. 603/2017, señalando al respecto:

«La sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 15 de febrero de 2018 (R. 603/2017), estima el recurso deducido por el trabajador, y declara que la relación que le une con la empresa Canal de Isabel II Gestión SA, es de carácter indefinido (sin más). Se funda esta decisión en diversas resoluciones de esta Sala IV que cita, para concluir que al personal laboral que presta servicios por cuenta y orden de sociedades mercantiles públicas —sector público empresarial— independientemente

de que su ámbito sea estatal, autonómico o municipal, no le son aplicables los arts. 23.2 y 103.3 de la CE, ni tampoco el EBEP, lo que determina el éxito del recurso y que se califique la relación en la empresa de carácter indefinido.».

Pues bien, en el fundamento de derecho segundo de su Auto, el Tribunal Supremo presta su conformidad a la declaración y fundamentación de la sentencia objeto de revisión jurisdiccional, sin incorporar argumentos nuevos a los ya manifestados en la citada sentencia y que examinaremos con detalle a continuación, si bien si incorpora un matiz de interés, no de fondo, pero sí de carácter práctico, en concreto¹, considera que si existe una legislación específica (estatal, autonómica o local) referida a las sociedades públicas que someta expresamente a las mismas en el acceso al empleo público a las exigencias constitucionales y legales de cumplimiento de los principios de igualdad, mérito y capacidad, entonces no es posible excluir a las mismas de su cumplimiento, y como consecuencia de ello, las relaciones laborales en «fraude legis», no reciben la sanción de su transformación en personal laboral fijo, sino que se les debe declarar «personal laboral indefinido no fijo de plantilla».

II.2. La fundamentación de la sentencia del TSJ de Madrid objeto del Auto del Tribunal Supremo

A la vista de la escueta y sucinta fundamentación del Tribunal Supremo en su Auto, lo que resulta llamativo a la vista de la gravedad de las consecuencias de su declaración, y dado que el mismo se remite directamente a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social), Sección 1.ª Rec. 603/2017, es obligado examinar la argumentación jurídica de esta sentencia.

Comienza el Tribunal señalando en su F.D. 2.º, que su fundamentación es reiteración de lo ya declarado en su anterior sentencia de fecha 16 de diciembre de 2016, en la cual ya se consideró a este respecto lo siguiente:

«Es así, con esta precisa y concreta justificación, como nace la figura del trabajador “indefinido no fijo”, una fórmula que, en sí misma considerada, encierra una contradictio in terminis que solamente se puede admitir sobre la base de esa específica explicación que, desde luego, no es aplicable a las sociedades anónimas, aunque pertenezcan al sector público, que no están obligadas a cumplir con esos principios constitucionales del acceso “a la función pública”, que es a lo que se contrae el mandato del art. 103.3 CE. En el momento de producirse los despidos de los actores está ya en vigor el Estatuto Básico del Empleado Público que, naturalmente, recoge esos principios, pero cuyo

art. 2, al establecer su ámbito de aplicación, no incluye a las sociedades mercantiles con forma de sociedad anónima, aunque sean de capital público, como es el caso de AENA AEROPUERTOS S.A.»

Posteriormente, continúa su argumentación reseñando la legislación general sobre el régimen jurídico general aplicable con relación a las sociedades públicas en ese momento, en concreto, se centra en las previsiones de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE) y su Disposición Adicional Duodécima, y, por otro lado, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) y las previsiones del artículo 166.2, de forma que concluye que conforme estas normas, las sociedades públicas solo presentan un régimen jurídico especial, diferenciado del privado, con relación a las materias presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero y contratación, quedando fuera del ámbito de aplicación del EBEP, conforme las previsiones de su artículo 2.º.

A continuación, examina la doctrina del Tribunal Constitucional, en concreto, la STC 8/2015, de 22 de enero, al amparo de la cual se reconoce que dentro del ámbito general y conceptual del «Sector Público», pueden distinguirse dos subsectores, a saber, «sector público administrativo» y el «sector público empresarial», declaración que simplemente reitera una doctrina académica y regulación normativa desde hace muchos años, es decir, no aporta absolutamente nada al fondo del asunto esta argumentación, a pesar de que como veremos a continuación la misma se configura como un «descubrimiento esencial» que ampara la decisión final del Tribunal.

Así, el tribunal establece una distinción entre sector público administrativo y sector público empresarial, que como veremos posteriormente no está reconocida en la disposición adicional primera del RDL 5/2011 TREBEP, es decir, el Tribunal sin justificación legal ni jurídica alguna, procede a utilizar una distinción no prevista en la Ley, recordemos el aforismo «*Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*»; y precisamente al amparo de esta forzada e injustificada distinción, determina que:

«En conclusión: si al personal laboral que presta servicios por cuenta y orden de sociedades mercantiles públicas —sector público empresarial— cual sucede con la demandada, independientemente de que su ámbito sea estatal, autonómico o municipal, no le son aplicables los artículos 23.2 y 103.3 de nuestra Carta Magna, ni tampoco el EBEP, ninguna razón de fuste existe para que la fraudulencia de los sucesivos contratos de trabajo celebrados por las partes a lo largo de un prolongado período de tiempo conlleve, como se pide, la declaración de la existencia de una relación laboral indefinida no fija, en lugar de indefinida sin más,...».

Con idéntica argumentación también nos encontramos con la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, por su Sala de lo Social, de fecha 11 de enero de 2019, Rec. n.º 798/2018, por lo que obviamos comentarios sobre la misma, ya que las anteriores consideraciones resultan de mimética aplicación al contenido de esta sentencia.

Como conclusión final de este examen de las consideraciones jurídicas formuladas por los TSJ de Madrid y Cantabria, y asumidas en su integridad por el Auto 1067/2019, de 24 de enero de 2019 del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), se reducen a la formulación de una tesis interpretativa que quiebra la literalidad del precepto, que establece literalmente un ámbito de aplicación del TREBEP en su Disposición adicional primera, a «*las entidades del sector público estatal, autonómico y local*». Así, sin justificación legal alguna decide obviar el concepto general de «Sector Público», y forzar el sentido del precepto, determinando que este concepto resulta inaplicable, y así, en el ámbito de las sociedades públicas, hay que acudir al subsector «sector público empresarial» que forma parte del general, y de esta forma concluir que como no existen previsiones específicas con respecto al acceso al empleo de las sociedades públicas en el régimen jurídico de ese subsector, resultan inaplicables las previsiones de la Constitución Española, en especial las previsiones de su art. 103.3 y por supuesto tampoco el TREBEP, de forma que por resolución judicial vacían de contenido y declara inaplicable el mandato de la disposición adicional primera del citado cuerpo legal.

III. Aproximación al contenido y ratio legis del ámbito de aplicación de la Disposición adicional primera del TREBEP

En este apartado vamos a realizar un examen detallado de la génesis y tramitación parlamentaria del EBEP con relación a las previsiones de la Disposición adicional primera, y como complemento necesario un repaso a la doctrina académica con respecto a la finalidad y contenido de la citada disposición declarada inaplicable por el Tribunal Supremo, por considerar que sus previsiones y finalidad no resultan de aplicación a las sociedades públicas.

III.1. Examen del proceso de elaboración del EBEP

1. Examen de los trabajos de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público

Pues bien, la citada Comisión redactora del EBEP al analizar en su informe el ámbito subjetivo de aplicación del mismo señala expresamente²:

«Por razones similares, el Estatuto debería aplicarse, con las necesarias matizaciones, a otras entidades que, creadas por una Administración, organismo o entidad público, tienen forma jurídica de sociedad o fundación, pero dependen de su Administración matriz y se financian mayoritariamente con recursos públicos.

El personal de estas entidades del sector empresarial o fundacional público (según la denominación de la Ley General Presupuestaria) tiene contrato laboral, pero, por razón de las funciones que desempeña, de la vinculación o dependencia pública de su empresa o entidad y del origen de los fondos con cargo a los que percibe sus retribuciones, es parte del empleo público en términos sustantivos y económicos.

Con frecuencia, la creación de estas entidades de naturaleza jurídica privada ha tenido por finalidad, precisamente, huir del régimen del empleo público, y más en concreto de la función pública en sentido estricto. Pero, sin perjuicio de la flexibilidad requerida, no es aceptable que este tipo de opciones organizativas persiga o tenga como consecuencia la inaplicación de los principios constitucionales. De hecho, la legislación reciente ha reaccionado frente a esta situación y de ahí que la Ley de Fundaciones (art. 46.4) prevea, por lo que se refiere a las del sector público estatal, que la selección de su personal debe realizarse con sujeción a los principios de igualdad, mérito y capacidad y publicidad de la correspondiente convocatoria.

En cuanto al sector empresarial público, y más específicamente al constituido por sociedades mercantiles creadas o dependientes de las Administraciones y Entidades Públicas, parece necesario atender a su realidad sustantiva, tal y como se ha impuesto, por exigencias del Derecho comunitario europeo, en materia de contratación pública. Sin duda, muchas de estas empresas, aun participadas mayoritariamente por una Administración Pública, se asemejan por las funciones de producción de bienes y servicios que realizan a una empresa privada, por lo que no tendría demasiada justificación extender a ellas las reglas del Estatuto del Empleado Público, a salvo de alguna alusión general a la observancia de principios de publicidad e igualdad en la contratación de su personal.

Sin embargo, se ha extendido en los últimos años la creación de sociedades de capital íntegra o mayoritariamente público dedicadas al ejercicio de funciones intrínsecamente administrativas, como por ejemplo la contratación de obras públicas o la gestión del patrimonio público. En estos casos es necesario aplicar los principios y reglas comunes del Estatuto que regule el empleo público, ya que, en términos sustantivos o rea-

les, su personal forma parte del mismo. Se trata, pues, de aplicar al régimen del personal los mismos criterios en virtud de los cuales la legislación vigente exige hoy que determinadas sociedades del sector público apliquen las normas de la contratación pública, esto es, aquellas sociedades creadas por una Administración o Ente Público para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, que dependan o estén controladas por la Administración matriz y que estén mayoritariamente financiadas con fondos públicos (art. 2.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas).»

El lector puede comprobar cómo en la génesis del EBEP no había debate alguno, y estaba clara la «ratio» de la norma de someter a las sociedades mercantiles a sus previsiones específicas, siempre que su finalidad sea la atención de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, y así, nos encontramos en los presentes casos con una sociedad como el Canal Isabel II³ destinada a la gestión del abastecimiento y saneamiento de agua en la Comunidad de Madrid, es decir, una indubitada finalidad de satisfacción del interés general y servicio público, y en el mismo sentido la sociedad de Gestión de Emergencias, S.A., cuya finalidad era: «El objeto social lo constituyen la realización de actividades de prestación de servicios de atención al ciudadano, así como al tratamiento de la información recibida dentro del sector de la urgencia y la emergencia, incluyendo las actividades de instalación, coordinación, gestión y demás elementos técnicos auxiliares necesarios para el desarrollo de dicho servicio, incluyendo entre otros la consultoría, diseño, planificación, desarrollo, instalación e implantación, apoyo logístico, dirección y ejecución de proyectos...»⁴, es decir, puro y duro servicio público de interés general.

Pues bien, parece que las consideraciones que sirvieron de fundamento a la elaboración del EBEP, y que tuvieron traslación directa en las previsiones de su Disposición adicional primera, carecen de sentido y fundamento suficiente para el Tribunal Supremo a la hora de interpretar el alcance de esta disposición.

2. El iter de la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley

Pero por si no fuera suficiente este documento esencial, y le hubiera resultado insuficiente al Tribunal Supremo en su labor interpretativa para determinar la «ratio legis» de la previsión inaplicada, podrían haber acudido al examen del proceso de elaboración del EBEP en vía parlamentaria, así, podemos destacar los siguientes hitos al respecto:

- a) El primer borrador del anteproyecto que se elaboró por el MAP, con fecha 25 de noviembre de 2005, ya recogía expresamente esta

previsión, siguiendo literalmente el informe de la Comisión de expertos al que nos hemos referido anteriormente.

- b) Este texto fue objeto de negociación con Comunidades Autónomas, Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP) y organizaciones sindicales⁵ (CC.OO, Csi-Csif y UGT), de manera que se elabora un segundo borrador, con fecha 17 de abril de 2006 que mantiene la misma redacción, a este texto se le vuelven a realizar nuevas consideraciones continuando el proceso negociador con los mismos interlocutores, que en el caso sindical se concreta en la reunión celebrada el día 4 de mayo de 2006.
- c) Finalmente, el Proyecto de Ley se presentó ante el Congreso de los Diputados⁶, pues bien, durante su tramitación parlamentaria no se formularon enmiendas a la disposición, y así, el Dictamen⁷ de la misma mantuvo el texto inicial del Proyecto de Ley.
- d) En cuanto a la tramitación del proyecto de ley en el Senado tampoco hubo enmiendas a este respecto⁸.

Lo anterior supone que durante la tramitación del proyecto no se debatió ni formuló enmiendas a este precepto, asumiendo integral y literalmente la propuesta formulada por la Comisión de expertos, cuya fundamentación hemos expuesto anteriormente, es decir, la disposición adicional primera, incluye en su ámbito de aplicación a las sociedades mercantiles creadas por una Administración o Ente Público para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, que dependan o estén controladas por la Administración matriz y que estén mayoritariamente financiadas con fondos públicos. Esta y no otra, es la *ratio legis* del precepto, tras examinar conforme los criterios de la hermenéutica, la génesis de la elaboración y el iter de la aprobación del EBEP, resultando pues, que el Tribunal Supremo, sin justificación alguna, ha obviado todo ello en su resolución judicial.

III.2. Examen de la Doctrina Académica sobre el alcance del ámbito subjetivo de la disposición adicional primera del EBEP

Visto el proceso de elaboración y aprobación del proyecto de Ley del EBEP, estimamos adecuado para tener una visión completa de la cuestión examinando las consideraciones interpretativas mayoritarias y pacíficas que la doctrina académica (administrativa y laboral) ha realizado sobre este precepto, coincidiendo todos ellos en el mismo sentido, es decir, que la dis-

posición adicional primera del EBEP incluye sin duda alguna interpretativa a las sociedades públicas, dados los límites de extensión de este trabajo, nos vamos a limitar a un pequeño resumen de las posiciones más destacadas, en concreto:

- a) En el área administrativa podemos destacar a varios autores, y así, debemos comenzar por lo expuesto por Sánchez Morón (Presidente de la Comisión de expertos), que, a este respecto, considera que no existe duda alguna de la aplicación de esta disposición adicional primera a las sociedades públicas⁹ y así señala: «Debe recordarse también que todos estos principios son aplicables para la selección de personal de las entidades del sector público estatal, autonómico y local no incluidas en el artículo 2 del EBEP, conforme a la disposición adicional primera de éste. Es decir, son aplicables a la selección de personal en las sociedades mercantiles públicas y en las fundaciones del sector público. Su concreción será diferente en estos casos, pues no existirá un procedimiento administrativo de selección en sentido propio. Pero los principios del EBEP deben quedar adecuadamente garantizados. Su infracción determinará la invalidez del contrato del personal seleccionado, que podrá reclamarse ante los órganos judiciales competentes.»

En este mismo sentido también se han manifestado Castillo Blanco y Jiménez Asensio¹⁰, para los cuales la regulación de la disposición adicional es clara y no presenta dudas sobre su extensión a las sociedades públicas, si bien, entiende que el EBEP ha resultado demasiado tímido a este respecto, ya que sus previsiones se debían haber aplicado de forma íntegra y no solo los principios para el acceso.

También resulta de interés las consideraciones de Cantero Martínez¹¹ la cual coincide en sus estudios con lo expuesto por los anteriores autores, incluyendo a las sociedades en el ámbito de aplicación del EBEP, vía disposición adicional, y también en la misma línea se encuentra Álvarez Moreno¹².

Otra opinión doctrinal muy destacable la encontramos en Quintana López¹³, el cual advierte de las exigencias del interés general y como consecuencia de ello, la necesidad de aplicación de los principios de mérito y capacidad en todo el sector público incluidas las sociedades públicas para la selección de su personal, mandato cumplimentado por la Disposición adicional primera del EBEP.

Finalmente, debo indicar que personalmente también he sostenido desde hace tiempo que

no existe duda posible de que las sociedades públicas se encuentran sometidas a las previsiones del EBEP, por medio de la disposición adicional primera, y a este respecto me remito a lo publicado¹⁴.

- b) En el área del Derecho Laboral, también podemos considerar que existe una posición pacífica a este respecto, y de forma resumida vamos a destacar algunas de ellas, así, podemos comenzar por Goñi Sein que de forma temprana en el XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social¹⁵, interpreto a este respecto, que no existía duda de que la finalidad del EBEP era su aplicación a la totalidad del sector público, incluyendo dentro del mismo a las sociedades públicas, y ello, conforme las previsiones de la disposición adicional primera del EBEP, sobre cuyo contenido y literalidad considera que no existe duda alguna, y es más añade que «el personal de éstas entidades del sector empresarial o fundacional público que sujetan su actividad a derecho privado, aunque se le atribuya el carácter de empleado laboral, conforma en realidad empleo público», para terminar señalando: el EBEP «...opta por no diferenciar entre entidades públicas de uno u otro tipo y por exigir a todo el personal de las entidades del sector público no comprendidas en el artículo 2 la aplicación de unos pocos principios del Estatuto Básico, los referidos en los citados artículos 52, 53, 54, 55 y 59 del EBEP».

Continuando con este criterio interpretativo nos debemos referir a López Gómez¹⁶, el cual también mantiene el mismo criterio de considerar que las previsiones del EBEP, recogidas en la citada disposición adicional resultan de aplicación a las sociedades públicas. También se manifiesta De Nieves Nieto¹⁷ de forma clara y detallada en el mismo sentido interpretativo de incluir en el ámbito de aplicación del EBEP, a efectos de la aplicación de los principios de selección a las sociedades públicas. A estas iniciales posiciones debemos añadir lo expuesto por Molina Navarrete¹⁸ y Vivero Serrano¹⁹, coincidentes con las de los otros autores y que resultan muy ilustrativos a este respecto.

Continuando con el breve repaso a la doctrina académica en el ámbito laboral resulta adecuado acudir a Quesada Lumbreras,²⁰ el cual considera que la regla general es la aplicación del EBEP al personal de toda Administración o entidad que, jurídicamente, tenga carácter público, es decir, personalidad jurídica pública. Señala este autor que a las sociedades y fundaciones del sector público, les resulta también

de aplicación sin duda las previsiones de los artículos 52, 53, 54 y 55 del EBEP, incluyendo los principios rectores de acceso al empleo público, y también en el mismo sentido se manifiesta Fernández Ramos²¹.

Como puede apreciar el lector, tras este breve, pero exhaustivo examen de la doctrina académica tanto administrativa como laboral, es indudable que existe un consenso pacífico y consolidado de interpretación sobre el alcance de la disposición adicional primera del EBEP, fundamentando tanto en los criterios objetivos de interpretación, (sentido literal de las palabras y sistemático), como en fundamentos axiológicos, si bien, nos encontramos en estos momentos con una decisión judicial del Tribunal Supremo que quiebra toda esta doctrina, y ello, como intentare explicar en los siguientes apartados sin un preciso y fundamentado argumentarlo jurídico, de forma que como veremos nos encontramos ante una decisión de voluntarismo jurídico por la cual se quiebran principios jurídicos constitucionales y sociales, sin una argumentación suficiente para justificar el establecimiento de una doctrina judicial de la que se derivan tan graves consecuencias para los ciudadanos y también muy gravoso para el erario público.

IV. Breve excursus sobre la aplicación del orden axiológico constitucional y sus principios al empleo público laboral, en sentido lato

Efectivamente, es criterio pacífico en el ámbito administrativo que la Constitución ha optado con carácter general por una relación de naturaleza jurídico funcional en las relaciones de empleo público, como consecuencia de esta opción el constituyente incorporó un precepto que con carácter específico regula estas relaciones, nos referimos al artículo 103.3 (C.E.), y entre los contenidos del citado precepto además de establecer la necesidad de un «Estatuto de los Funcionarios», se encuentra la exigencia del respeto por parte de la administración de los principios de mérito y capacidad en el acceso a la condición de funcionario, ahora bien, como ya hemos expuesto en otro trabajo²² como la configuración de la administración y del empleo público debe ser comprendida desde el examen conjunto de las previsiones

de los artículos 1.1 y 103.1 de la Constitución, preceptos que se constituyen en el frontispicio de la configuración constitucional de la administración pública, y como consecuencia de ello, los contenidos específicos del artículo 103.3 son directa consecuencia de los mandatos contenidos en el apartado primero del mismo artículo y del orden axiológico establecido en el artículo 1.1 de nuestra Constitución. Así, el reconocimiento expreso de los principios de mérito y capacidad en el acceso a la condición de funcionario tienen su fundamento no solo en las previsiones del apartado tercero del artículo 103 C.E. si no que su razón de ser se encuentra en los principios organizativos de la Administración que informan su configuración de manera omnicompreensiva, es decir, la incluir entre otros el principio de descentralización organizativa, no hay duda de su aplicación subjetiva se extiende a lo que podemos denominar actualmente «sector público» y que son recogidos en el apartado primero del citado artículo, en concreto, nos referimos a los principios de objetividad y eficacia, de manera que los principios de mérito y capacidad se constituyen en una concreción de las obligaciones derivadas de los principios del artículo 103.1.

Efectivamente, la cuestión no radica en buscar una definición del concepto de «función pública» lo suficientemente amplio que permita incluir en el mismo al personal con relación jurídico laboral y de esta manera reclamar la aplicación de las previsiones del artículo 103.3 para este personal, sino en ubicar sistemáticamente a este último artículo, así, a nuestro entender las referencias expresas del apartado tercero deben ser examinadas a la vista del primer pronunciamiento, es decir, el establecimiento de un «Estatuto de los funcionarios públicos», cuyo contenido mínimo exigible viene configurado por el resto del contenido del apartado, en ese sentido recordemos la S.T.C. 99/1987, y por lo tanto, uno de ellos es el acceso de acuerdo a los principios de igualdad, mérito y capacidad. Ahora bien, esto no significa que estos principios aplicables al acceso no resulten exigibles en el reclutamiento del personal laboral, al contrario, de la misma manera que el Tribunal Constitucional en su Sentencia 178/1989, de 2 de Noviembre que resolvía el Recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra ciertas previsiones de la Ley 53/1984 sobre incompatibilidades, al analizar el ámbito subjetivo de aplicación de esta norma la extiende tanto al personal funcionario como laboral, pero la fundamentación constitucional de la decisión es diferente, en el caso del personal funcionario se ubica la misma en el art. 103.3 C.E., en especial, y con carácter general en el apartado primero del citado artículo, por contra la extensión al personal laboral se fundamenta exclusivamente en las previsiones del 103.1 C.E., es decir en los principios

organizativos que afectan a toda la actividad administrativa en relación a la totalidad de las relaciones de empleo público, por ello, entendemos que conforme la anterior argumentación son las previsiones de los principios de objetividad y eficacia recogidas en el artículo 103.1, las que sirven de fundamento para reclamar para la totalidad del empleo público (funcionarios y laborales), la aplicación de unos principios comunes en el acceso, en concreto, los de igualdad, mérito y capacidad.

Lo anteriormente expuesto supone que el principio de objetividad reconocido por el artículo 103.1 de la Constitución exige en el ámbito de las relaciones de empleo que la administración, en sentido lato, no pueda reclutar libremente a su personal, es decir, solamente podrán acceder al empleo público aquellos ciudadanos que acrediten ser los más idóneos, de manera que el citado principio se constituye en proyección del Estado Democrático (art. 1.1 C.E.), como explicamos en otro trabajo²³, y por ello, se garantiza la existencia de una auténtica «neutralidad administrativa», cuyo único fin es la satisfacción del interés general, pues toda actuación que se encuentre orientada al reclutamiento del personal en función de su adscripción política tras la correspondiente alternancia en el poder atentaría directamente a la esencia del Estado Democrático en su proyección sobre la configuración de la administración pública, y por ende al principio de objetividad, el cual debe informar toda la actuación de las administraciones públicas (sector público), de modo que también daríamos cumplimiento a las exigencias del artículo 9.3 de la Constitución que establece la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Por otro lado, un acceso al empleo público que respete el principio de objetividad supone que solo se incorporan los más idóneos, y como consecuencia de ello, el desarrollo de la actividad pública se realizara de manera eficaz en la satisfacción de los intereses generales, pues solamente a través de una correcta utilización de medios materiales y seleccionando a los más idóneos será posible dar cumplimiento a la exigencia constitucional prevista en el artículo 103.1, en concreto, el principio de la eficacia, que se constituye en pieza clave de la proyección del orden axiológico constitucional sobre la administración pública, en sentido lato, y en especial del Estado Social. Como consecuencia de lo expuesto solamente nos queda preguntarnos cuales son los parámetros o principios que pueden predicarse de manera necesaria y común para dar cumplimiento a los principios de eficacia y objetividad en la selección de los empleados públicos, y la respuesta no puede ser otra que la que la propia Constitución nos orienta, es decir, los principios de igualdad, mérito y capacidad.

En torno a la concurrencia de las previsiones del artículo 14 de la Constitución, es decir, del principio de igualdad, ha quedado acreditado su directa aplicación a todas las relaciones de empleo público, conforme ha declarado tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional y así, podemos indicar de manera somera siguiendo la evolución jurisprudencial al respecto, que la igualdad prevista en el artículo 14 de la Constitución no debe ser concebida bajo criterios absolutos, pues igualdad es tratar igual a los iguales y de forma desigual a los desiguales de manera que no toda actuación de los poderes públicos que establezca desigualdades es inconstitucional sino que lo que debemos exigir es que la misma se encuentre fundamentada por criterios razonables, objetivos y proporcionales con el destino de la actividad, a este respecto destacamos las Sentencias del Tribunal Constitucional 142/1986, 192/1986 y 281/1993.

Como consecuencia de lo anterior, a nuestro entender, se puede y debe establecer una directa conexión sistemática entre el artículo 14 de la Constitución y los principios organizativos previstos en el artículo 103.1 CE (Principios de objetividad y eficacia) que son proyección del orden axiológico recogido en el artículo 1.1 CE, y en especial del Estado Democrático y Social, pues recordemos como señalamos en un trabajo anterior²⁴ que el diseño completo del orden axiológico constitucional se estructura a través de las previsiones del artículo 1.1 y 10.1 de la Constitución que a su vez ordenan y configuran el Título I de la Constitución y en este orden desempeña el papel de cabeza de puente de las previsiones del artículo 14 que se encuentra sistemáticamente ubicado al inicio del Capítulo II, de forma que irradia toda su influencia sobre la parte dogmática constitucional, en especial, y sobre el resto del texto constitucional dada su conexión al orden axiológico con carácter general por lo cual ninguna duda existe sobre la exigencia en el acceso al empleo público conjuntamente con los principios de mérito y capacidad de la concurrencia del principio de igualdad.

Por lo tanto, a nuestro entender existe una clara fundamentación constitucional, en concreto, las previsiones de los artículos 14 y 103.1 de la Constitución, que reclaman la exigencia de los principios de igualdad, mérito y capacidad en la selección de todos los empleados públicos con independencia del tipo de relación jurídica que se constituya, de manera que se configuran como principios comunes a todo el empleo público y dada que su fundamentación no se encuentra residenciada en ningún precepto específico de alguna de las relaciones sino que responden a los principios que ordenan la administración pública, en sentido lato, y que permiten su conexión con el orden constitucional (art. 1.1 y 10.1 CE).

V. Examen crítico de los argumentos formulados por el Tribunal Supremo (Sala de lo Social), para excluir la aplicación los principios de selección establecidos en el TREBEP a las sociedades públicas

En este punto del trabajo nos enfrentamos a la cuestión central, en concreto, el contraste entre los términos «exactos y precisos» del TREBEP, y la interpretación, a nuestro juicio, disfuncional que realizan los TSJ y el Tribunal Supremo en sus sentencias, y que son objeto de examen. Lógicamente nos centraremos en el examen doctrinal y legal del estricto concepto incluido en el TREBEP, en concreto, «sector público», sobre cuyo alcance el Tribunal Supremo discrepa, lo que no es óbice, para que realicemos posteriormente una pequeña consideración sobre el orden axiológico constitucional y el empleo público.

V.1. ¿Existe un concepto doctrinal y normativo de «Sector Público general»?

La razón de efectuar esta pregunta radica precisamente en que como ya hemos señalado anteriormente el Tribunal Supremo ratificando la fundamentación de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social), Sección 1.ª Rec. 603/2017, fundamenta su declaración en el rechazo tácito del concepto «Sector público» general, acogién-dose a una distinción entre el subsector público administrativo y subsector público empresarial, el cual considera sometido, a su juicio, a un régimen jurídico específico y excluyente que como consecuencia de ello según afirma el TSJ de Madrid: «...el personal laboral que presta servicios por cuenta y orden de sociedades mercantiles públicas —sector público empresarial— cual sucede con la demandada, independientemente de que su ámbito sea estatal, autonómico o municipal, no le son aplicables los artículos 23.2 y 103.3 de nuestra Carta Magna, ni tampoco el EBEP».

Centrada la cuestión objeto de examen resulta adecuado y necesario examinar el origen y marco normativo regulatorio del término «Sector Público», en su sentido amplio o general, y ello, por cuanto, y esto es

esencial, la Disposición adicional primera del TREBEP, como ya hemos visto se refiere literalmente a ese concreto ámbito de aplicación general, sin distinciones ni discriminaciones.

1. Examen de los estudios doctrinales sobre el concepto de «Sector Público»

Así, podemos comenzar señalando que nos encontramos ante un concepto que puede ser calificado de tradicional en el ámbito del Derecho Administrativo, y que desde comienzos de los años 50 del pasado siglo XX ha estado asociado al conjunto actividades prestacionales asumidas por o reservadas al Estado para satisfacer necesidades colectivas de interés general, es decir, los servicios públicos como de forma detallada explica Parejo Alfonso²⁵; ahora bien, sin remitirnos a los iniciales trabajos de Villar Palasi²⁶ al respecto en nuestro país, y centrados ya en momentos post constitucionales, es preciso tomar en consideración en términos económicos presupuestarios en los iniciales trabajos de Albiñana y jurídicos en los de Martín-Retortillo²⁷, que sientan las bases normativas y económicas para la delimitación de este término, así, el primero de estos autores señala que estamos en presencia de un término técnicamente creado por la Contabilidad Nacional, añadiendo el segundo autor, que este término tiene en estos momentos una regulación delimitadora en varias normas, en concreto cita la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas y la Ley 11/1977, de 4 de enero, General Presupuestaria, sustituida por la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, que a estos efectos resulta mucho más esclarecedora como veremos. Así afirma Martín Retortillo²⁸: «El concepto de sector público así entendido hace abstracción total del carácter público o privado de las personificaciones que llevan a cabo la actividad; también, de los procedimientos a través de los que se realiza: se trata, pues, de considerar desde una perspectiva económica y, principalmente, financiera, toda la actuación referible de una u otra forma a la Administración. Planteamiento al que, por lo que hace al sector público estatal, responde también el art. 134.2 CE cuando señala que «la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal» se incluirá en los Presupuestos Generales del Estado». En el mismo tiempo y sentido, destacamos también a Martín Mateo²⁹, que establece de forma clara en su obra un concepto de sector público que sin duda comprende a las sociedades públicas, e incluso explica con detalle la necesaria incorporación al mismo, de las entonces denominadas «empresas públicas», figura equivalente a las actuales «sociedades públicas».

Por otro lado, también resultan de interés los trabajos de Ariño Ortiz³⁰, que como los anteriores autores no

presenta duda en la delimitación del término «sector público» y la inclusión en el mismo de las sociedades públicas, además del resto de administraciones generales, entidades de toda clase y organismos autónomos administrativos. También es destacable la opinión a este respecto de Rivero Ortega³¹, que con relación a la configuración de un único sector público general que incluye a las sociedades públicas y su régimen jurídico, y que señala expresamente: «Existen elementos normativos comunes a todo el sector público, con independencia de sus distintas expresiones organizativas». Finalmente, resulta ilustrativa la posición de Cueto Pérez³² en el mismo sentido que los anteriores autores, añadiendo además una consideración de gran importancia por su transcendencia en las consideraciones finales de este trabajo, en concreto, señala: «En principio, cuando la Administración desarrolla esta actividad no está investida de poderes públicos, por lo tanto, esta actividad no constituiría actividad administrativa, pero aun siendo esto así, el hecho de que la misma se desarrolle a través de fórmulas societarias que se nutren íntegra o mayoritariamente de fondos públicos ha llevado a una llamada de atención generalizada sobre la necesidad de que dicha actividad empresarial pueda responder a algunos de los principios constitucionales que rigen la actuación de las Administraciones públicas (legalidad, eficacia, eficiencia, coordinación, objetividad, prohibición de la arbitrariedad, mérito y capacidad, imparcialidad)», en este mismo sentido se manifiestan también Borrajo Iniasta, Ortega Álvarez y Saz Cordero.³³

Como conclusión a lo expuesto podemos afirmar que el concepto «sector público», es concebido de forma pacífica y consolidada por nuestra doctrina académica como la expresión que comprende la totalidad de la actividad del Estado, en su sentido más amplio, es decir, comprendiendo la totalidad de nuestras administraciones generales territoriales, así como sus administraciones institucionales, agencias y demás tipos de entidades públicas, y finalmente el área empresarial, es decir, las sociedades públicas con participación mayoritaria de cualquiera de estas administraciones.

2. Una breve aproximación a la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el concepto de «Sector Público»

En segundo término, resulta de gran interés los tempranos pronunciamientos del Tribunal Constitucional al respecto, que examina la cuestión de si las administraciones públicas, en su condición de empleados en las formas de derecho privado (sociedades públicas), pueden ser consideradas poderes públi-

cos, y la respuesta resulta ser afirmativa conforme la STC 35/1983, de 11 de mayo, extiende el concepto de poder público incluso a los entes interpuestos, mediante la utilización de personalidad jurídico privada, de forma que no puede evitar el cumplimiento de los mandatos constitucionales de igualdad de trato, de interdicción de la arbitrariedad y de sometimiento a la Ley y el Derecho, y tal como considera López Gómez³⁴: «Con esa base, se podría igualmente deducir que la adopción de técnicas de derecho privado respecto de las relaciones laborales no exime del cumplimiento de los mandatos constitucionales», y en el mismo sentido tenemos la STC 14/1986, de 31 de enero, que considera que la sujeción al Derecho privado no puede ser concebida como una habilitación para eludir las reglas básicas que aquellas deben seguir por mandato constitucional, debiendo respetar los principios constitucionales que informan su actividad, e igualmente la STC 128/1987, de 16 de julio.

La claridad y sentido de los pronunciamientos de este Alto Tribunal, resulta totalmente coincidente con las posiciones doctrinales anteriormente expuestas, de forma que podemos afirmar que existe un concepto preciso y pacífico sobre el alcance subjetivo del término «Sector Público», dentro del cual, por supuesto existen subsectores, a los que se refiere curiosamente el propio Tribunal Supremo (sector público administrativo, institucional o empresarial), como veremos posteriormente en la regulación normativa de este concepto.

3. Examen del vigente marco normativo delimitador del concepto legal de «Sector Público»

Tras comprobar que tanto por la doctrina académica como por el Tribunal Constitucional existe un consenso total sobre la existencia y configuración de un concepto de «Sector Público», de carácter general, es decir, que abarca a la totalidad de las formas instrumentales de actuación de las administraciones públicas, incluidas las sociedades públicas, lógicamente debemos pasar a una segunda fase de estudio, y esta no puede ser otra que el examen del vigente marco legal y la existencia de una regulación sobre este concepto general, si bien, excluimos del análisis la legislación autonómica, y ello, por cuanto la naturaleza jurídica de la norma analizada (TREBEP), es de carácter estatal y básica y por ello, las referencias serán normas estatales básicas y de régimen general.

- a) Podemos comenzar por las previsiones del artículo 128.2 de la Constitución Española, que se refiere a este concepto general de forma expresa: «Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley

se podrá **reservar al sector público** recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general».

Efectivamente, este precepto no especifica directamente y de forma expresa el alcance subjetivo de este término, aunque la doctrina académica³⁵ al analizar este precepto, ha considerado de manera coincidente que la referencia al concepto «sector público», incluía sin duda alguna y en especial a la actividad de las administraciones a través de medios instrumentales, a lo que debemos añadir algunas sentencias del Tribunal Constitucional en el mismo sentido, entre otras muchas, STC 12/1982 y STC 127/1994, y más en concreto, las sociedades públicas. De forma que podemos considerar que no hay duda de que nuestra constitución reconoce la existencia de un concepto constitucional y, por ende, normativo de «sector público», que no establece discriminación alguna, al contrario, incluye sin debate, a las sociedades públicas.

- b) Alcanzado este punto, procede examinar una de las primeras normas estatales básicas que incorpora este concepto, en concreto, nos referimos a Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, y a este respecto resulta muy ilustrativo el texto de sus artículos 2.º y 4.º³⁶, de forma que de su literalidad no haya duda alguna de que estamos en presencia de una regulación normativa básica, referida al ámbito económico y organizativo de nuestro Estado, en su sentido más amplio o anfibológico como lo califico el Tribunal Constitucional, de forma que esta norma incorpora a las sociedades públicas en el «sector público», que a su vez integra en este concepto todo tipo de subsectores.
- c) Otra norma básica y esencial con relación a la determinación legal y conceptual del término «sector público», en su sentido general, lo encontramos en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria³⁷, que de forma clara, literal y precisa, determina que el «Sector Público estatal», se subdivide en diferentes subsectores, como venimos reiterando en nuestra exposición, de forma que las sociedades públicas, aunque se encuentran incluidas, cuestión esta que no discutimos, en el subsector público empresarial, esto no supone que no formen parte de un «todo» general, en concreto del término «Sector Público», que abarca en su configuración los diferentes ámbitos sectoriales.

d) Asimismo, tenemos otra norma de especial importancia y transcendencia en nuestras administraciones, y que de hecho se ha constituido en un eje de interpretación sobre la actividad de las administraciones públicas, en este sentido nos podemos remitir a lo indicado por la STC 55/2018, en concreto, nos referimos a la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, que determina en su artículo 2³⁸, de forma clara, precisa y detallada, y además no solo a efectos nacionales sino con relación a los criterios de Unión Europea, el alcance subjetivo del término «sector público», de forma que no hay duda de la inclusión de las sociedades públicas, sin subterfugios de subsectores.

e) Por otro lado, otra norma básica que nos permite acotar el sentido y alcance subjetivo del concepto sector público, lo encontramos en la sobradamente conocida Ley 40/2015 de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, a este respecto no podemos evitar remitirnos a la lectura de un innovador y excelente trabajo de Gamero Casado³⁹ sobre el papel del derecho administrativo y el sector público en los tiempos actuales. Pues bien, como señala el citado autor la citada ley establece un concepto de administración pública en «sentido amplio o lato», que se corresponde con la incorporación del concepto de «sector público» en su artículo 2.º, y su correlación con los artículos 111 y siguientes de la misma norma, de forma que nos encontramos ante el mismo concepto omnicompreensivo al que nos venimos refiriendo.

f) Otra norma básica de referencia a destacar son las previsiones de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, modificada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local⁴⁰, la cual al establecer dentro de la política de restricciones emprendidas por el Estado Central con motivo de la crisis económica, establece un régimen especial para redimensionar el «sector público local», como categoría general incluyendo dentro del mismo a las sociedades públicas, al igual que otras entidades y organismos. De forma que tenemos otro ejemplo legislativo del alcance del término sector público general.

Y dentro de esta misma norma básica es de destacar las previsiones del «artículo 103.1 bis. Masa salarial del personal laboral del sector público local» de la precitada norma referidas al personal al servicio del sector público de las

entidades locales, que señala: «Las Corporaciones locales aprobarán anualmente la masa salarial del personal laboral del sector público local respetando los límites y las condiciones que se establezcan con carácter básico en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado».

- g) Finalmente, las Leyes Generales de Presupuestos del Estado, son otro clarificador y prístino ejemplo de la existencia y configuración de un concepto de sector público general desde hace muchos años, y con especial referencia a las «Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica en materia de gastos de personal al servicio del sector público»⁴¹, especificando de forma detallada e indubitada el ámbito subjetivo del sector público, sin distinciones o subclasificaciones, que las sociedades públicas están incluidas dentro de este concepto general, con independencia de su incorporación a otros subsectores.

Como conclusión final de todo lo expuesto podemos afirmar que la respuesta a nuestra pregunta inicial es clara y contundente, y esta tiene un sentido afirmativo, efectivamente, si existe un concepto doctrinal y normativo del término «Sector Público», en sentido general, que comprende dentro del mismo otros subsectores, lo que supone que cualquier referencia general normativa a este término, no habilita para establecer interpretaciones que atribuyan excepciones o usos discriminatorios en función de la pertenencia a uno de los subsectores incorporados al concepto general, ya que, si se quisieran establecer regímenes diferenciados, el legislador necesariamente lo debería haber regulado de forma expresa en la norma, especificando a que subsectores no resultaban de aplicación sus previsiones.

V.2. La sorprendente y disfuncional aplicación, por el Orden jurisdiccional de lo social, de las reglas de interpretación de las normas jurídicas

Como hemos acreditado en los apartados anteriores, no hay debate posible sobre la existencia y reconocimiento tanto académico como legal de un concepto de «sector público general», que está conformado a su vez por diferentes subsectores, entre los que se encuentra el subsector público empresarial y, por lo tanto, el primer concepto está determinado de forma clara y precisa, resultando por ello, inexplicable el proceso de interpretación del contenido de la disposición

adicional primera del TREBEP por parte de la Jurisdicción Social, que sin explicación alguna rechaza tácitamente una interpretación integrativa y completa del concepto de «sector público», y acude sin argumentación alguna, salvo una alegación referida a una legislación sectorial incongruente a la que nos referiremos posteriormente, a la aplicación de un subsector del mismo, de forma que es imposible encontrar cuáles han sido las reglas de interpretación de las normas jurídicas que han utilizado estos tribunales, lo cual nos lleva necesariamente a la necesidad de realizar un breve repaso de las citadas reglas, conforme lo establecido en el artículo 3.1 del Código Civil, a los efectos de encontrar cual debería ser el recto sentido interpretativo de esta disposición.

1. Aproximación a la regulación normativa de las reglas de interpretación de las normas jurídicas⁴²

Podemos definir la interpretación de la norma como la investigación del sentido de la misma; la determinación de su contenido y alcance efectivo para determinar su precisa extensión y la posibilidad de su aplicación al caso concreto que por ella ha de regirse. Indudablemente la primera y preferente regla interpretativa es siempre la literal, si los términos de la Ley son claros ha de estarse al sentido gramatical, y así el mecanismo interpretativo no ha de ponerse en marcha si la norma legal aparece redactada con tal claridad y precisión que su contenido, el alcance de lo establecido, el sentido de su regulación y el ámbito material de su aplicación, se deducen del texto de manera tan patente que la interpretación del precepto deviene innecesaria, ineficaz, pudiendo conducir, como afirma alguna resolución judicial, a deformar la intención del legislador llevando a soluciones jurídicas distintas o contrarias a las que efectivamente la norma establece, y mucho nos tememos que, como expondremos posteriormente, este es el caso al que nos enfrentamos.

Dicho lo anterior, es preciso examinar las previsiones del Título Preliminar del Código Civil que establece en su artículo 3.1,⁴³ y sintetizando, podríamos ofrecer un resumen siguiendo a Díez-Picazo⁴⁴, de estos criterios:

1. El criterio gramatical ha de entenderse, más que como pauta, como límite. La comprensión propuesta del precepto no puede chocar con la significación concreta (la acepción ordinaria o técnica) de su tenor literal.
2. La referencia al contexto apunta a la inclusión de la norma en la correspondiente institución o sede normativa, sedes materiae.
3. La atención a los antecedentes históricos o legislativos persigue una función propiamente

auxiliar o subordinada, en cuanto ayude para entender el sentido de la norma.

4. La atención a la realidad social del tiempo, en que la norma ha de ser aplicada, presupone que un texto es susceptible de renovadas potencialidades con el paso del tiempo. Ejemplo: la evolución en la comprensión del artículo 1.902 del Código Civil hasta incluir la responsabilidad objetiva.
5. La obtención del espíritu o finalidad de la norma.

Por último, es preciso añadir que el referido artículo, artículo 3.1 del Código Civil, debe ser complementado con otros preceptos del propio Título Preliminar sin los cuales la interpretación pudiera resultar incompleta o insuficiente. En concreto, el artículo 1.4 en cuanto que se refiere a los principios generales del derecho, artículo 1.6 y la función de la jurisprudencia, también el artículo 3.2 con relación a la utilización de la equidad y finalmente, el artículo 4.1 con relación a la aplicación analógica de las normas.

2. Examen de algunas declaraciones jurisprudenciales sobre el proceso de interpretación de las normas jurídicas

Tras lo expuesto en los apartados anteriores, donde hemos acreditado que el concepto «sector público» de carácter general, se encuentra perfectamente acreditado normativamente, que es el marco de referencia al que debemos referirnos en primer lugar para la interpretación de una norma, y a la vista de las reglas de interpretación de las normas expuestas anteriormente, estimamos que resultará ilustrativo examinar las propias declaraciones jurisdiccionales a este respecto, partiendo de una premisa previa, en concreto, del aforismo «*Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*», ya que, nos encontramos ante la utilización parcial y sin justificación de un concepto legal diseñado y concebido legalmente por el legislador como un todo. De forma que estamos en presencia en un supuesto de interpretación literal de la norma, al que resulta de aplicación el principio «*in claris non fit interpretatio*».

Así pues, conforme lo expuesto resulta adecuado comenzar por el más alto tribunal de nuestro país, en concreto, el Tribunal Constitucional, que en su STC 148/2012, de 5 de julio, señala: «No estamos, por tanto, ante una regulación que permita varias interpretaciones, pudiendo elegir de entre estas aquella que resulta conforme a la Constitución, sino de preceptos cuya literalidad es clara y no deja margen para interpretaciones alternativas (*in claris non fit interpretatio*), por todas STC 138/2005, de 26 de mayo FJ 5 y las allí citadas».

Por otro lado, el propio Tribunal Supremo con relación a esta cuestión ha elaborado una amplia jurisprudencia de la que podemos resumir:

1. *Es principio rector de la hermenéutica jurídica, que las leyes claras no son susceptibles de interpretación* (STS Sala 3.ª de 25 septiembre de 1985).
2. *Cuando el precepto que haya de aplicarse sea claro y terminante, huelga todo comentario e interpretación* (STS Sala 1.ª de 26 noviembre de 1966 y STS Sala 3.ª, de 25 septiembre 1985).
3. Y finalmente, en el mismo sentido, las más recientes sentencias (STS Sala 3.ª, de 20 de febrero de 2015 – Rec. n.º 3963/2013 y STS Sala 2.ª de 27 de febrero de 2015, Rec. n.º 10711/2014).

Ahora bien, también es preciso tomar en consideración los otros criterios que como hemos señalado también son reglas de interpretación, y que en este caso también resultan determinantes, por cuanto como hemos expuesto en apartados anteriores, el proceso de elaboración y aprobación de la norma, explican de forma clara y precisa la «*ratio legis*», y a este respecto, destacamos:

1. *Las normas no han de interpretarse tan sólo por su letra o texto gramatical, sino, según el art. 3. 1.º CC, también por su contexto y atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas* (STS 3.ª, de 28 noviembre 1984)
2. *No se puede dar una interpretación más auténtica que la del propio legislador cuando declara el sentido de una disposición legal, según el principio unde ius produit interpretatio quo que procedat; sin que tal suponga, en modo alguno, atribuir eficacia retroactiva a la nueva disposición legal interpretativa, y sí tener en cuenta que viene a ratificar la doctrina sentada por la jurisprudencia en su papel de complemento del ordenamiento jurídico conforme el art. 1.6.º CC (TS 6.ª, S. 3 dic 1984).*

Sin olvidar finalmente, que si el Tribunal Supremo hubiera podido considerar al concepto de «sector público» como un silencio o falta de concreción del legislador, lo que no ocurre a nuestro juicio tal como hemos explicado anteriormente, debería haber tenido en cuenta su propia doctrina cuando señala: *El silencio del legislador sobre un punto determinado no puede interpretarse en un sentido positivo ni negativo, por sí mismo, salvo precepto expreso que así lo disponga, sino que debe elucidarse en razón de la lógica interna del propio precepto y del conjunto normativo en que se inserta* (STS Sala 4.ª, de 5 febrero de 1985).

Todo lo expuesto, confirma nuestras consideraciones iniciales sobre la inexistencia de fundamento alguno para que se haya establecido el uso de un subsector no previsto en la Ley (TREBEP) para fundamentar las sentencias, y, por otro lado, cuáles pueden ser las desconocidas reglas de interpretación para la doctrina, que ha utilizado la Jurisdicción Social para efectuar ese análisis. Por ello, en estrictos términos de debate jurídico, a nuestro juicio, la interpretación que realiza la Jurisdicción Social sobre el alcance subjetivo del concepto «sector público», no resulta respetuosa con las reglas de interpretación de las normas.

3. La inaplicabilidad de la legislación de apoyo utilizada en las sentencias

A la vista de lo expuesto, no hay duda de que la cuestión central y determinante gira en torno al concepto legal «sector público», y la inexplicable decisión interpretativa que al respecto ha realizado el Tribunal Supremo, de forma que para sostener formalmente su decisión acude a un subsector perteneciente al «Sector Público», con el fin de justificar la huida del control legal de los procedimientos de acceso al empleo en las sociedades públicas, financiadas todas ellas por los impuestos de los ciudadanos directamente a través de los Presupuestos Generales de cada administración.

No encontramos en ninguna de las sentencias, explicación alguna sobre qué clase de reglas de interpretación de las normas han utilizado los tribunales para obviar la aplicación de las reglas básicas interpretativas con relación al concepto de «sector público», término que como hemos visto se encuentra tanto doctrinal como legalmente perfectamente acotado y delimitado, y por ello, tal como hemos referido anteriormente, resultan de directa aplicación las siguientes reglas: «*Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*», así como «*in claris non fit interpretatio*», que colisionan directamente con el resultado operativo de las sentencias objeto de crítica. Es más, la declaración de estos tribunales en sus sentencias supone también un olvido absoluto del criterio interpretativo teleológico, es decir, la finalidad de la norma, ya que, no se ha tenido en cuenta, en forma alguna, el proceso de elaboración y aprobación de la Ley, que como hemos visto no presenta dudas ni fisuras alguna, sobre la finalidad de la disposición adicional primera del EBEP, y que se concreta en la decisión de someter a las sociedades públicas al control sobre el desarrollo de los procesos de selección de su personal, rechazando la situación de clientelismo arbitrario que ha caracterizado el desarrollo de esta clase de entidades sometidas, en principio, al derecho privado.

Dicho lo anterior, y por si no fueran suficientes las razones y argumentos anteriormente expuestos, y a efectos de mero debate jurídico, vamos a realizar un examen de las normas utilizadas por estos tribunales para justificar la inaplicabilidad de la Constitución Española y del TREBEP, que resultan a nuestro juicio inaplicables, así:

- a) Lo primero que debemos destacar es que los Tribunales Superiores, cuyo razonamiento es asumido por el Tribunal Supremo, exponen como fundamento de sus conclusiones de exclusión, en primer lugar, la existencia de un «sector público empresarial», con características diferenciadas al «sector público administrativo», estableciendo una distinción de especie sobre el género (Sector público), no prevista en el TREBEP, y ello, sin acreditar que reglas de interpretación han podido conducir a esa conclusión, cuestión esta sobre la que ya hemos acreditado sobradamente en los anteriores apartados carece de justificación alguna, y resulta manifiestamente disfuncional, cuando menos, con el vigente ordenamiento jurídico, y por lo tanto, no vamos a reiterar todo lo ya expuesto.
- b) Dicho lo anterior, también nos encontramos que establecida esa discriminación interna del concepto de «sector público», estos tribunales acuden a un determinado marco normativo estatal, que, a su juicio, justifica la exclusión de la aplicación del TREBEP, en concreto, nos referimos a la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE) y la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), pues bien, a este respecto es preciso destacar una serie de observaciones sobre ese razonamiento:

1. Las previsiones de la LOFAGE, citadas por los tribunales, en concreto, la Disposición adicional duodécima, se refiere, única y exclusivamente a las sociedades públicas estatales, y en el mismo sentido y alcance, el artículo 166.2 de la LPAP. Es decir, de una normativa con un ámbito subjetivo perfectamente delimitado (Estatual), se extrae una conclusión de aplicación general al resto de las administraciones públicas, así pues, resulta imposible comprender, dentro de la sana crítica legal, esta clase de argumentos.
2. Pero es que, a lo anterior, debemos añadir otra disfunción, en concreto, se utilizan las citadas normas para justificar la decisión, pero resulta que ambas son anteriores a la

aprobación del EBEP, es decir, resulta imposible que estas leyes establecieran una regulación que tuviera en cuenta el grave problema de clientelismo y arbitrariedad que denuncia la comisión de expertos y que provoca el cambio normativo del año 2007, al aprobarse la disposición adicional primera del EBEP.

Además, tampoco toman en consideración, una obviedad esencial, en concreto, que la LOFAGE fue objeto de derogación expresa por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), y que esta última norma, con relación a las sociedades estatales, en su artículo 113 procede a la adecuación del régimen de estas a las exigencias legales del TREBEP, estableciendo: «Las sociedades mercantiles estatales se regirán por lo previsto en esta Ley, por lo previsto en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que le sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de personal, de control económico-financiero y de contratación». La claridad del precepto se comenta por sí misma, al igual que el olvido de las sentencias.

3. Por si no fuera suficiente, nos encontramos con otra cuestión conflictiva, en concreto, de temporalidad y eficacia jurídica, así, es preciso tomar en cuenta que como hemos ya señalado la legislación utilizada para justificar la decisión es de fecha anterior a la entrada en vigor del EBEP, y resulta que las situaciones jurídicas objeto de examen por las sentencias, conforme su relato fáctico, nacen todas ellas a partir del año 2008, es decir, con posterioridad a la entrada en vigor del EBEP, de forma que volvemos al punto de partida sobre la eficacia del EBEP, que no puede negarse por el simple hecho de alegar una normativa anterior y claramente superada, ya que esta incorpora un nuevo régimen jurídico básico de aplicación obligada, naturaleza intrínseca al EBEP, cuestión esta sobre la que volveremos.

V.3. Examen de las razones jurídicas que obligan a la aplicación de la Disposición Adicional del TREBEP, a las sociedades Públicas

A la vista de lo expuesto en los anteriores apartados donde hemos comprobado la disfuncional aplicación

de las reglas de interpretación, así como la imposible utilización de la normativa estatal sobre sociedades públicas al resto de las administraciones territoriales, y tampoco a la estatal, conforme las previsiones de la LRJSP, estimamos necesario examinar la naturaleza jurídica de la Ley 7/2007, de 12 de abril, Estatuto Básico del empleado Público, (actualmente RDL 5/2015, de 30 de octubre, TREBEP), pudiendo formular las siguientes consideraciones al respecto:

- a) El EBEP tiene la condición de legislación básica (Disposición final primera), y al amparo de esta atribución, su regulación prevalece a cualquier normativa estatal, autonómica o local, y como consecuencia de ello, incorpora un nuevo régimen jurídico básico de aplicación obligada, e incluso podríamos hablar de directo desplazamiento de cualquier legislación preexistente que colisione con sus mandatos⁴⁵. Dadas las limitaciones de espacio de este trabajo para un examen más detallado sobre el alcance y funcionalidad de la legislación básica nos remitimos a otro trabajo⁴⁶.
- b) Tampoco es posible acudir al argumento de la aplicación del principio «Lex specialis derogat generali», recordemos que este principio de especialidad rige las relaciones internormativas: la ley especial prevalece sobre cualquier otra de igual o inferior rango, desplazando la eficacia de esta última, de forma que por este medio se resuelve el problema del concurso de leyes o de conflicto aparente de las mismas mediante la aplicación preferente y prioritaria de la norma especial, sin embargo, no procederá aplicar la regla cuando la especialidad pueda ser atribuida a las dos leyes o normas en conflicto (STS, 1.ª, 30-IX-2010, rec. 670/2007).

Pues bien, en el presente caso nos encontramos que no existe colisión ni conflicto, ya que, las previsiones del TREBEP, por aplicación del principio esencial y prioritario de «competencia» atribuido constitucionalmente, tienen un carácter básico que despliegan su eficacia normativa sobre el conjunto del resto de la normativa estatal, autonómica o local, con independencia de su ámbito material de regulación. Pero es más, es que la propia legislación estatal (LRJSP), precisamente por aplicación de las exigencias de la legislación básica, la que deroga la LOFAGE e incorpora un nuevo marco normativo adecuado al TREBEP en su artículo 113, y en cuanto al resto de la normativa autonómica o local nunca ha existido esa supuesta colisión, y decimos «supuesta», porque tampoco lo existía con relación a la LOFAGE y la LPAP, ya que, las mismas regulaban unas de-

terminadas especialidades en el régimen jurídico de las sociedades públicas, lo que no puede entenderse como imposibilidad de que por una legislación posterior, se incorporen otras excepciones o modulaciones, como ha sido el caso del EBEP.

- c) Por último, podemos acudir a la reducción del absurdo para comprender la inconsistencia de los argumentos de las sentencias objeto de crítica, así, un examen conjunto de las previsiones de los artículos 2, 3, 4 y 5, con relación a la Disposición adicional primera del TREBEP, nos lleva a formular una pregunta, ¿si las sociedades públicas se encuentran excluidas del ámbito del «sector público», a qué otra clase de entidades puede referirse la misma?, y claro la respuesta sería ninguna, o quizás se podría argumentar que el precepto se refería en exclusiva a las fundaciones públicas, sometidas también al derecho privado, aunque este tema también ha sido solventado de forma rotunda por la LRJSP⁴⁷, adecuando su régimen legal a las obligaciones impuestas por el TREBEP. Es decir, las interpretaciones de estos tribunales conducirían al vaciamiento absoluto de las previsiones de esta disposición, de forma que parecería que el legislador aprobó una norma de imposible aplicación, pues no existía ámbito subjetivo de aplicación, la solución como vemos nos lleva al absurdo, y por ello, a ratificar que, a nuestro juicio, en estrictos términos de debate jurídico, la interpretación del Tribunal Supremo y los citados Tribunales Superiores carece de todo soporte normativo y argumental.

VI. La intromisión de la Jurisdicción Social y sus consecuencias

A nuestro juicio, estas sentencias objeto de este comentario es una manifestación más de un largo y proceloso proceso por el cual se está desarrollando un claro intento de consolidar la vis expansiva de la Jurisdicción social con referencia a las situaciones y actuaciones de las administraciones públicas con relación a las relaciones jurídico laborales, resultando uno ejemplo paradigmático la creación jurisprudencial de la figura del personal laboral indefinido no fijo, de nefastas consecuencias para el conjunto del empleo público. Así, debo reiterar mi crítica en otros trabajos⁴⁸ a la doctrina jurisprudencial del orden social que dio

origen a esta figura y proponer otra alternativa al respecto.

Efectivamente, el debate y lucha de jurisdicciones se ha resuelto de forma incorrecta provocando un grave daño al orden constitucional y por ende a un empleo público objetivo y profesional. Lo primero que llama la atención es la inexplicable «vis expansiva» de la jurisdicción social sobre el empleo público con referencia a las situaciones y actuaciones que han dado origen al reconocimiento de la figura del indefinido no fijo, ya que, como se ha podido apreciar en todos los supuestos existe siempre de forma previa, como no podía ser de otra manera, una decisión o actuación administrativa (recuerdo que el acto administrativo tácito es una figura reconocida por nuestra jurisprudencia) por lo cual de forma previa a la formalización de la relación jurídica laboral se toma una decisión, da lo mismo que esta afecte a la renovación contractual, utilización de un tipo de contrato inadecuado legalmente, como a un uso en fraude de ley de las condiciones de un contrato administrativo (contrato de servicios), en todas estas actuaciones existe una actuación previa de la administración, y estas por su propia naturaleza se encuentran residenciadas en el orden contencioso administrativo y no en el orden social.

Así, debo recordar que tanto por aplicación de la conocida doctrina de los «actos separables», como en especial por la propia doctrina consolidada de nuestros tribunales que excluyen de la competencia del orden social todos los procesos selectivos, en concreto, me refiero al recurso para unificación de doctrina que resolvió la Sala General del Tribunal Supremo que emitió dos Sentencias el 14 de octubre de 2000 (recursos núm. 3647/1998 y 5003/1998), declarando la incompetencia de la Jurisdicción Social, la doctrina unificada por las mencionadas sentencias del Pleno de la Sala, fue seguida luego por otras, como la de 7 de febrero de 2003 (R. 1585/02) y la de 3 de mayo de 2006 (R. 642/05), que atribuye el conocimiento de estas cuestiones al orden jurisdiccional contencioso administrativo, basándose en unas razones⁴⁹ que resultan de directa aplicación a este caso, es cierto, que en el caso de procesos de encadenamiento de contratos se podría argumentar la existencia previa de una relación contractual, pero precisamente porque la misma se ha extinguido es por lo que se produce la renovación, y esto supone la constitución de una nueva relación jurídica, que desde el criterio del orden contencioso administrativo resulta clara la competencia para examinar la legalidad de la decisión adoptada por la administración. Estas declaraciones jurisdiccionales se han mantenido en el mismo sentido, en posteriores pronunciamientos de diferentes Tribunales Superiores, así podemos destacar Tribunal Superior

de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 5.ª, Sentencia de 9 dic. 2009, rec. 3892/2009 (LA LEY 280298/2009) y Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sentencia de 12 de mayo de 2011, rec. Casación n.º 101/2010.

Entiendo que la actual configuración tanto de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en su artículo 3, en concordancia con el artículo 2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, no impiden esta interpretación, y en todo caso, si se quiere ser efectivo y de una vez por todas poner freno a este profundo cáncer, de *lege ferenda*, modifíquese esta cuestión y se reconozca claramente la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa al respecto, pero reitero que no lo estimo necesario ya que simplemente estamos en presencia de un proceso de vis expansiva sin justificación alguna por parte de la jurisdicción social, aunque desde luego en estos momentos supongo que salvo por decisión normativa nadie va a querer renunciar a este juguete. Lógicamente la consecuencia en todos estos casos sería la nulidad de pleno derecho de la actuación administrativa, pues entre otras cosas se estaría violando derechos constitucionales susceptibles de especial protección constitucional (art. 18 y 23.2 CE), y como consecuencia de ello, la inexistencia del acto «efectos ex nunc» que conlleva también la desaparición de cualquier acto posterior.

Esta posición que es compartida en parte por Sala Franco⁵⁰, si bien, este la limita para los casos en que se haya producido una contratación de forma directa por la Administración prescindiendo de cualquier procedimiento de selección, por lo cual el contrato celebrado en esas circunstancias debería calificarse como nulo, y añade procedería que también procedería aplicar las previsiones del artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores, pagando al trabajador la remuneración correspondiente a los servicios prestados y extinguiendo la relación laboral, añadiendo que en estos supuestos, si la causa de nulidad no es imputable al trabajador, éste podrá exigir la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración. Pues bien, estas últimas consideraciones formuladas por Sala son compartidas, entiendo que resulta razonable y comprensible la exigencias de responsabilidades y elementos indemnizatorios, siempre que quede acreditada la buena fe del trabajador, aunque ese es otro cantar, pero sigo manteniendo que el ámbito expansivo de situaciones y actuaciones administrativas que dan soporte fáctico a la figura del indefinido no fijo también se encuentran sometidas como he explicado al régimen previo de la jurisdicción contenciosa.

Finalmente, se puede argumentar de contrario los pronunciamientos recientes del TJUE, pero si se hace una lectura adecuada de los mismos, la clave se encuentra en que el citado tribunal lo que reclama en el fondo son medidas legislativas o también denominadas «medidas o razones objetivas» contra la temporalidad desaforada e injustificada de nuestro sector público y el fraude que existe en torno a ella, y por ello, estimo que las medidas de *lege ferenda* que he propuesto en otros trabajos⁵¹, y en especial las previsiones de la disposición transitoria trigésimo cuarta de la Ley 3/2017 LGPE, reiteradas en la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, de forma que se cumplirían las exigencias de las citadas sentencias del TJUE, de manera que resulta innecesario acudir a la creación de nuevas figuras de la clásica imagería española. Esto es solo un ejemplo destacado de otras áreas de conflicto, pero dadas las limitaciones de un artículo nos resulta difícil detallar las mismas, aunque nos podemos remitir a otro trabajo⁵² al respecto, con relación a la aplicación de la figura del despido improcedente y la opción indemnizatoria en el ámbito de las administraciones públicas.

Por lo tanto, si jurídicamente parece que la cuestión ofrece poco margen para la discusión en cuanto al cuestionamiento de estas sentencias por la ausencia de fundamento tanto en los criterios interpretativos utilizados, como en especial de justificación legal de las mismas, no podemos evitar preguntarnos si no estamos en presencia de una manifestación del tradicional conflicto de lucha de jurisdicciones y búsqueda de una «vis expansiva» sobre ámbitos competenciales por parte de la jurisdicción social en detrimento de la jurisdicción contencioso administrativa en el ámbito del empleo público en una reiterada interpretación excesiva, injusta y no acorde con el orden constitucional por parte de la Jurisdicción Social de un principio exclusivo del Derecho Laboral (carácter tuitivo del mismo), que no ostenta naturaleza constitucional, está pretende imponer este principio simplemente ordinamental, en el sentido clásico definido por Santi Romano, sobre los principios constitucionales (igualdad, mérito, capacidad, eficacia, objetividad, e interdicción de la arbitrariedad), que resultan rechazados de forma expresa en esas sentencias, lo que supone un grave deterioro para el eficaz y profesional desarrollo de nuestras administraciones públicas, en sentido lato, mandato expreso del artículo 103.1 CE que se proyecta sobre todo el sector público. Ante este panorama jurisprudencial y su análisis, este nos lleva a considerar que estamos en presencia una actuación planificada para obviar los principios constitucionales, en beneficio de principios simplemente ordinamentales sin la obligada y necesaria ponderación de las graves consecuencias de esas decisiones para el

presupuesto público y los derechos y expectativas de los ciudadanos en el acceso al empleo público, pues aunque se quiera negar lo obvio, estamos en presencia de empleados públicos, ya que los mismos perciben sus salarios con cargo directa o indirectamente a los presupuestos generales de las administraciones públicas.

VII. Conclusiones Finales

Primera. Nos encontramos ante unas decisiones judiciales de gran transcendencia jurídica y social, ya que conforme declara el Auto del tribunal Supremo, este asume la declaración del TSJ de Madrid: «al personal laboral que presta servicios por cuenta y orden de sociedades mercantiles públicas —sector público empresarial— independientemente de que su ámbito sea estatal, autonómico o municipal, no le son aplicables los arts. 23.2 y 103.3 de la CE, ni tampoco el EBEP, lo que determina el éxito del recurso y que se califique la relación en la empresa de carácter indefinido».

Segunda. La argumentación jurídica del Auto del Tribunal Supremo y de las sentencias de los TSJ que siguen la misma línea de consideraciones, conforme lo expuesto anteriormente, no aportan justificación alguna de cuáles son las razones por las cuáles quiebran en su argumentación todas las reglas de la hermenéutica, además de presentar claras deficiencias interpretativas en la aplicación del ordenamiento jurídico vigente.

Tercera. Así, nos encontramos que este Auto del Tribunal Supremo y las citadas sentencias de los TSJ, obvian una cuestión esencial y determinante en su argumentación, en concreto, el carácter de legislación básica del TREBEP, lo que supone que cualquier legislación general o específica proveniente cualquier administración territorial, incluido también el Estado Central en la legislación referida a su propio ámbito subjetivo, está sometida a las previsiones de la legislación básica que incorpora un nuevo régimen jurídico básico de aplicación obligada, e incluso podríamos hablar de directo desplazamiento de cualquier legislación preexistente que colisione con sus mandatos, si bien, con las matizaciones que al respecto a incorporado el Tribunal Constitucional a las que nos hemos referido anteriormente⁵³, pero es que además en este caso no hay colisión sino en todo caso ausencia de regulación, que resulta complementada por las nuevas previsiones del TREBEP.

Cuarta. Además, hemos comprobado que tras examinar el proceso de elaboración y tramitación parlamen-

taria del EBEP, así como la doctrina académica pacífica, tanto administrativa como laboral, y el examen de la legislación general, que con relación al concepto «sector público», término recogido expresamente en la Disp. Adicional primera del TREBEP, nos encontramos ante un concepto legal, perfectamente delimitado, en cuyo seno existen varios subsectores, entre la que se encuentra el sector público empresarial, de forma que resultaría de aplicación necesaria las reglas «*Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*» y como complemento «*in claris non fit interpretatio*», además de la incorporación de la regla del criterio teleológico, y todo ello, nos lleva a una única posible conclusión, que no es otra que considerar que las sociedades públicas se encuentran incluidas en el ámbito de aplicación de la Disposición adicional primera del TREBEP, ya que el concepto legal de sector público comprende todos los subsectores. Algo que el Tribunal Supremo rechaza de forma tácita (dado que no aporta explicación alguna a esa discriminación), lo que resulta inexplicable conforme las reglas de interpretación normativa.

A lo anteriormente expuesto, debemos añadir las deficiencias aplicativas de la normativa utilizada por los tribunales, todas ellas anteriores a la entrada en vigor del EBEP, en concreto, nos referimos a la LOFAGE y la LPAP, y ello, por cuanto, como hemos acreditado anteriormente, en primer lugar, esa normativa solo despliega sus efectos en el ámbito de la administración del Estado Central, y en segundo lugar, es preciso llamar la atención sobre el hecho de que la LOFAGE se encuentra derogada de forma expresa por la LRJSP, la cual curiosamente ya incorpora en su nueva regulación las exigencias del TREBEP, lo que no significa que en este punto no se encontraran ya superadas desde el año 2007 por aplicación debida de la legislación básica.

Desde luego, parece que el Tribunal Supremo no tiene en cuenta que el tema no está residenciado en la equiparación o no de ámbitos de cada subsector y sus diferencias de naturaleza o régimen jurídico de gestión, y ello, por cuanto, y está es la clave, la aprobación del EBEP y más en concreto, su disposición adicional primera, tiene precisamente la finalidad de poner coto al proceso de huida del derecho administrativo y de despilfarro económico y social sin control del subsector empresarial, y por ello, decide establecer un régimen general y común al conjunto del sector público, sin distinciones ni especialidades, salvo las ya previstas en la citada disposición adicional, y ello, encuentra su fundamento en el orden axiológico constitucional, que también rechaza el Tribunal Supremo, eso sí, sin aportar tampoco argumento jurídico alguno, y sobre esta cuestión dada su extensión y complejidad nos remitimos para un examen

más completo a López Gómez⁵⁴ y Fondevila Antolín⁵⁵, pero dicho esto es precisamente la existencia de un orden constitucional el que determina el sometimiento de todo el sector público a los principios constitucionales de legalidad, Objetividad, eficacia (103.1 CE) e interdicción de la arbitrariedad (9.2 CE), lo que conlleva asimismo la necesaria aplicación del artículo 103.3 de la CE⁵⁶.

Quinta. Como hemos señalado en un apartado de este trabajo, parece que estamos ante un proceso de intromisión jurisdiccional sobre ámbitos competenciales que le resultan ajenos, de forma, que las decisiones que se adoptan resultan forzadas y carentes de fundamento, generando un grave problema a las administraciones públicas y a una implementación del empleo público respetuosa con el mandato constitucional (principios de objetividad, eficacia, igualdad, mérito y capacidad) para el acceso al empleo público en todo el sector público. Las consecuencias de este proceso pueden resultar una auténtica bomba atómica en el centro neurálgico de todo el sector público, con un incalculable impacto negativo legal y social.

Sexta. Expuestas las conclusiones de carácter jurídico, es preciso también realizar una valoración social de las graves consecuencias de esta línea jurisprudencial, en concreto:

- a) Por medio de este Auto y sentencias se otorga patente de corso a los gestores directivos de las sociedades públicas para que con los fondos públicos provenientes de los presupuestos generales de cada administración, se pueda reclutar de forma arbitraria y sin control alguno a cualquier persona, sin resultar necesario que acrediten mérito o capacidad alguna, además de que con ello, se limite de forma arbitraria las posibilidades de cualquier ciudadano a optar al acceso a uno de estos puestos. Es decir, en «roman paladino», cualquier gestor público, sin objeción alguna podrá contratar con carácter de indefinido a toda su familia, en todos los grados, como asimismo a amigos, conocidos o, la vieja y consolidada institución nacional los «recomendados» por aquellos a los que debe su designación como gestor, recordemos que pasados 12 años seguimos a la espera de un Estatuto del Personal Directivo profesional. Lógicamente, las consideraciones anteriores no suponen que nuestra valoración suponga una generalización peyorativa sobre la actividad de los responsables gestores de sociedades públicas, que seguro resultaría injusta, sino que nos limitamos a detectar y advertir de un problema ya viejo y repetido en nuestro país.
- b) Resulta muy doloroso que en pleno siglo XXI, y tras una crisis económica que ha arrasado a

nuestro país, precisamente, entre otras causas, por el clientelismo, despilfarro y corrupción en nuestras administraciones, ahora nos encontremos que en vez de dar los necesarios pasos para una reforma que suponga una profesionalización y renovación del Sector público en su integridad para garantizar los intereses generales, (a este respecto resultan de gran interés diversos trabajos de Jiménez Asensio⁵⁷ y Ramió⁵⁸), nos encontremos con una vuelta a los modelos clientelares y arbitrarios del siglo XIX y XX, y ello, a pesar de los mandatos constitucionales, y en especial, el principio de la interdicción de la arbitrariedad.

Finalmente, esto no acaba aquí, sino que a la vista de la actual y problemática situación de la subrogación del personal de las sociedades públicas, como consecuencia de la asunción por la Jurisdicción Social de la doctrina del TJUE⁵⁹, en poco tiempo este personal, sin prueba alguna ni control, pasara a la condición de empleado público laboral de las correspondientes administraciones generales, y tras conseguir la primera fase, por exigencias sindicales se procederá a convocar la correspondiente promoción cruzada, mediante pruebas mínimas o simples cursos formativos, «aparentemente y formalmente» selectivos, y accederán a la condición de funcionarios de carrera. Perfecta conclusión a la espiral de corrupción y clientelismo que lleva afectando al país desde años, con las graves consecuencias para la vida de todos los ciudadanos, una curiosa interpretación y aplicación del principio de servicio a los intereses generales.

VIII. Bibliografía

- Albiñana García-Quintana, C. (1979). Los conceptos económicos en la Constitución: el sector público estatal. *Revista de Economía Política*, n.º 81, 11-23.
- Álvarez Moreno, A. M.^a. (2008). Comentario a la Disposición adicional primera. En Palomar Olmeda y Sempere Navarro (Dir.), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, (p. 843-849). Cizur Menor: Thomson – Aranzadi
- Ariño Ortiz, G. (1979). La iniciativa pública en la Constitución: delimitación del sector público y control de su expansión. *Revista Administración Pública* n.º 88, 55-106.
- Borrajó Iniesta, I., (1993). El intento de huir del Derecho Administrativo. *Revista Española Derecho Administrativo*, n.º 78, 233-250.

- Cantero Martínez, J. (2007). Ámbito de aplicación y clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas. En Luis Ortega Álvarez (Dir.). *Estatuto Básico del Empleado Público*. Madrid: La Ley – El Consultor.
- Castan Tobeñas, J. (2007). *Derecho Civil Español Común y Foral – Tomo I*. Madrid: Reus.
- Castillo Blanco, F. (2017). *La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales*. Barcelona: CEMICAL.
- Cueto Pérez, M. (2016). Organización administrativa y crisis económica. En J. L. Piñar Mañas (Dir.), *Crisis económica y crisis del estado de bienestar: el papel del derecho administrativo: Actas del XIX Congreso Ítalo-Español de Profesores de Derecho Administrativo, Universidad San Pablo-CEU, Madrid, 18 a 20 de octubre 2012* (p. 371-380). Madrid: Editorial Reus.
- De Castro y Bravo, F. (1978). Naturaleza de las reglas para la interpretación de la ley. *Anuario de Derecho Civil*, n.º 4 (30), 809-858.
- De Nieves Nieto, N. (2011). El Acceso al empleo público laboral. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* n.º 93, 47-75.
- Díez-Picazo, L. y Gullón, A. (1989). *Sistema de Derecho Civil Vol.I*. Madrid: Tecnos, 7.ª edición.
- Fernández Farreses, G. (2003). El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho Administrativo de la nueva economía. *Revista Justicia Administrativa*, n.º 18, 7-21.
- Fernández Ramos, S. (2011). La reordenación del Sector Público Andalúz. Reflexiones para el debate. *Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 80, 13-81.
- Fondevila Antolín, J. (2000). *Constitución y Empleo Público*. Granada: Comares.
- Fondevila Antolín, J. (2005). Reflexiones en torno al informe para la preparación de un Estatuto Básico del empleado público: especial referencia a la propuesta de reducción del contenido y alcance de lo básico. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*; n.º 298-299, 169-228.
- Fondevila Antolín, J. (2010). La selección de los empleados públicos tres años después de la entrada en vigor de la ley 7/2007 EBEP: reflexiones sobre algunas de las cuestiones más representativas en su aplicación. Recuperado de http://cemical.diba.cat/es/publicaciones/ficheros/J_Fondevila_seleccion_empleados_3_EBEP.pdf
- Fondevila Antolín, J. (2018). *Manual para la Selección de Empleados Públicos*. 2.ª Edición. Madrid: El Consultor-Wolters Kluwer.
- Fondevila Antolín, J. (2018). *Problemas y soluciones al empleo público actual. Una valoración a los 10 años de la aprobación del EBEP*. Granada: CEMCI.
- Gamero Casado, E. (2015). *Desafíos del Derecho Administrativo ante un mundo en disrupción*. Granada: Comares.
- Garrido Falla, F. (1981). El modelo económico en la Constitución y la revisión del concepto de servicio público. *Revista Española Derecho Administrativo*, n.º 29, 225-238.
- Gimeno Feliú, J.M.ª. (1994). Sistema económico y derecho a la libertad de empresa versus reserva al sector público de actividades económicas. *Revista Administración Pública*, n.º 135, 149-212.
- Gómez-Ferrer, R., (1991). La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales. En vol. col. Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor E. García de Enterría, Tomo V. Madrid: Civitas.
- Goñi Sein, J.L. (2009). Ámbito subjetivo de aplicación del Estatuto básico del empleado público. En *XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Badajoz, 29 y 30 de mayo de 2008* (p. 299-385). Madrid: Ministerio de Trabajo e inmigración.
- Jimenez Asensio, R. (2013). Ética pública, política y alta administración. Los códigos éticos como vía para reforzar el buen gobierno, la calidad democrática y la confianza de la ciudadanía en las instituciones. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n.º 5, 46-67.
- Jimenez Asensio, R., (2015). España, ¿un país sin frenos? *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 56.
- Jimenez Asensio, R. (2018). «Repensar» la selección de empleados públicos: momento actual y retos de futuro». *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n.º Extra 2, 8-29.
- Jiménez Asensio, R. y Castillo Blanco, F.A. (2009). Informe sobre el empleo público local – Balance y propuestas para su racionalización en el marco de la reforma del empleo público. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local.
- López Gómez, J.M. (2009). *La Relación laboral especial de empleo público*. Madrid: Thomson-Reuters/Civitas.
- Martín Mateo, R., (1985). *Derecho Público de la Economía*. Madrid: Centro de estudios Universitarios Ramón Areces.
- Martín-Retortillo Baquer, S. (1991). *Derecho administrativo económico Vol. I*. Madrid: La Ley.
- Mauri Majós, J. (2017). Consecuencias de la remunicipalización en materia de personal. *Revista Cuadernos de Derecho Local*, n.º 43, 124-160.
- Molina Navarrete, C. (2007). Aspectos laborales del Estatuto Básico del Empleado Público: de la convergencia a la «unificación» parcial de estatutos. *Trabajo y Seguridad Social. Revista del Centro de Estudios Financieros*, núm. 293-294, 115-206.
- Muñoz Machado, S. (1998). *Servicio Público y Mercado. Vol. I. Los Fundamentos*. Madrid: Civitas.
- Ortega Alvarez, L. (1994). El reto dogmático de la eficacia. *Revista Administración Pública*, n.º 13, 139-148.

Parejo Alfonso, L. (1983). *Estado Social y Administración Pública* (los postulados constitucionales de la reforma administrativa). Madrid: Civitas.

Parejo Alfonso, L. (2004). Servicios públicos y servicios de interés general: la renovada actualidad de los primeros. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n.º 7 – 2.º semestre, pag

Quesada Lumbreras, J. (2011). La delimitación de funciones entre el personal funcionario y laboral: Especial referencia a la reordenación del sector público de Andalucía. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 317, 143-173.

Quintana López, T. y Rodríguez Escanciano, S. (2010). Principio de mérito y capacidad. En J. I. Santamaría Pastor (Dir.). *Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo* (p. 747-797). Madrid: La Ley.- Wolters Kluwer.

Ramio Matas, C. (2015). *Administración pública y crisis institucional: estrategias de reforma e innovación para España y América Latina*. Madrid: Tecnos.

Ramio Matas, C. (2016). *La renovación de la función pública. Estrategias para frenar la corrupción política en España*. Madrid: Los libros de la Catarata.

Ramio Matas, C. (2019). *Inteligencia artificial y Administración pública Robots y humanos compartiendo el servicio público*. Madrid: Los libros de la Catarata.

Riviero Ortega, R. (2007). *Derecho Administrativo Económico*. 4.ª edición. Madrid: Marcial Pons.

Sala Franco, T. (2009). *Las modalidades de la contratación laboral*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Sanchez Morón, M. (2007). Objeto y ámbito de aplicación y Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicios. En Sanchez Morón (Dir.), *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*. Valladolid: Lex Nova.

Saz Cordero, S. Del. (1992). Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional. Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Madrid: Civitas.

Saz Cordero, S. Del. (1994). La huida del Derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas. *Revista Administración Pública*, n.º 133, 57-98.

Triana Reyes, B. (2017). Nuevas precisiones del Tribunal Constitucional en torno al principio de prevalencia. *Actualidad Administrativa*, n.º 3.

Villar Palasí, J.L. (1950). La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo. *Revista Administración Pública*, n.º 3, 53-129.

Vivero Serrano, J.B. (2009). El Acceso al empleo público en régimen laboral tras el EBEP. Vol. I. *En XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid.

Notas

- 1 Fdo. Dcho. 2.º: «Ahora bien, en la sentencia de contraste se trata de una sociedad pública autonómica sujeta a la Ley 16/2010 de 17 de diciembre de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia, que de conformidad con el art. 110, se rige por lo dispuesto en la disposición adicional primera del EBEP, que determina el sometimiento a los principios de igualdad, capacidad y mérito para la selección del personal, lo que no sucede en la recurrida en la que no existe normativa específica que obligue a la contratación con arreglo a los referidos principios constitucionales, más allá de las previsiones del convenio colectivo.»
- 2 Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, (2005), Inap, Madrid, págs. 32 y ss.
- 3 Véase, Ley 17/1984, de 20 de diciembre, reguladora del abastecimiento y saneamiento de agua en la Comunidad de Madrid.
- 4 Decreto 66/1998, de 20 de julio. por el que se autoriza la constitución de una sociedad anónima para la gestión de emergencias en Cantabria y la participación del Gobierno de Cantabria en el capital social de la misma. En estos momentos esta Sociedad se ha extinguido por su transformación en Organismo autónomo, conforme lo establecido en la Ley de Cantabria 6/2018, de 22 de noviembre, por el que se crea el Organismo Autónomo Servicio de Emergencias de Cantabria.
- 5 La primera de las reuniones celebradas entre las organizaciones sindicales y el MAP, se celebró el día 13 de febrero de 2006, continuando la negociación en las sesiones de los días 20 de febrero, 1, 8 y 15 de marzo, finalizando aquí una primera fase de negociación, que no modificó la redacción de esta disposición.
- 6 En concreto, se publicó en BOCG. Congreso de los Diputados Núm. A-94-1 de 08/09/2006.
- 7 Así, por Dictamen de Comisión de fecha 15 de diciembre de 2006, que aprueba el texto que iba a ser objeto de examen y votación en el Pleno del Congreso, (BOCG Congreso de los Diputados n.º A-94-13 de 20 de diciembre de 2006.
- 8 BOCG del Senado Serie II n.º 85 (d) de 21 de febrero de 2007.
- 9 Sanchez Morón, M. (2007). Objeto y ámbito de aplicación. En Dir. Sanchez Morón. (Dir.) *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*. (pp 80-81). Valladolid: Lex Nova, y también en la misma obra, «Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicios» pag. 400.

- 10 Jiménez Asensio, R. y Castillo Blanco, F.A. (2009). Informe sobre el empleo público local – Balance y propuestas para su racionalización en el marco de la reforma del empleo público. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local, pág. 23, señalando expresamente:

«El ámbito de aplicación del EBEP tiene otras particularidades también aplicables al mundo local. Nos referimos a la Disposición adicional primera, en la que se indica que “los principios” contenidos en los artículos 52, 53 y 54 (relativos a los deberes y al Código ético de los empleados públicos), el artículo 55 (que recoge los principios rectores, mejor “algunos principios”, de acceso al empleo público, entre los que no están ni el carácter abierto de las pruebas selectivas ni la libre concurrencia, así como tampoco la proporcionalidad en la baremación de méritos), y el artículo 59 (que establece el porcentaje de reserva del 5 % de las vacantes para personal con discapacidad), serán de aplicación en las entidades del sector público local que no estén incluidas en el artículo 2 del Estatuto.

Esta previsión quiere decir que las sociedades mercantiles de capital exclusivamente o mayoritariamente público (local), las fundaciones locales o determinados tipos de consorcios deberán aplicar también esos principios en sus relaciones con los empleados públicos, a los que no se les aplica sin embargo el resto del EBEP. Esta tímida solución del EBEP contrastaba con la propuesta mucho más audaz que se hizo por parte del Informe de la Comisión, que abogaba de forma precisa por extender el ámbito de aplicación del EBEP a cualquier entidad pública, incluida las fundaciones del sector público y las sociedades mercantiles dependientes de una Administración o Ente Público creadas por ellos para satisfacer necesidades de interés general que no tuvieran carácter industrial o mercantil y que se financiaran con fondos públicos»

- 11 Cantero Martínez, J. (2007). Ámbito de aplicación y clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas. En: Luis Ortega Álvarez (Dir.). *Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley – Madrid: Consultor, pág. 65.
- 12 Álvarez Moreno, A. M.^a, (2008). Comentario a la Disposición adicional primera. En: Palomar Olmeda (Dir.) y Sempere Navarro. *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*. Cizur menor: Thomson – Aranzadi, pág. 846.
- 13 Quintana López, T. (2010). Principio de mérito y capacidad. En: Santamaría Pastor (Dir.). *Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley- Madrid: Wolters Kluwer, pág. 754, señalando este autor de forma expresa:
- «El interés general, llamado a presidir la actuación de conformidad con el principio de eficacia, impide —se repite— a la Administración pública reclutar discrecionalmente a quien más le convenga, al margen de los parámetros de mérito y capacidad, debiendo hacerlo obligatoriamente con el más capaz para el puesto a desempeñar atendidos determinados criterios objetivos. Es más, los principios de mérito y capacidad son aplica-

bles para la selección de personal funcionario o laboral no solo en todas las Administraciones públicas, sino también en otras Entidades y organismos en los términos del art. 2 EBEP (Administración General del Estado, Administraciones de las comunidades autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla, Administraciones de las Entidades Locales, Organismos públicos, Agencias y demás Entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas y Universidades públicas); incluso en las Entidades del sector público estatal, autonómico y local no incluidas en el citado art. 2 EBEP (consorcios, fundaciones y empresas públicas con forma de sociedad) por mandato expreso de su disposición adicional primera».

- 14 Fondevila Antolín, J. (2010). La selección de los empleados públicos tres años después de la entrada en vigor de la ley 7/2007 EBEP: reflexiones sobre algunas de las cuestiones más representativas en su aplicación. CEMICAL – Seminario Relaciones Colectivas, Barcelona, y también del mismo autor, (2018/a), *Manual para la Selección de Empleados Públicos*, 2.^a Edición, El Consultor-Madrid: Wolters Kluwer, , págs. 34 y ss.
- 15 Goñi Sein, J.L. (2009). Ámbito subjetivo de aplicación del Estatuto básico del empleado público. Vol. I, en *XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Madrid: Ministerio de Trabajo e inmigración, pág. 321
- 16 López Gómez, J.M. (2009). *La Relación laboral especial de empleo público*. Madrid: Thomson Reuters – Civitas, págs. 109 y ss.
- 17 De Nieves Nieto, N. (2011). *El Acceso al empleo público laboral*. Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración n.º 93, págs. 47 y ss., y que manifiesta:

«En efecto, en virtud de lo establecido en la disposición adicional primera del EBEP los principios contenidos en los artículos 55 y 59 son de aplicación en las entidades del sector público estatal, autonómico y local que no se encuentran incluidas en el anteriormente citado artículo 2 y que estén definidas así en su normativa específica: por tanto, Sociedades Mercantiles, Fundaciones Públicas, así como otras entidades del sector público definidas así en su específica normativa. En estos casos, pese a que sus trabajadores no son considerados empleados públicos, y por ello no se les aplica el régimen general de acceso al empleo público, sí que se les aplican los mismos principios constitucionales que a estos de igualdad, mérito y capacidad, así como los de publicidad, transparencia, imparcialidad, profesionalidad e independencia de los miembros de los órganos de selección y adecuación y agilidad del proceso selectivo; del mismo modo, se les aplican las normas relativas a la protección de las personas con discapacidad en el acceso al empleo.»

- 18 Molina Navarrete: «Aspecto laboral del Estatuto Básico del Empleado Público: de la convergencia a la «unificación» parcial de estatutos», *Trabajo y Seguridad Social. Revista del Centro de Estudios Financieros*, 2007, núm. 293-294, p. 129.

- 19 Vivero Serrano, J.B., (2009). El Acceso al empleo público en régimen laboral tras el EBEP, Vol. I. En XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid: Ministerio de Trabajo e inmigración, pág. 285 y ss., señalando al respecto:

En cuanto a las sociedades públicas, las razones para llevar a cabo procesos selectivos conforme a los principios constitucionales de mérito y capacidad son de mucho peso. Así, por un lado, desde la perspectiva presupuestaria, de incompatibilidades y de contratación privada de bienes y servicios las sociedades públicas —algunas, al menos— forman parte del sector público y se someten a las correspondientes normas administrativas. Por otro lado, no parece compatible con el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos —art. 9.3 CE—, que la aplicación de los principios de mérito y capacidad dependa de la concreta modalidad elegida para la ejecución de una actividad administrativa, la gestión de un servicio público por ejemplo, de manera que si la modalidad elegida fuera la asunción directa por parte de la Administración territorial o la creación de un organismo autónomo, agencia o entidad pública empresarial, se aplicarán los citados principios objetivos y si en cambio se eligiera una modalidad societaria mercantil no se aplicarían.

Pese a lo dicho, en la práctica, y a salvo de lo dispuesto por la autonomía colectiva o la dispersa y heterogénea normativa singular reguladora de las distintas sociedades públicas, la selección de su personal no se ha venido rigiendo por los principios de mérito y capacidad, sino por el de libertad de contratación. Las sociedades públicas, muchas veces destinadas a actividades típicamente administrativas, nutridas total o parcialmente con fondos públicos, controladas de uno u otro modo por los cargos políticos de turno, se habían convertido de este modo en la vía más sencilla para eludir los principios constitucionales de mérito y capacidad y favorecer el clientelismo político, el sindical, el amiguismo, el nepotismo, etc. Y todo ello de manera aparentemente lícita.

Era constitucionalmente necesario, por tanto, que el legislador estableciera expresamente y con alcance general la aplicación de los principios de mérito y capacidad en el ámbito de las sociedades públicas. Así había sucedido ya con las fundaciones públicas —art. 46.4 de la Ley 50/2002 de fundaciones— y así lo proponía enérgicamente para las sociedades públicas el Informe de la Comisión EBEP. Pues bien, conforme a la Disposición Adicional 1.a EBEP, los principios del artículo 55 EBEP —mérito, capacidad y otros— deben aplicarse a cualesquiera entidades del sector público estatal, autonómico y local, y entre las mismas deben incluirse, sin duda, las sociedades públicas.

Esta novedosa exigencia legal de alcance general, pese a la redacción no muy afortunada, es uno de los aspectos del EBEP llamados a cambiar de manera más profunda la gestión del empleo público. Está por ver, eso sí, el grado de respeto de los principios de mérito y capacidad en el atomizado desarrollo de los

misimos por la autonomía colectiva y, todavía más, en la praxis y en el control por parte de la jurisdicción social.

- 20 Quesada Lumbreras, J., (2011). La delimitación de funciones entre el personal funcionario y laboral: Especial referencia a la reordenación del sector público de Andalucía. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 317, Inap, Madrid, pág. 153.
- 21 Fernández Ramos, S., (2011). La reordenación del Sector Público Andaluz. Reflexiones para el debate. *Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 80, pág. 75.
- 22 Fondevila Antolín, J. (2000). Constitución y Empleo Público. Granada: Comares, págs. 109 y ss.
- 23 Fondevila Antolín, J. (2000). *Op cit.*, págs. 51 y ss.
- 24 Fondevila Antolín, J. (2000). *Op. cit.*, págs. 51 y ss.
- 25 Parejo Alfonso, L. (2004). Servicios públicos y servicios de interés general: la renovada actualidad de los primeros. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n.º 7-2.º semestre, págs. 51 y ss.
- 26 Villar Palasi. (1950). La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo. *Revista Administración Pública*, n.º 3.
- 27 Albiñaga García-Quintana, C. (1979). Los conceptos económicos en la Constitución: el sector público estatal. *Revista de Economía Política*, n.º 81 y Martín-Retortillo Baquer, S. (1991). Derecho administrativo económico Vol. I, La Ley, Madrid, págs. 223 y ss.
- 28 Martín-Retortillo Baquer, S. (1991). *Op cit.*, pág. 223.
- 29 Martín Mateo, R., (1985). *Derecho Público de la Economía*. Madrid: Centro de estudios Universitarios Ramón Areces, págs. 359 y 372.
- 30 Ariño Ortiz, G. (1979). La iniciativa pública en la Constitución: delimitación del sector público y control de su expansión. *Revista Administración Pública* n.º 88.
- 31 Rivero Ortega, R., (2007). *Derecho Administrativo Económico*. 4.ª edición, Madrid: Pons, pág. 187.
- 32 Cueto Pérez, M. (2014). Crisis económica y organización administrativa. En Piñar Mañas, *Crisis económica y crisis del estado del bienestar. el papel del derecho administrativo*. Madrid: Reus, págs. 373-383
- 33 Borrajo Iniesta, I., (1993). El intento de huir del Derecho Administrativo. *Revista Española Derecho Administrativo*, n.º 78.; Ortega Alavarez, L (1994). El reto dogmático de la eficacia. *Revista Administración Pública*, n.º 133; Saz Cordero. S. Del (1992). Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional. *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, pág. 175.
- 34 López Gómez, J.M. (2009). *La Relación laboral especial de empleo público*. Madrid: Thomson-Reuters/Civitas, pág.109 y ss.
- 35 Garrido Falla, F. (1981). El modelo económico en la Constitución y la revisión del concepto de servicio público. *Revista Española Derecho Administrativo*,

n.º 29. Saz Cordero, S. Del. (1992). *Op cit.*, págs. 174 y ss.; y de la misma autora, (1994), La huida del Derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas, *Revista Administración Pública*, n.º 133; Gómez-Ferrer, R., (1991). La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales, en vol. col. *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor E. García de Enterría*, Tomo V, Madrid: Civitas, , págs. 3.808 y 3.815; Muñoz Machado, S. (1998). *Servicio Público y Mercado. Vol. I. Los Fundamentos*. Madrid: Civitas, págs. 113 y ss.; Gimeno Feliú, J. M.ª. (1994). Sistema económico y derecho a la libertad de empresa versus reserva al sector público de actividades económicas. *Revista Administración Pública*, n.º 135, págs. 149 y ss.; Fernández Farreres, G., (2003). El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho Administrativo de la nueva economía. *Revista Justicia Administrativa*, n.º 18, págs. 7-21.

36 Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas:

Artículo segundo.

Son funciones propias del Tribunal de Cuentas:

a) La fiscalización externa, permanente y consuntiva de la actividad económico financiera **del sector público**.

Artículo cuarto.

Uno. Integran el **sector público**:

- a) La Administración del Estado.
- b) Las Comunidades Autónomas.
- c) Las Corporaciones Locales.
- d) Las entidades gestoras de la Seguridad Social.
- e) Los Organismos autónomos.
- f) Las Sociedades estatales y demás Empresas públicas

37 Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria:

Artículo 3. Sector público administrativo, empresarial y fundacional.

A los efectos de esta Ley, **el sector público estatal se divide en los siguientes**:

1. El sector público administrativo, integrado por:
 - a) La Administración General del Estado, los organismos autónomos, las autoridades administrativas independientes, las universidades públicas no transferidas y las entidades gestoras, servicios comunes y las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, así como sus centros mancomunados, así como las entidades del apartado 3 del artículo anterior.
 - b) Cualesquiera organismos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de la Administración General del Estado, los consorcios y los fondos sin personalidad jurídica, que cumplan alguna de las dos características siguientes:

1.ª Que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro.

2.ª Que no se financien mayoritariamente con ingresos comerciales, entendiéndose como tales a los efectos de esta Ley, los ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida de las entregas de bienes o prestaciones de servicios.

2. El sector público empresarial, integrado por:

- a) Las entidades públicas empresariales.
- b) Las sociedades mercantiles estatales.
- c) Cualesquiera organismos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de la Administración General del Estado, los consorcios y los fondos sin personalidad jurídica no incluidos en el sector público administrativo.

3. El sector público fundacional, integrado por las fundaciones del sector público estatal.

38 En concreto señala: Artículo 2. Ámbito de aplicación subjetivo.

A los efectos de la presente Ley, **el sector público se considera integrado por las siguientes unidades**:

1. El sector Administraciones Públicas, de acuerdo con la definición y delimitación del Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales aprobado por el Reglamento (CE) 2223/96 del Consejo, de 25 de junio de 1996 que incluye los siguientes subsectores, igualmente definidos conforme a dicho Sistema:
 - a) Administración central, que comprende el Estado y los organismos de la administración central.
 - b) Comunidades Autónomas.
 - c) Corporaciones Locales.
 - d) Administraciones de Seguridad Social.
2. El resto de las entidades públicas empresariales, **sociedades mercantiles** y demás entes de derecho público **dependientes de las administraciones públicas**, no incluidas en el apartado anterior, **tendrán asimismo consideración de sector público** y quedarán sujetos a lo dispuesto en las normas de esta Ley que específicamente se refieran a las mismas.

39 Gamero Casado, E. (2015). *Desafíos del Derecho Administrativo ante un mundo en disrupción*. Granada: Comares, págs. 65 y ss.

40 Disposición adicional novena. 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 cons-

titución, 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.

- 41 Por todas las cosas su reiteración tomamos como ejemplo la última, en concreto, **la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018**, la cual en su artículo 18, señala:
Uno. A efectos de lo establecido en el presente Capítulo, constituyen el sector público:
 - 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 78 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).*
- 42 A este respecto como guía doctrinal hemos seguido a De Castro y Bravo, F. (1978). Naturaleza de las reglas para la interpretación de la ley, *Anuario de Derecho Civil*, 1978, págs. 812 y ss.; Díez-Picazo, L. y Gullón, A. (1989). *Sistema de Derecho Civil Vol.I.*, Madrid: Tecnos, 7.ª edición, págs. 184 y ss. y finalmente Castan Tobeñas, J. (2007), «Derecho Civil Español Común y Foral – Tomo I», Reus, Madrid, págs. 522 y ss.
- 43 El Código Civil en su artículo 3.1, establece: «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas»
- 44 Díez-Picazo, L. y Gullón, A., (1989). *Op cit.* págs. 184 y ss.
- 45 Si bien, sobre el alcance de la construcción doctrinal del Tribunal Constitucional sobre el «desplazamiento», en los últimos años ha surgido un debate interno en ese órgano, que ha generado serias dudas interpretativas a este respecto, resultando de gran interés el trabajo de Triana Reyes, B. (2017), Nuevas precisiones del Tribunal Constitucional en torno al principio de prevalencia, *Actualidad Administrativa*, n.º 3.
- 46 Fondevila Antolín, J. (2005). Reflexiones en torno al informe para la preparación de un Estatuto Básico del empleado público: especial referencia a la propuesta de reducción del contenido y alcance de lo básico. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*; MAP-INAP; n.º 298-299.
- 47 Téngase en cuenta las previsiones del artículo 132.3 de la LRJSP, que establece:
 3. *El personal de las fundaciones del sector público estatal, incluido el que tenga condición de directivo, se regirá por el Derecho laboral, así como por las normas que le sean de aplicación en función de su adscripción al sector público estatal, incluyendo entre las mismas la normativa presupuestaria, así como lo que se establezca en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado.*
- 48 Nos remitimos con carácter general y resumen de otros trabajos previos a Fondevila Antolín, J. (2018/b), *Problemas y soluciones al empleo público actual. Una valoración a los 10 años de la aprobación del EBEP*. Granada: CEMCI, págs. 195 y ss.
- 49 Así, señala expresamente:
 - «1) Aunque estemos ante una contratación laboral —los puestos de trabajo que se convocan tienen este carácter—, siempre que se trate de contratación ‘externa o de nuevo ingreso’, y no de una promoción interna en donde la administración actúa claramente como empresario dentro del marco de un contrato de trabajo existente y aplicando normas de indiscutible carácter laboral, precisamente respecto a una persona que ya tiene la condición de trabajador (esto no sucede en las convocatorias de nuevo ingreso, aun cuando hubiese preexistido un contrato temporal, pues está extinguido o finalizado, y por ello, no puede vincular la competencia a una u otra jurisdicción); en tales supuestos, está actuando una potestad administrativa en orden a la selección de personal conforme a parámetros de normas administrativas.
 - 2) La actuación de la administración es previa al vínculo laboral y predomina en ella el carácter de poder público, pues está obligada a seguir lo dispuesto en los artículos 18 y 19 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública y preceptos concordantes del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General del Personal al Servicio de la Administración General del Estado y Provisión de puestos de Trabajo, que constituyen el Ordenamiento fundamental en la prestación de servicios para la función

pública, normas que tienen carácter supletorio para todo el personal al servicio del Estado y de las administraciones públicas no incluido en el ámbito de su aplicación (artículo 1.5 de la Ley 30/1984), siendo aplicables, los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, por lo que la regulación por el Derecho Administrativo es prevalente en atención a la cualificada presencia de un interés general al que se conecta el ejercicio de una potestad administrativa, como señala entre otras, la aludida sentencia de esta Sala de 21 de julio de 1998 .

- 3) Como ya pusieron de relieve las sentencias de esta Sala de 12 de diciembre de 1997 (recurso 2372/97) y de 19 de enero de 1999 (recurso 1857/98), en este tipo de casos no se cuestionan jurisdiccionalmente verdaderos derechos adquiridos a los puestos de trabajo en cuestión, sino solamente meras 'expectativas de derechos' a los mismos. Y siendo esto así, frente a lo en ellas sostenido, la incompetencia de la Jurisdicción es clara, puesto que dichas meras 'expectativas' ni siquiera pueden fundar la existencia de un precontrato que de existir, sí quedaría comprendido en el ámbito del Orden Social de la Jurisdicción; todo ello con independencia de que las 'listas' controvertidas hayan sido elaboradas por la Administración Pública, bien en virtud de reglas o bases contenidas en normas reglamentarias, bien como consecuencia de acuerdos con las Organizaciones sindicales.»
- 50 Sala Franco, T., (2009). Las modalidades de la contratación laboral. Valencia: Edit. Tirant lo Blanch.
 - 51 Fondevila Antolin, J. (2018/b). *Op cit.* págs. 195 y ss.
 - 52 Fondevila Antolín, J. (2018/b). *Op cit.* págs. 212 y ss.
 - 53 Sobre la funcionalidad y alcance la legislación básica nos remitimos a nuestro trabajo Fondevila Antolín, J. (2005). *Op cit.*
 - 54 López Gómez, J.M. (2009). *Op cit.* págs. 117 y ss.
 - 55 Fondevila Antolín, J. (2000). *Constitución y Empleo Público*. Granada:Comares, págs. 201 y ss.
 - 56 Parejo Alfonso, L., (1983). *Estado Social y Administración Pública (los postulados constitucionales de la reforma administrativa)*. Madrid: Civitas.
 - 57 Jimenez Asensio, R. (2018). Entre otros trabajos, «Repensar» la selección de empleados públicos: momento actual y retos de futuro. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n.º Extra 2, 2018, págs. 8-29, también, España, ¿un país sin frenos? (2015). *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 56, 2015, págs. 36-55, y finalmente, Ética pública, política y alta administración. Los códigos éticos como vía para reforzar el buen gobierno, la calidad democrática y la confianza de la ciudadanía en las instituciones. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n.º 5, 2013, págs. 45-67
 - 58 Ramio Matas, C., (2016). La renovación de la función pública. Estrategias para frenar la corrupción política en España .Madrid: Los libros de la Catarata, también, (2015), Administración pública y crisis institucional: estrategias de reforma e innovación para España y América Latina. Madrid :Tecnos, y finalmente su último trabajo, (2019), Inteligencia artificial y Administración pública Robots y humanos compartiendo el servicio público. Madrid: Los libros de la Catarata.
 - 59 De inicio la STJUE de 20 de enero de 2011 (Asunto V-463/2009) y en especial, la reciente STJUE 13 de junio 2019 (C-317/18), Asunto Correia Moreira, en el marco de la aplicación de la Directiva 2001/23 a un supuesto de reversión («internalización») de un servicio a un Ayuntamiento. Asimismo, resulta interesante la lectura de Mauri Majós, J. (2017).Consecuencias de la remunicipalización en materia de personal. *Revista Cuadernos de Derecho Local*, n.º 43, y también Castillo Blanco, F. (2017).*La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales*. Barcelona: CEMICAL

EL PROCEDIMIENTO DE NEGOCIACIÓN Y APROBACIÓN DE LOS ACUERDOS COLECTIVOS EN LA FUNCIÓN PÚBLICA* COLLECTIVE AGREEMENTS' NEGOTIATING AND APPROVAL PROCEDURE IN THE CIVIL SERVICE

Joan Mauri Majós

Doctor en Derecho

Profesor Titular (EU) de Derecho Administrativo

Departamento de Derecho Administrativo, Derecho

Procesal y Derecho Financiero y Tributario

Universidad de Barcelona

jmaurim@ub.edu

Recibido: 09/09/2019

Aceptado: 07/11/2019

© 2019 IVAP. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia Creative Commons Reconocimiento – NoComercial – SinObraDerivada (by-nc-nd)



Laburpena: Funtzionarioen lan-baldintzak zehazten dituen hitzarmen kolektiboaren teoria propioa eraikitzeke lehen hurbilketa izan nahi du aurkeztu dugun lan honek. Negoziatzeko prozedura aztertzen du, asmo onez negoziatzeko eginbeharra bete beharrekoa dela oinarri hartuta; negoziazio-mahaian erabakiak hartzeko araubideak zehazten ditu; eta negoziazio-mahaiaren hitzarmenaren azken baldintza finkatzen saiatzen da, hitzarmen hori ez lortzeak eragin ditzakeen ondorioak aztertuta. Halaber, dagokion gobernu-organismoak negoziazio-mahaian eskuratutako hitzarmenen berariazko onarpen formalari eman behar zaion irismena ere aztertzen du, hitzarmen bat ez onartzeak izan ditzakeen ondorioak azpimarratuta eta gobernu-organismoak onartutakoaren izaera juridikoan sakonduta. Azkenik, funtzionarioen Estatutuko iturri-sisteman duen posizio berezia aipatzen du.

Gako-hitzak: funtzionario publikoak; negoziazio kolektiboa; negoziazio-mahaia; hitzarmen kolektiboa; lan-baldintzak alde bakarrak zehaztea.

Resumen: Nuestro trabajo pretende ser una primera contribución a la construcción de una teoría del acuerdo colectivo en la función pública y se centra básicamente en su procedimiento de elaboración y aprobación. En él se aporta un enfoque actualizado de lo que puede ser el procedimiento de negociación, el régimen de adopción de acuerdos y la naturaleza del acuerdo adoptado en una mesa de negociación analizando a la vez las consecuencias derivadas de la no obtención de dicho acuerdo en la correspondiente unidad de negociación. También se pretende examinar el alcance que ha de darse a la aprobación expresa y formal de los acuerdos obtenidos en una mesa de negociación producida por los correspondientes órganos de gobierno, profundizando en los posibles efectos de su falta de aprobación y en los resultados jurídicos de los que hayan sido aprobados, concluyendo con un apunte final sobre la particular posición de dichos acuerdos en el sistema de fuentes del Estatuto de los funcionarios.

Palabras claves: funcionarios públicos; negociación colectiva; mesa de negociación; acuerdos colectivos; determinación unilateral de las condiciones de trabajo.

Abstract: Our work aims to be a first contribution to the construction of a theory of collective agreement in the civil service and focuses basically on its procedure of elaboration and approval. It provides an updated approach to what may be the negotiation procedure, the regime for the adoption of agreements and the nature of the agreement adopted at a negotiating table, while analyzing the consequences of not obtaining said agreement in the corresponding bargaining unit. It is also intended to examine the scope to be given for the express and formal approval of the agreements obtained at a negotiating table produced by the corresponding governing bodies, elaborating on the possible effects of their lack of approval and the legal results of those that have been approved, concluding with a final note on the particular position of said agreements in the system of sources of the Civil Servants Statute.

Keywords: civil servants, collective negotiation; negotiating table, collective agreements, unilateral determination of working conditions.

* La versión que ahora se presenta de este trabajo resulta ser una redacción, corregida y ampliada, de la ponencia leída el día 15 de marzo de 2019 en el Seminario de Derecho Local de la Federación de Municipios de Cataluña, con el título: «Los acuerdos colectivos en la función pública»

Sumario

1. Introducción.—2. El procedimiento de negociación y el deber de negociar de buena fe.—3. El acuerdo y la falta de acuerdo en la mesa de negociación. 3.1. El acuerdo obtenido en la mesa de negociación y sus efectos. 3.2. La falta de acuerdo de la mesa de negociación. 3.2.1. El bloqueo de la negociación y la imposibilidad de negociar. 3.2.2. El bloqueo de la negociación y el recurso a los medios de solución de conflictos. 3.2.3. La falta de acuerdo y la vigencia del acuerdo anterior.—4. La aprobación del acuerdo por el órgano de gobierno. 4.1. El acto de aprobación o ratificación del acuerdo. 4.2. El establecimiento unilateral de las condiciones de trabajo.—5. La naturaleza jurídica del acuerdo.—6. Conclusiones.—7. Referencias bibliográficas.

1. Introducción

El artículo 28.1 de la CE reconoce la libertad sindical de los funcionarios públicos que les sirve para amparar el derecho a participar colectivamente en la determinación de sus condiciones de trabajo a través de un procedimiento de negociación que ha de armonizarse con el elemento estatutario que caracteriza su régimen jurídico enunciado en el artículo 103.3 del texto constitucional (Cantero, 2001: 290).

Esta compatibilidad debe asegurarse por el legislador del Estatuto de los funcionarios que ostenta capacidad suficiente para determinar los órganos, el objeto, el procedimiento y los efectos de la negociación.

El procedimiento de determinación de las materias que han de ser objeto de negociación está sujeto a los principios de obligatoriedad y buena fe que se enuncia el artículo 33.1 del Real Decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el cual se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto básico del empleado público (en adelante, TREBEP).

La negociación colectiva de las condiciones de trabajo de los funcionarios se ha de efectuar mediante el ejercicio de la capacidad representativa que reconocen a las organizaciones sindicales los preceptos de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad sindical (en adelante, LOLS).

Tal como se dice en el artículo 33.1 del TREBEP, a estos efectos se han de constituir mesas de negociación en las que estarán legitimados para estar presentes, por una parte, los representantes de la Administración pública correspondiente, y por otra, las organizaciones sindicales más representativas en el nivel estatal

y de comunidad autónoma, así como los sindicatos representativos en el ámbito específico de su constitución.

De acuerdo con el artículo 38.1 del TREBEP, en el seno de estas mesas de negociación, los representantes de las Administraciones públicas pueden concertar pactos y acuerdos con la representación de las organizaciones sindicales legitimadas para la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios del ámbito respectivo.

A tenor del artículo 38.3 del TREBEP, los acuerdos han de versar sobre materias de competencia de los órganos de gobierno de las Administraciones públicas. Para su validez y eficacia es necesaria su aprobación expresa y formal por estos órganos. Cuando tales acuerdos hayan sido ratificados y afecten a temas que puedan ser decididos de manera definitiva por los órganos de gobierno, su contenido será directamente aplicable al personal incluido en su ámbito de aplicación, sin perjuicio que a efectos formales se requiera la modificación o derogación, en su caso, de la normativa reglamentaria correspondiente. Cuando exista falta de ratificación de un acuerdo, se deberá iniciar la renegociación de las materias tratadas en el plazo de un mes, si así lo solicita al menos la mayoría de una de las partes.

El mismo artículo 38.7 del TREBEP, prevé que, en el supuesto de que no se produzca acuerdo en la negociación o en la renegociación y una vez agotados, en su caso, los procedimientos de solución extrajudiciales de conflictos, corresponderá a los órganos de gobierno de las Administraciones públicas establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios con las excepciones que prevén los apartados 11, 12 y 13 del artículo 38 del TREBEP. Precisamente, estos preceptos regulan la prórroga, la vigencia y los efectos en la sucesión de los pactos y acuerdos colectivos.

Por otra parte, debe observarse que en el actual Estatuto de los funcionarios no hay una norma precisa que regule la posición y la naturaleza jurídica de los pactos y acuerdos colectivos en el sistema de fuentes de la relación estatutaria propia de la función pública, que pueda resultar equiparable al artículo 3 del Real Decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores (en adelante, TRET).

Dicho precepto señala expresamente que el convenio colectivo es una fuente que regula los derechos y las obligaciones concernientes a la relación laboral. Se trata de una norma subordinada a la Ley y a las disposiciones reglamentarias que la despliegan directamente en aplicación estricta del principio de jerarquía normativa. Sin embargo, en las relaciones entre el reglamento y el convenio colectivo no rige estrictamente el criterio de jerarquía sino el de distribución competencial, en virtud del cual la norma administrativa ha de respetar la función del convenio colectivo consistente en establecer condiciones de trabajo diferentes de aquellas que señalan las leyes que ha de suplementar, complementar o sustituir. Así, se impide al reglamento establecer otras condiciones de trabajo distintas a las previstas legalmente. Por tanto, resulta imposible la regulación de las condiciones de trabajo con carácter independiente y autónomo por parte de una norma reglamentaria. En consecuencia, del artículo 3 del TRET se deduce un reparto de funciones entre los dos tipos de normas jurídicas de orden secundario que cuestiona la posible existencia de una relación de jerarquía en la que se impondría siempre la norma reglamentaria, aunque sea ejecutiva (Estrada Alonso; Fernández López, 2007: 143).

La función del acuerdo colectivo en el sistema de fuentes de la relación de función pública es una verdadera incógnita. Su posición no ha sido expresamente señalada ni establecida, lo que constituye un déficit importante en el proceso de institucionalización del derecho a la negociación en el empleo público. Solo sabemos que los acuerdos colectivos versan sobre materias de competencia de los órganos de gobierno de las Administraciones públicas, y que su aprobación puede significar la modificación o la derogación de una norma reglamentaria preexistente, tal como se dice en el artículo 38.3 del TREBEP. Por otro lado, el artículo 37.1 del TREBEP, señala que serán objeto de negociación un conjunto de funciones que se proyectan sobre ámbitos materiales diversos como pueden ser «la aplicación», «la determinación y aplicación», «las normas», «los criterios y los mecanismos», «los planes», «los criterios generales» o «las propuestas». En definitiva, todo ello resulta ser bien poca cosa para determinar la naturaleza y la posición de los

acuerdos colectivos en el Estatuto de los funcionarios públicos.

A la luz de lo que se lleva dicho hasta el momento queremos apuntar una serie de cuestiones que podrían ser propias de una teoría del acuerdo colectivo que más adelante se pudiera elaborar, limitándonos, hoy por hoy, a la resolución de las cuestiones siguientes:

- a) La importancia de un procedimiento de negociación construido desde el deber de negociar de buena fe, entendido como una verdadera obligación de conducta que concierne a la apertura y al mantenimiento del proceso de negociación.
- b) El régimen de adopción de acuerdos en la mesa de negociación, la naturaleza de estos acuerdos y las consecuencias de que no se produzca un acuerdo en la correspondiente unidad de negociación.
- c) El alcance que haya que dar al trámite de aprobación expresa y formal por parte del órgano de gobierno de los acuerdos obtenidos en una mesa de negociación y sus posibles efectos jurídicos, así como los resultados que pueden seguirse de su falta de ratificación con la consiguiente recuperación de la competencia para establecer unilateralmente las condiciones de trabajo de los funcionarios.
- d) La naturaleza jurídica de los acuerdos colectivos aprobados por el órgano de gobierno y su especial posición en el sistema de fuentes del Estatuto de los funcionarios.

2. El procedimiento de negociación y el deber de negociar de buena fe

El deber de negociar en la función pública es una obligación de procedimiento pero no es una exigencia de resultado y, sobre todo, no genera un derecho a obtener la satisfacción de las pretensiones o reivindicaciones totales de una de las partes, por hipótesis, la sindical o funcional¹.

Por lo tanto, la obligación de negociar de buena fe el tratamiento de determinadas materias se constituye en un requisito sustancial para su regulación. Es decir, la elaboración de una norma sobre una materia propia del Estatuto de los funcionarios exige que se haya realizado previamente un serio esfuerzo para convenir con independencia de que se alcance o no

un resultado. En consecuencia, procede la nulidad de la disposición en la elaboración de la cual se ha omitido el requisito formal de la negociación, de carácter esencial para la correcta formación de la voluntad del órgano autor de la norma en cuestión. La producción unilateral de una norma sobre una materia que haya de ser objeto de negociación queda sujeta, pues, a un doble condicionamiento: que no se haya producido acuerdo en la negociación o que no se haya obtenido la aprobación expresa y formal por el órgano de gobierno del acuerdo alcanzado en la mesa de negociación, lo que presupone por definición la existencia previa de una negociación, real e intentada, de buena fe².

Aún más, en el Estatuto de los funcionarios se puede ver una reserva desde la Ley para la negociación respecto de las materias que se han de tratar, y en la misma medida una limitación a la posibilidad de que la ordenación de dichas materias se pueda realizar por vía reglamentaria. Esta posibilidad queda limitada a los supuestos en los que no se alcance un acuerdo en la mesa de negociación o no se produzca la aprobación expresa y formal del órgano de gobierno. Sin embargo, alcanzado un acuerdo en la mesa de negociación y la ratificación del correspondiente órgano de gobierno, falta el presupuesto para que este mismo órgano, al margen del acuerdo colectivo, o contradiciéndolo, pueda ejercer su potestad reglamentaria, presupuesto de la cual resulta ser siempre la falta de acuerdo o de ratificación³.

No se discute que la competencia para decidir sobre el contenido de las normas reguladoras del régimen jurídico de los funcionarios, quede siempre atribuida a los poderes públicos, pero eso no obsta para que en la elaboración de las normas pertinentes estos hayan de someterse a un procedimiento legalmente establecido de negociación colectiva⁴.

El cumplimiento de la obligación de negociar se satisface con el inicio de las negociaciones que se han de abrir en la fecha que fijen de común acuerdo la Administración y la mayoría de la representación sindical de la correspondiente mesa de negociación. Tal como dice el artículo 34.6 del TREBEP, si no hay acuerdo, el proceso se ha de iniciar en el plazo máximo de un mes desde que la mayoría de una de las partes legitimadas lo promueva, salvo que existan causas legales o pactadas que lo impidan.

La negociación colectiva en los supuestos exigidos por la legislación pide un mínimo de formalización y ha de dar lugar a un trámite o fase en el procedimiento en el que se reúna a los legitimados para negociar, a través de la convocatoria de la pertinente mesa realizada de mutuo acuerdo o a instancia de una de las partes. No siendo óbice para la dispensa de la nego-

ciación que la pertinente mesa de negociación no se haya constituido en la fecha de adopción de la correspondiente decisión, constitución que puede darse en cualquier momento siempre que exista acuerdo entre la Administración y la mayoría de la representación sindical⁵.

En todo caso, el proceso de negociación sólo se satisface a través de la constitución de la correspondiente mesa de negociación en el ámbito correspondiente, sin que se pueda articular a través de una consulta o con un simple intercambio de información, ni con la presentación de ideas o sugerencias, o con la participación en grupos de trabajo informales o la emisión de la opinión de las organizaciones sindicales más representativas⁶.

Como mínimo se exigen dos requisitos formales para abordar esta etapa inicial del proceso de negociación. El primero, el mutuo acuerdo de los representantes de la Administración y de la mayoría de la representación sindical o, en su defecto, la obligada convocatoria de la mesa de negociación en el plazo máximo de un mes desde que la mayoría de una de las partes legitimadas promueva la solicitud de establecer negociaciones, petición que en la práctica se considera una exigencia de cumplimiento obligado e ineludible⁷. El segundo, si la iniciativa de la negociación procede del banco sindical, la presentación de una solicitud escrita con un contenido mínimo en el que conste la representación ostentada, acreditando que dicha petición es apoyada por las organizaciones sindicales que representen, como mínimo, la mayoría absoluta de los miembros de los órganos unitarios en el ámbito correspondiente, acreditación que deberá acompañarse del pertinente señalamiento de las materias que habrán de ser objeto de negociación, es decir, lo que en términos vulgares llamamos «plataforma» reivindicativa, aunque se plantee de una forma sucinta con un carácter eminentemente abierto y enumerativo.

Acreditada la legitimación para negociar y constituir el banco sindical de la correspondiente mesa y determinadas las materias que han de ser objeto del correspondiente ciclo negocial, el Estatuto alude a dos causas que podrían impedir el inicio del proceso de negociación y exonerar a la parte receptora —normalmente, la Administración— del cumplimiento de la obligación de negociar.

Las causas son las siguientes:

- a) Las legales, que consistirán en la falta de legitimación de la parte sindical que trata de iniciar el proceso de negociación o en la falta de competencia de la parte pública que actúa como receptora de la comunicación⁸. Constituyendo también un motivo objetivo de rechazo de la iniciativa negocial, la propuesta de tratar

sobre materias que han de considerarse excluidas de la obligación de negociar, máxime cuando éstas aparezcan ya reguladas por la Ley o por una norma colectiva en vigor⁹. De la misma manera, resulta evidente que no se puede negociar en un ámbito o en un órgano diferente a la mesa que actúa como unidad de negociación predeterminada por la Ley¹⁰. En todo caso, la negativa a negociar exige que se detallen las razones esgrimidas para no abordar las cuestiones planteadas sobre todo si alguna de ellas se encuentra incluida en el catálogo de las materias que han de ser objeto de negociación que contiene el artículo 37 del TREBEP¹¹.

- b) Las pactadas, entendidas como causas convencionalmente establecidas que hacen referencia a la existencia de un acuerdo colectivo para un determinado ámbito que resulta más amplio y comprensivo del ámbito específico o sectorial en el que se quiere tratar, o a la vigencia de un acuerdo colectivo mientras aún esté en vigor el plazo inicial pactado o prorrogado y no haya sido denunciado.

El deber de negociar obliga a realizar un esfuerzo serio y sostenido para convenir. La obligación de negociar aparece presidida por una exigencia de buena fe que califica cualitativamente el proceso negociador de una manera tal que su ausencia lleva a la consideración del mismo como un verdadero simulacro, lo que en la práctica supondría un incumplimiento de la responsabilidad de tratar equivalente jurídicamente a la inexistencia del trámite de negociación y, por tanto, con capacidad suficiente para la producción de la nulidad del acto o de la disposición que se haya podido adoptar.

Desde esta lógica, la obligación de negociar de buena fe se concreta a través de un conjunto de conductas que se proyectan sobre:

- a) La fase previa a la negociación, en la que el proceso convencional aún no se ha iniciado pero que cubriría todas aquellas actuaciones preparatorias y necesarias para la constitución definitiva de la mesa de negociación y el reconocimiento de las partes y de las personas que han de dotarla de miembros representativos y efectivos.
- b) La fase de desarrollo de la negociación, canalizando la dinámica estratégica de cada una de las partes e imprimiendo agilidad y dinamismo al trato convencional consistente en el intercambio de información y de propuestas y contrapropuestas.
- c) La fase posterior a la negociación, garantizando la presentación del acuerdo y su ratifi-

cación por el órgano de gobierno, asumiendo la realización de todos los trámites que se consideren necesarios para que gane validez y eficacia jurídica y acabe produciendo los correspondientes efectos sobre las condiciones de trabajo del personal funcionario del ámbito correspondiente (Cabeza Pereiro, 1995: 227-240; Sánchez Torres, 1999: 38).

Ya se ha dicho que el artículo 33.1 del TREBEP contiene la obligatoriedad y la buena fe como principios de la negociación colectiva de las condiciones de trabajo de los funcionarios. En la misma dirección, el artículo 34.7 del TREBEP señala explícitamente que las partes están obligadas a negociar bajo el principio de buena fe y a proporcionarse mutuamente la información que necesiten relativa a la negociación. Es evidente que la garantía de la plena capacidad negociadora de las partes y su posición en una situación de paridad en el proceso, implica que las partes han de tener acceso a toda la información que pueda considerarse útil. De hecho, la norma del artículo 34.7 del TREBEP presupone que en el seno de un proceso de negociación el derecho de información tiene una autonomía propia, fundamentada no en el principio de buena fe sino en las funciones representativas y participativas atribuidas a los representantes de las organizaciones sindicales en el ejercicio de su derecho a la negociación colectiva (Sánchez Torres, 1999: 126).

Sin embargo, si el deber de información se perfecciona con la remisión de la que ha sido solicitada de una forma completa en relación con las materias a tratar de forma obligada, el deber de buena fe referido a los elementos informativos de la negociación colectiva va más allá y pide un suministro de los mismos sin dilaciones indebidas, a través de los canales más rápidos, cómodos y asequibles, de forma verídica, clara y suficiente, con la precisión debida que acredite su utilidad y evitando informaciones oscuras, ininteligibles o desviadas.

De hecho, la negociación supone un real y efectivo contraste de las posiciones de cada una de las partes que sostienen planteamientos dispares sobre las materias que constituyen su objeto. Precisamente, son las exigencias inherentes a toda negociación las que demandan que los respectivos interlocutores hayan recibido adecuadamente toda la información necesaria y relevante para poder formar su posición y defender con fundamento los intereses sociales y económicos que representan¹².

La obligación de negociar de buena fe en un proceso convencional puede verse desde dos lógicas distintas:

- a) Desde una perspectiva positiva, se supone que las partes han de poder exponer su dis-

curso argumental y contribuir a la búsqueda de opciones consensuadas, aportando propuestas y contrapropuestas y, si es el caso, llegando a acuerdos o desacuerdos totales o parciales, a través siempre de contactos, conversaciones o reuniones con periodicidad razonable más allá de lo que puedan ser los meros encuentros y conversaciones formales, puntuales y aislados¹³. Además, están obligadas a observar una conducta que haga posible la conclusión del acuerdo, realizando todos los esfuerzos posibles para convenir y motivando su negativa a aceptar las propuestas de la contraparte o su desacuerdo sobre las mismas.

- b) Desde una perspectiva negativa, la buena fe supone evitar obstrucciones, es decir, no simular que se quiere acordar cuando no se está dispuesto a convenir, no dilatar las negociaciones con respuestas o actitudes evasivas, no plantear propuestas que no se pueden asumir, no rechazarlas de una forma recalcitrante sin realizar una contrapropuesta o sin justificar la negativa a aceptarla, no procurar una mínima aproximación a las posiciones de la otra parte planteando una oferta como última sin haber intentado previamente acercar posturas con la representación contraria, no insistir en la posición inicial sin modificarla o retractarse de una propuesta ya realizada y aceptada. Comporta, también, evitar posiciones de intimidación, violencia, coacción o distorsión, o posturas que se puedan considerar absurdas, negativas o tendentes a desestabilizar a la otra parte, provocar errores o justificar el abandono anticipado de la negociación (Cabeza Pereiro, 1995: 331-348; Roqueta Buj, 2016: 7-8; Poquet Català, 2016: 6-8).

En todo caso, el análisis de la jurisprudencia existente en esta materia conduce a pensar que en los últimos tiempos estamos asistiendo a un movimiento pendular en el que el número de asuntos que pueden ser objeto de negociación se incrementa a la vez que parece debilitarse el deber de negociar de buena fe, obligación que se reconduce a sus aspectos más formales y pasa a circunscribirse a un tiempo limitado constituido por muy escasas reuniones que tienen una duración reducida.

En esta dirección pueden destacarse el conjunto de pronunciamientos que consideran satisfecho el derecho de negociación cuando las organizaciones sindicales han sido convocadas formalmente a la mesa de negociación, se les ha facilitado la propuesta objeto de discusión, han podido asistir a la reunión y plantear las cuestiones que han considerado oportunas y han

dispuesto de un plazo temporal, aunque sea ínfimo, para estudiar los aspectos que pueden ser objeto de trato convencional¹⁴.

Tal como se dice en algún pronunciamiento: «Lo esencial es que la cuestión fue sometida a la mesa de negociación correspondiente, que el sindicato contó con la información necesaria para hacer valer sus posiciones, y que la materia fue objeto de debate con independencia del resultado»¹⁵.

Más lacerantes son otros supuestos que constituyen verdaderos simulacros de negociación cuyas características fundamentales parecen ser las siguientes: la negativa a facilitar toda la información solicitada bajo la excusa de la falta de precisión de la demanda realizada, la ausencia de intensidad y profundidad en el debate sin posibilidades de abordar de una forma efectiva las cuestiones objeto de la negociación, la inexistencia de un intercambio real de ofertas y contraofertas que puedan valorarse como un indicio de buena fe, la pretensión de adhesión a una propuesta inicial que se considera única y que se mantiene inalterada a lo largo de la discusión, la falta material de tiempo para la preparación de la reunión o para el desarrollo de la discusión a realizar o la materialización del proceso negocial en un acto único con verdadera prisa y celeridad que condiciona la dinámica del trato convencional y altera el carácter contradictorio del proceso de negociación.

Todo ello, debería producir un conjunto de circunstancias acreditativas de la ausencia de una verdadera negociación capaz de producir efectos jurídicos, cosa que debería acabar provocando la nulidad de la medida o de la disposición que se considere aprobada a través de un procedimiento en el que no deja de ser evidente una falta de negociación, lo que no siempre ocurre¹⁶.

En el otro extremo, debería rechazarse que el incumplimiento del deber de negociar pueda imputarse a la Administración cuando puede detectarse en la otra parte la falta de una voluntad de convenir real y efectiva. Una situación que se hace patente cuando los representantes sindicales no acuden a la reunión después de haber sido convocados y recibir la documentación o, alternativamente, cuando abandonan la mesa con la voluntad de no volver a reintegrarse al proceso de negociación por una disconformidad expresa sobre la marcha de unas conversaciones en las que la parte pública ha actuado de buena fe intentando acercarse a las propuestas de los sindicatos, debiendo advertirse también que los representantes de los funcionarios no pueden condicionar la voluntad de la Administración y elegir negociar en el momento que consideren oportuno, o apartarse del régimen de sesiones y del calendario previamente establecido y

conocido por los integrantes de la unidad de negociación, lo que sin duda presupone un déficit de implicación en el proceso convencional¹⁷.

Una conclusión parece imponerse: en el Estatuto de los funcionarios, el derecho a la negociación colectiva es un deber de negociar de buena fe, aunque no es una obligación de llegar a un acuerdo. Del alcance que se quiera dar a este deber de negociar y del rigor con el que se exija su cumplimiento va a depender, obviamente, la efectividad última del derecho de los sindicatos a negociar las condiciones de trabajo de los funcionarios.

3. El acuerdo y la falta de acuerdo en la mesa de negociación

3.1. El acuerdo obtenido en la mesa de negociación y sus efectos

Para la negociación de las condiciones de trabajo de los funcionarios se han de constituir mesas de negociación en las que han de estar presentes, por una parte, los representantes de la Administración pública correspondiente, y por otra, las organizaciones sindicales más representativas a nivel estatal y de comunidad autónoma, así como los sindicatos que hayan obtenido el 10 por 100 o más de los representantes en las elecciones para delegados y juntas de personal, en las unidades electorales comprendidas en el ámbito específico de su constitución, siempre que estas organizaciones sindicales representen, como mínimo, la mayoría absoluta de los miembros de los órganos unitarios de representación en el ámbito de que se trate.

La representación de la Administración pública correspondiente no ha de estar integrada por sus representantes legales sino por los «componentes» de la mesa que se designen, y en principio, parece que los representantes de naturaleza estrictamente técnica estarían sujetos a unas previas instrucciones «políticas», eso sí, sin perjuicio de la ratificación de los acuerdos alcanzados por los órganos de gobierno con la debida competencia para ello, tal como nos dice el artículo 33.2 del TREBEP.

En el otro lado, el banco sindical se constituiría sin poder superar el número de quince miembros, que serían designados entre los sujetos con capacidad negociadora en proporción a su representatividad re-

ferida a los miembros de los órganos unitarios de representación del ámbito específico, como se previene en el artículo 35.1 TREBEP. Eso supone que el número de miembros de la mesa que a cada uno de los sujetos sindicales les corresponden designar para representarles en el órgano de negociación ha de ser proporcional a la representatividad que tienen ganada y reconocida en el ámbito correspondiente, asegurando siempre el derecho de todos los legitimados a formar parte de la instancia negociadora y completándolo con un reparto proporcional de su participación en esta comisión.

De esta manera se constituye un «colegio de representantes» que actúan por delegación de los sujetos legitimados para negociar. Estos representantes intervienen en las negociaciones con voluntad propia, aunque los de la parte pública pueden quedar o no sujetos a instrucciones.

Sin embargo, el incumplimiento de unas instrucciones, que parecen tener un alcance muy amplio al ser definidas como «políticas» y que a menudo sencillamente no existen, se resuelve en el plano interno de la relación entre el representante y el representado sin que tenga efectos sobre el objeto de la negociación y su posible validez y eficacia (Solans Lastre, 2003: 274-275).

El TREBEP no prevé un régimen concreto y determinado de adopción de acuerdos en el seno de la mesa de negociación fundamentado en el principio de mayoría¹⁸. De hecho, no hay en su redacción un precepto parecido al del artículo 89.3 del TRET, en el que se dice que: «Los acuerdos de la comisión [negociadora] requieren, en cualquier caso, el voto favorable de la mayoría de cada una de las dos representaciones». Un precepto este que origina importantes elementos de duda que han sido objeto de interpretación. En primer lugar, se ha planteado la cuestión de si por mayoría se ha de entender aquella que resulte del voto favorable de los vocales de la comisión negociadora presentes en la votación, sin contar por tanto las ausencias ni las abstenciones, es decir, la mayoría relativa o simple, que supone contar con más votos a favor que en contra, o si en cambio se precisa la absoluta, es decir, el voto favorable de más de la mitad de la totalidad de los miembros que integran cada una de las representaciones. De la misma manera, se duda sobre si la votación ha de descansar sobre los miembros de la comisión, a razón de una persona o un voto —votos personales—, o se ha de atender al porcentaje de la representación que ostenta cada miembro —votos representativos. De hecho, hoy por hoy parece que la mayoría de la doctrina se inclina por un sistema de mayoría absoluta según los porcentajes representativos (Solans Lastre, 2003:285-291).

De lo que se ha dicho hasta el momento queremos considerar expresamente dos elementos:

- a) Los representantes de la Administración pueden o no estar sujetos a instrucciones. De hecho, el artículo 33.2 del TREBEP solo las contempla cuando las Administraciones públicas encarguen el ejercicio de las actividades de negociación colectiva a órganos creados por ellas, de naturaleza estrictamente técnica, lo que no excluye otras posibilidades representativas. Conviene destacar también que las instrucciones que se prevén son «políticas», lo que parece privarlas de la precisión y el rigor necesario para producir efectos jurídicos. Por tanto, los representantes de la Administración negocian en la mayoría de los casos en base a su propia iniciativa y con plena autonomía. En consecuencia, el seguimiento o no de las mencionadas instrucciones no debería tener una relación estrecha con el proceso de ratificación de los acuerdos obtenidos. Es decir, no debería establecerse un efecto directo entre el seguimiento de estas instrucciones y la obligación de aprobación del correspondiente acuerdo por el órgano de gobierno, tal como se ha defendido por algún sector de la doctrina laboral (Alfonso Mellado, 2007: 65). En este sentido, el precepto del TREBEP es claro al recordarnos que la dación de las correspondientes instrucciones se hace: «sin perjuicio de la ratificación de los acuerdos alcanzados por los órganos de gobierno o administrativos con competencia para ello».
- b) El régimen de adopción de acuerdos en la mesa de negociación resulta ser un aspecto esencial de la naturaleza jurídica del instrumento colectivo. Si se admite que la negociación puede culminar en un acuerdo con un sindicato o grupos de sindicatos minoritarios presentes en la mesa que quieran aceptar el resultado de la negociación, en la práctica el procedimiento convencional se degrada a un simple trámite participativo que se lleva a cabo para la formación de la voluntad unilateral de la Administración. Sin embargo, eso no quiere decir que las reglas y las interpretaciones hechas sobre la formación de la voluntad del banco sindical relativas a la negociación colectiva laboral se trasladen sin más a la negociación colectiva de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos. Si se quiere preservar el elemento democrático que sin duda aporta la negociación colectiva a las normas que regulan la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios es indudable que el acuerdo resultante del proceso de negocia-

ción deberá obtener la aprobación de una mayoría suficiente de los miembros integrantes de la parte sindical¹⁹. Aún más, la falta de esta mayoría sindical debería ser equiparable al supuesto de que no se produzca acuerdo en la negociación, correspondiendo en este caso al órgano de gobierno competente establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios. Sin embargo, debemos ser conscientes de que la obtención de un acuerdo en el sistema público no es tarea fácil. Los representantes de los funcionarios que actúan en una mesa de negociación tienen garantizada una regulación propia integrada por una red predeterminada de condiciones de trabajo de origen legal que, en última instancia, asegura el mantenimiento de sus derechos básicos. Además, en caso de desacuerdo en la mesa de negociación, el resultado no es la inexistencia de una regulación de las condiciones de trabajo sino la producción de una reglamentación unilateral que tiene la obligación de asegurar el correspondiente órgano de gobierno. Por lo tanto, sabido esto, no parece que los sindicatos de funcionarios tengan un especial incentivo en llegar a acuerdos y asumir correlativamente la carga de defenderlos ante sus representados después de un proceso de síntesis y mediación de intereses, en el que se habrán de sacrificar algunas posiciones para obtener otras. Todo ello permite pensar que en el momento de la adopción de un acuerdo colectivo, resultando conveniente que se asegure siempre una mayoría suficiente, esa pueda ser legítimamente una mayoría simple alcanzada en base a votos personales. Es decir, obteniendo de los miembros del banco sindical presentes y actuantes en la mesa de negociación más votos a favor que en contra, descartando los no asistentes, los que han abandonado la negociación, y los que votan en blanco y, por tanto, se desvinculan de la asunción de responsabilidades por un posible acuerdo colectivo.

En cualquier caso, el acuerdo obtenido en la mesa de negociación es un «proyecto», una «propuesta», un «texto prenормativo», pero no es aún una norma jurídica. Además, no deberíamos confundir este acuerdo con un «preacuerdo» acudiendo a una posible terminología «laboral» (Alfonso Mellado, 2007: 64). De hecho, los preacuerdos laborales y su posterior ratificación a través de asambleas o referéndums presuponen la introducción de un mecanismo de participación directa que permite conformar la voluntad colectiva de los representantes al margen de los instrumentos de representación previstos (Escribano Gutiérrez, 2011: 210-212). Lo que no es el caso.

De la misma manera, pensamos que el acuerdo de la mesa de negociación y el acuerdo ratificado por el órgano de gobierno no son dos instrumentos distintos funcionalmente coaligados (Monereo Pérez, 2009: 18). A nuestro parecer, se trata de distinguir una manifestación concertada de voluntad de la producción de sus efectos jurídicos. Lo que hace la mesa de negociación a través de la formulación de un acuerdo es suscribir una propuesta que ha de ser objeto de una especial consideración por un órgano de gobierno y que puede convertirse en el contenido de una norma jurídica en el mismo momento en que sea ratificada por dicho órgano de gobierno.

Desde esta perspectiva, el acuerdo colectivo es una declaración de la mesa y, al mismo tiempo, una vez ratificado por el órgano de gobierno, una norma jurídica, a modo de una disposición compleja de formación sucesiva que se produce a través de un procedimiento específico en el que se inserta un módulo convencional de carácter esencial en la medida en que define su contenido y su naturaleza última como un tipo específico de reglamento «negociado» que convendría diferenciar del clásico reglamento «gubernativo».

El hecho esencial de este particular tipo de norma es que la base sobre la que se edifica es bilateral. La función del acuerdo de la mesa de negociación no es la de un simple acto preparatorio y formal en el seno de un procedimiento tendente a la emanación de una disposición general. Su finalidad es la de definir una verdadera relación bilateral entre las partes que será perfeccionada por el acto de ratificación. Es decir, a diferencia del reglamento clásico su configuración no depende de la voluntad de un único órgano o de la potestad reglamentaria del Gobierno sino que, como corresponde y es propio de los acuerdos convencionales, demanda una vinculación de las partes, lo que quiere decir que, una vez ratificado, salvada la inaplicación excepcional prevista en el artículo 38.10 del TREBEP, se ha de garantizar su conservación y su cumplimiento y, a la vez, impedir su modificación o interpretación unilateral durante la vigencia temporal de su contenido y de sus posibles prórrogas.

Aún más, dentro del proceso de negociación, el acuerdo adoptado por la mesa es el que permite la aprobación final de la norma convenida. Es decir, el acuerdo de la mesa de negociación habilita la situación jurídica necesaria para proceder a la regulación de las condiciones de trabajo de los funcionarios. Por consiguiente, dicho acuerdo resulta ser una declaración imprescindible para la aprobación de esta reglamentación, de manera que, realmente, es el acuerdo previo el que acaba definiendo el contenido de la disposición finalmente adoptada.

El acuerdo de la mesa de negociación es un presupuesto básico, esencial e inseparable del acuerdo final adoptado por el órgano de gobierno, siendo su principal función la de determinar el contenido de la norma que finalmente se ratifica y adopta. De ahí que aunque el órgano de gobierno mantiene la competencia para dotar o no de validez y eficacia jurídica el acuerdo que resulta de la mesa de negociación, no detenta la capacidad necesaria para modificar o alterar unilateralmente su contenido²⁰.

Es decir, la posición del órgano de gobierno resulta independiente de la voluntad creadora del acuerdo bilateral articulado en la mesa de negociación. Eso quiere decir que en su decisión solo puede utilizar la fórmula de aprobación o denegación de lo acordado, pero lo que no puede es determinar autónomamente el contenido del acuerdo que se quiera sancionar²¹.

Por lo demás, el acuerdo obtenido en una mesa de negociación se ha de trasladar al correspondiente órgano de gobierno para que pueda ganar validez y eficacia en un tiempo prudencial y sin modificaciones, aunque estas pudiesen estar jurídicamente justificadas por los informes de los correspondientes órganos técnicos o de control emitidos después de la finalización del proceso de negociación²².

3.2. La falta de acuerdo de la mesa de negociación

El artículo 38.7 del TREBEP dispone que en el supuesto de que no se produzca acuerdo en la negociación o en la renegociación, y una vez agotados, en su caso, los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos, corresponderá a los órganos de gobierno de las Administraciones públicas establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios con las excepciones que prevén los apartados 11 (prorroga), 12 (vigencia) y 13 (sucesión de instrumentos convencionales) del presente artículo.

El redactado del precepto considerado plantea tres tipos de interrogantes que pueden formularse de la manera siguiente:

- a) La forma de constatar la falta de acuerdo en la negociación, es decir, lo que técnicamente se conoce como «impasse», «estancamiento» o «bloqueo» por referirse a aquella posición de desacuerdo o punto muerto en el proceso de negociación al que llegan las partes después de una fase de discusión y debate de las propuestas presentadas. Una circunstancia que se produce cuando se alcanza la línea última de una estrategia negociadora que

no se está dispuesto a sobrepasar en la concesión de cesiones a la otra parte, situación de la que puede desprenderse la inexistencia de una expectativa razonable de alcanzar un acuerdo, por negarse las partes de una forma motivada a admitir la última propuesta de la otra parte (Del Rey Guanter, 1991: 27-28; Sánchez Torres, 1999: 146-149). Sin embargo, existen otras circunstancias que pueden llegar a asimilarse a la existencia de una falta de iniciativa o voluntad negociadora y, por tanto, a la no producción de un acuerdo, lo que dejaría expedito el camino de la regulación unilateral, como son todas aquellas que pueden derivarse de la voluntad de negociar de una de las partes y de la imposibilidad de hacerlo por incomparecencia o por imposición de la otra parte.

- b) La falta de acuerdo en la negociación o en la renegociación no produce automáticamente la recuperación de la potestad reglamentaria sobre una materia concreta, recuperación que se subordina al agotamiento, en su caso, de los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos. Por lo tanto, la existencia de una verdadera obligación o no de recurrir a estos medios en la legislación vigente se acabará constituyendo en una condición básica y esencial de la legítima apertura a una posible regulación de carácter unilateral.
- c) La imposibilidad de llegar a un acuerdo en la negociación no tiene por qué producir automáticamente la pérdida de la vigencia temporal del acuerdo preexistente, que se puede ver prorrogado o entrar en fase de ultraactividad, salvo que asumamos como presupuesto que el intento de negociación, haya obtenido o no un resultado, implica siempre la pérdida de vigencia del acuerdo un vez concluida la duración pactada entre las partes y producido el acto de denuncia.

3.2.1. *El bloqueo de la negociación y la imposibilidad de negociar*

La obligación es de negociar de buena fe con la voluntad de llegar a un acuerdo pero no es un deber de obtener un resultado dado, por supuesto de naturaleza convencional. Sin embargo, se negocia solo porque las partes quieren, en la medida en que quieren y durante el tiempo que quieren, preservándose la potestad reglamentaria del órgano de gobierno en el supuesto de que no exista una posibilidad cierta de negociar o cuando no se pueda llegar a un acuerdo después de un serio intento por convenir²³.

El proceso de negociación se ha de abrir y cerrar en un plazo prudente de tiempo, sin que exista una obligación de mantener indefinidamente una negociación que no produce acuerdos o resulta infructuosa²⁴. Cuando se acredita la existencia de un proceso negociador, fundado en un diálogo real, en el que se ha podido constatar el intercambio de pareceres y de propuestas, y la voluntad de aceptar unas y rechazar otras, se satisface la obligación de negociar de buena fe sin que, ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo, exista una obligación de formalizar la ruptura de la negociación y constatar las divergencias en un acto concreto que vaya acompañado de la formulación de la correspondiente acta de desacuerdo o de la constatación documental de que se ha negociado sin acuerdo²⁵.

En este punto, después de avalar la propia posición con la exposición de argumentos suficientes, la parte pública puede concluir que se ha llegado a la existencia de una situación efectiva y real de estancamiento que permite dar por cumplido el deber de negociar con las organizaciones sindicales, y en consecuencia, pasar a decidir las controversias existentes sobre las condiciones de trabajo de manera unilateral²⁶.

De la misma manera, la posible existencia de un proceso de negociación y acuerdo puede cuestionarse por la constatación de una serie de razones que, en la práctica, resultan equiparables a la no creación de condiciones para la realización de un procedimiento de negociación viable o a la falta de un acuerdo obtenido válidamente en la mesa de negociación.

Estas situaciones se pueden enunciar de la forma siguiente:

- a) La no comparecencia de las representaciones sindicales en la mesa de negociación después de su válida convocatoria en tiempo y forma²⁷.
- b) La existencia de una mera comparecencia formal a efectos de manifestar única y exclusivamente la negativa de las organizaciones sindicales a negociar²⁸.
- c) El abandono de un número importante de miembros del banco sindical de la mesa de negociación con voluntad de no reintegrarse a ella, lo que supone una renuncia tácita a negociar que impide continuar el proceso convencional con una posibilidad auténtica de concluirlo²⁹.
- d) El rechazo por parte de una asamblea de funcionarios del «preacuerdo» alcanzado por sus representantes en la correspondiente mesa de negociación que actúa como constatación de la imposibilidad de obtención de una conveniencia satisfactoria entre las partes³⁰.

3.2.2. *El bloqueo de la negociación y el recurso a los medios de solución de conflictos*

El artículo 38.7 del TREBEP señala que en caso que no haya acuerdo en la negociación, y una vez agotados, en su caso, los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos, corresponde a los órganos de gobierno de las Administraciones públicas establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios. En base a la literalidad de la norma parece que la falta de acuerdo en la negociación presupone el recurso a los medios de composición, «en su caso».

Una expresión críptica que induce el debate sobre el carácter obligatorio o potestativo de la utilización de los medios de solución como paso obligatorio y previo a la recuperación de la unilateralidad por parte de la Administración cuando fracasan las negociaciones entre las partes de una mesa.

A nuestro entender, la frase «en su caso» del artículo 38.7 del TREBEP ha de relacionarse con el artículo 45.1 del TREBEP, en el que se señala que para el conocimiento y la resolución de los conflictos derivados de la negociación, las Administraciones públicas y las organizaciones sindicales «podrán acordar» la creación, la configuración y el desarrollo de sistemas de solución extrajudicial de conflictos.

En una primera aproximación, la compleja lectura que se quiere integrada del artículo 38.7 y 45.1 del TREBEP ha llevado a la jurisprudencia administrativa a concluir que el recurso a los medios de solución de conflictos, en el supuesto en el que no haya un acuerdo previo y expreso derivado de la negociación entre las partes de establecerlos y utilizarlos, resulta ser de naturaleza potestativa, tal como se puede llegar a deducir de la expresión «podrán acordar» utilizada por el artículo 45.1 del TREBEP³¹.

En un segundo momento, se advierte que el carácter potestativo del recurso a los sistemas de solución de conflictos desaparece cuando estos existen y se pueden emplear, con lo que la expresión «en su caso» que se utiliza por el texto legislativo no significa que el procedimiento de solución de conflictos resulte de uso potestativo por cada una de las partes. Lo que es potestativo es su existencia misma, es decir, los procedimientos de solución pueden o no existir, pero si existen se han de agotar con carácter previo a la recuperación de la unilateralidad por parte de las Administraciones públicas³².

En línea de continuidad, otros pronunciamientos más recientes han señalado que el recurso a los medios de solución de conflictos exige que estos sistemas se hayan creado, desarrollado y determinado por las partes legitimadas para hacerlo, reconociéndolos expresamente para el futuro y señalando sus límites, requi-

sitos y procedimientos. Es decir, requieren una previa voluntad de establecimiento y configuración. En consecuencia, la mera voluntad de una de las partes implicadas en la negociación de tratar el conflicto en un sistema de solución no produce ningún efecto sobre la otra, cuando no se ha articulado previamente un modelo de composición. Sin embargo, si el sistema se ha creado y las partes se han adherido libremente al mismo, su utilización se convierte en obligatoria antes de la recuperación de la unilateralidad por parte de la Administración correspondiente³³.

3.2.3. *La falta de acuerdo y la vigencia del acuerdo anterior*

La forma ordinaria y natural de extinción de un acuerdo colectivo es la finalización del período de vigencia previsto por las partes que lo han convenido y, si es el caso, su sustitución por otro instrumento pactado. De hecho, el artículo 38.13 del EBEP, prevé la aplicabilidad del principio de modernidad en la sucesión en el tiempo de las normas convencionales y su efecto propio: la derogación del acuerdo precedente en su integridad, excepto los aspectos que se acuerde mantener expresamente.

Las partes han de señalar en los acuerdos su ámbito temporal, así como la forma, el plazo de preaviso y las condiciones de denuncia de estos, tal como dice el artículo 38.4 del TREBEP. Sin embargo, la llegada del plazo final de vigencia previsto con frecuencia no determina la extinción de la eficacia de la norma convenida. La regulación legal existente al respecto exige que el fin de la vigencia del acuerdo colectivo venga precedida de un acto de denuncia expresa de una de las partes que lo ha negociado que, si no se produce, provoca la prórroga automática de año en año del acuerdo existente, salvo acuerdo en contrario sobre este particular, tal como se establece expresamente en el artículo 38.11 del TREBEP.

En todo caso, la denuncia del acuerdo en el momento pertinente en que se agota la duración del instrumento convencional prevista por las partes, supone la extinción clara de su vigencia por la imposibilidad de recurrir a una prórroga anual de sus efectos y, al mismo tiempo, provoca el surgimiento de la obligación de negociar de buena fe con voluntad de llegar a un nuevo acuerdo.

Sin embargo, la llegada del plazo previsto por las partes y la denuncia del acuerdo puede no suponer necesariamente la finalización de los efectos del acuerdo colectivo. El artículo 38.12 del TREBEP prevé que la vigencia de los contenidos de los pactos y acuerdos una vez concluida su duración, se producirá en los términos que los mismos hayan es-

tablecido. Es decir, el acuerdo colectivo puede prever una pervivencia provisional del contenido convencional una vez concluida la duración pactada y sus posibles prórrogas más allá del período temporal inicialmente predeterminado por las partes. Pero si el acuerdo no la establece expresamente, no existe en el derecho de la función pública una ultraactividad automática. La existencia de una falta de previsión de la ultraactividad del acuerdo colectivo implica que deja de tener efectos una vez finalizado su vigencia o su prórroga legal o pactada, sin que pueda acudir a una aplicación analógica del artículo 86.3 del TRET³⁴.

El cumplimiento del plazo preestablecido y la denuncia expresa de las partes que impide la extensión de sus efectos a través de una prórroga, reactiva la obligación de negociar que como sabemos no es una obligación de llegar a acuerdo. Con lo que, cumplido el deber de negociar de buena fe sin posibilidades de conseguir un acuerdo por el estancamiento de la negociación, se plantea la duda razonable de si la Administración puede recurrir a una regulación unilateral de las condiciones de trabajo que, en la práctica, pueda interrumpir la ultraactividad de la norma convencional y provocar su sucesión por una regulación unilateral.

De hecho, el artículo 38.7 del TREBEP parece militar en contra de esta opción cuando señala expresamente que, en el supuesto de que no se produzca un acuerdo en la negociación, corresponde al órgano de gobierno de la Administración pública correspondiente establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios con las excepciones que prevén los apartados 11, 12 y 13 del mismo precepto.

Puede entenderse sin dificultades que en el período de la prórroga se producen los efectos propios de la vigencia de un acuerdo colectivo, con lo que no existiría el deber de negociar. Pero más dificultades existen para admitir que en la fase de ultraactividad de un acuerdo no se puede sustituir su regulación convencional por una disposición unilateral formulada después del cumplimiento de la obligación de negociar de buena fe. De la misma manera, parece que la sucesión convencional como mecanismo extintivo de los efectos últimos de un acuerdo colectivo no se puede oponer a su sustitución por una norma unilateral una vez expirada la duración prevista por las partes, previa denuncia y negociación de buena fe.

Una afirmación contraria significaría, sencillamente, que una vez concertado un acuerdo colectivo éste solo podría ser sustituido por una norma de origen paccionado, con lo que quedarían en entredicho las facultades de regulación unilateral que se conceden a la Administración y, en último término, el propio ejer-

cicio de su potestad reglamentaria que se considera debido por razones de interés público.

En todo caso, en el sistema del Estatuto de los funcionarios la prórroga es automática: «si no mediara denuncia expresa de una de las partes», tal como se dice en el artículo 38.11 del TREBEP. De esta manera el simple cumplimiento del plazo no determina la finalización de la vigencia del acuerdo salvo que exista un acto de denuncia que refleje la voluntad de una de las partes de dar por finalizada la eficacia de la norma colectiva. Por tanto, la aceptación de la prórroga del acuerdo vigente no es obligatoria y se puede interrumpir por la simple presentación del acto de denuncia que obliga a seguir el necesario procedimiento convencional y permite que en caso de desacuerdo la Administración pública pueda ejercitar sus facultades de regulación unilateral de las condiciones de trabajo³⁵.

En esta misma dirección, la ultraactividad pactada en un acuerdo colectivo no se puede oponer a la recuperación de las facultades unilaterales de la Administración cuando, cumplida la obligación de negociar y constatado el bloqueo de la negociación, se quieran establecer las condiciones de trabajo, ya que la determinación unilateral de dichas condiciones precedida de un serio intento para convenir, desencadena un efecto asimilable a la pérdida de vigencia del acuerdo anterior.

Precisamente, la determinación unilateral de las condiciones de trabajo a través de una regulación propia de características reglamentarias produce el efecto último de sustitución de la norma convenida sin que se pueda pretender que cualquier cambio en la regulación de la materia se sujete al respeto a las cláusulas de ultraactividad y sucesión convencional del propio acuerdo, lo que equivaldría a apuntar que el respeto a la obligación de negociar se eleva a la obligación de llegar a acuerdos produciendo una indudable mutación del procedimiento de negociación previsto en el Estatuto del funcionarios³⁶.

4. La aprobación del acuerdo por el órgano de gobierno

El artículo 38.3 del TREBEP prevé que la validez y eficacia del acuerdo colectivo obtenido en una mesa de negociación depende de su aprobación expresa y formal por parte del órgano de gobierno. Solo cuando los acuerdos hayan sido ratificados, su contenido es

directamente aplicable al personal incluido en su ámbito específico de cobertura.

El mismo precepto asevera que cuando haya falta de ratificación de un acuerdo ha de iniciarse la renegociación de las materias tratadas en el plazo de un mes si así lo solicitara al menos la mayoría de una de las partes.

En el supuesto de que no se produzca un acuerdo en la negociación o en la renegociación y una vez se hayan agotado, en su caso, los procedimientos de solución de conflictos, corresponde a los órganos de gobierno de las Administraciones públicas establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios, tal como señala el artículo 38.7 del TREBEP.

Por lo tanto, en este apartado de nuestro trabajo deberemos abordar las cuestiones siguientes:

- a) La naturaleza del acto de aprobación o ratificación del acuerdo y sus posibles límites y condiciones.
- b) El efecto último de la competencia otorgada a los órganos de gobierno para regular unilateralmente las condiciones de trabajo y, si es el caso, la posible relación que pueden mantener los resultados del proceso de negociación con el contenido de la regulación unilateral de las condiciones de trabajo de los funcionarios que se ha de disponer por dichos órganos de gobierno.

4.1. El acto de aprobación o ratificación del acuerdo

Como ya se ha dicho el acuerdo obtenido en una mesa de negociación es una propuesta normativa de determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios que, a tenor del artículo 38.3 del TREBEP, carece de validez y eficacia jurídica y, por tanto, no resulta directamente aplicable al personal incluido en su ámbito de aplicación.

La validez de una norma jurídica depende de su elaboración conforme a las reglas que rigen la producción normativa en un sistema jurídico. Las normas válidas existen y son obligatorias, es decir, tienen capacidad de obligar. La eficacia es la capacidad de producir efectos jurídicos, es decir, la capacidad real de una norma de ser aplicada y producir consecuencias en un determinado ámbito y espacio temporal. Sin validez y eficacia jurídica una norma no existe como tal, no es obligatoria y no produce efectos en un sistema jurídico y en una determinada realidad social (Bobbio, 1958: 36-39; Kelsen, 1988: II, 31-39).

Por lo tanto, el acuerdo colectivo nace como norma jurídica cuando el órgano de gobierno correspondiente, mediante el acto de aprobación, perfecciona el resultado obtenido a través de un procedimiento y de una mesa de negociación.

Sin embargo, el acto es de ratificación del resultado de la negociación, ya sea en un sentido positivo o negativo. Por lo tanto, existe una especial relación entre el acuerdo y el acto de ratificación que se nos aparece como una asunción del contenido elaborado por la mesa de negociación en base a un negocio jurídico bilateral que ha de permanecer inmutable. Con esto se quiere indicar que el órgano de gobierno puede aprobar o desaprobar el contenido del acuerdo adoptado por la mesa de negociación pero no lo puede alterar o constituir de nuevo al margen del proceso de negociación. El órgano de gobierno ha de decidir si aprueba o no el acuerdo en sus propios términos, es decir, sin posibilidad alguna de modificación (Carrera Ortiz, 1989: 268-269).

La lógica del artículo 38.3 de TREBEP es clara: el acuerdo de la mesa de negociación se ha de someter al órgano de gobierno para proceder o no a su aprobación. Por lo tanto, como hipótesis, el acuerdo del órgano de gobierno no tiene valor normativo en sí mismo considerado y solo consiste en la adopción de una declaración de aprobación o denegación pura y simple del contenido global del acuerdo³⁷. La aprobación presupone su válida integración en el sistema jurídico y la producción de efectos directos. La no ratificación abre el proceso de renegociación y, en última instancia, el de una posible determinación unilateral de las condiciones de trabajo.

Pero la opción última parece clara: aprobar o desaprobar. Ratificar o no ratificar.

Sin embargo, lo cierto es que la interpretación que ha de darse a la situación planteada no parece tan clara a la luz de la experiencia adquirida sobre esta particular relación. La articulación del acuerdo de mesa de negociación y del acto de aprobación resulta mucho más compleja y suscita una serie de cuestiones prácticas que pasamos a explicar de la forma siguiente:

- a) En algún caso concreto se ha entendido que la aprobación del acuerdo y el consiguiente ejercicio de la potestad reglamentaria presupone, única y exclusivamente, una declaración de no oposición al contenido del acuerdo obtenido en la mesa de negociación que sería respetado en sus aspectos básicos y esenciales a través de su incorporación a un texto reglamentario, pero que también podría ser «completado» en esa misma disposición por reglas que resultarían ser un ejercicio directo de la potestad reglamentaria sobre materias que es-

tán exentas de negociación o que no se han de negociar por constituir una mera cuestión de autoorganización que no precisaría de un previo trato colectivo. Es decir, el acuerdo de la mesa de negociación se integraría en una norma reglamentaria que tendría al mismo tiempo una eficacia declarativa, ya que actuaría como un acto de aprobación del acuerdo y, a la vez, una eficacia constitutiva, es decir, de creación de normas reglamentarias unilaterales en base a la disposición por el órgano de gobierno de su propia potestad de ordenación. El límite de este negocio recepticio estaría, pues, en la no contradicción de la norma reglamentaria con la regulación obtenida a través del procedimiento convencional en una mesa de negociación³⁸.

- b) El supuesto planteado se matiza y llega a invertirse cuando se señala explícitamente que la aprobación o ratificación por el órgano de gobierno de un acuerdo de la mesa de negociación ha de producirse de una manera formal y expresa, por lo que no puede presuponerse implícita en la incorporación del contenido de una parte substancial de dicho acuerdo en un texto reglamentario que, incluso, pudiera llegarse a considerar prácticamente idéntico. En consecuencia, cuando no existe un acuerdo formal y no se ha solicitado la renegociación, la Administración puede ejercer su potestad reglamentaria de una manera libre, ya que en este caso concreto dicha potestad operaría en defecto de un acto formal y expreso de ratificación produciendo una regulación unilateral que, de hecho, no incumpliría un acuerdo colectivo que no ha llegado a perfeccionarse de una forma completa, con lo que no existiría una obligación de respetar el texto pactado en el seno de una norma que no dejaría de ser una expresión de la potestad reglamentaria unilateral que ostenta el órgano de gobierno³⁹.
- c) Finalmente, no faltan supuestos en los que se defiende que, con independencia de la concreta potestad o instrumento que se acabe utilizando como depósito último del acuerdo de mesa de negociación, este ha de recoger el espíritu y el texto exacto alcanzado en el proceso de negociación sin que el acuerdo del órgano de gobierno, aunque resulte ser una expresión de su potestad reglamentaria, lo pueda recortar, alterar o vaciar de contenido, limitándose a ratificar o no la declaración negociada formulada por los representantes de la Administración sobre las condiciones de trabajo del personal funcionario del ámbito correspondiente⁴⁰. Tal como se dice en alguna de-

cisión: «Aunque la negociación no implica por sí misma que se lleguen a acuerdos no cabe duda de que si se dan esos pactos deben respetarse conforme a los principios de buena fe y observancia de lo pactado»⁴¹.

Sin embargo, los conflictos enunciados resultan expresivos de la necesidad de separar la aprobación del acuerdo colectivo del ejercicio simple de la potestad reglamentaria, de la misma manera que también acreditan la necesidad de diferenciar el proceso de la elaboración del acuerdo colectivo del procedimiento de elaboración de reglamentos o de otros actos jurídicos de ordenación y gestión del personal.

De hecho, en base al principio de buena fe que pauta el itinerario de la válida y eficaz que ha de obtener un acuerdo negociado, parece que la propuesta convencional obtenida en la mesa se ha de elevar al órgano de gobierno para su consideración, es decir, para que este la apruebe o no la apruebe, quedando abierto en este último supuesto el camino de la renegociación con las organizaciones sindicales para resolver las diferencias existentes o, si esta no se produce, la determinación unilateral las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos.

En todo caso, el procedimiento de negociación que permite la obtención de un acuerdo colectivo se compone y articula por una serie de fases que han de seguirse sin fisuras o intersticios formales contrarios al sentido de la ordenación de un curso procedimental que permiten su confusión con el procedimiento de elaboración de disposiciones generales para que, de esta manera, el acuerdo pueda alcanzar su plena validez y eficacia jurídica, sin que, a su vez, el ejercicio de la potestad reglamentaria, cuando proceda y siempre que proceda, se vea limitado por el contenido pactado en la mesa de negociación.

En esta dirección parece consolidarse una jurisprudencia que entiende que la validez y eficacia de un acuerdo colectivo depende de la aprobación del órgano de gobierno, y las consecuencias de la no aprobación del acuerdo solo se pueden deducir cuando exista una decisión negativa del órgano de gobierno. De hecho, la conclusión legalmente querida del proceso de negociación, cuando se alcance un acuerdo en la mesa, es la de su sometimiento al órgano de gobierno para su posible aprobación y no la posible inserción del contenido del acuerdo en una norma reglamentaria o en una simple disposición o resolución.

Una conclusión que se refuerza si se tiene en cuenta que el derecho a la negociación colectiva en el Estatuto de los funcionarios es esencialmente procedimental y solo se puede hacer valer con toda su efectividad si se siguen las diferentes fases en que se concreta legalmente. Por lo tanto, la negociación co-

lectiva ha de existir y ha de darse de buena fe produciéndose en un escenario y sistema de articulación propio de un acto o disposición compleja que es el que la ley ha considerado adecuado por el ejercicio del derecho. Y el ejercicio del derecho, también, implica que, cuando se haya obtenido un acuerdo, este ha de seguir el recorrido determinado por la ley para que pueda completarse y adquirir plena validez y eficacia jurídica⁴².

De la misma manera conviene separar la aprobación expresa y formal de los acuerdos colectivos obtenidos sobre materias que han de ser objeto de negociación de su integración en instrumentos de naturaleza mixta que presuponen un ejercicio parcial de la potestad reglamentaria o de la de organización sobre materias que no han de ser objeto de trato convencional. La confusión de uno y otro tipo de regulación en el mismo instrumento presupone que el órgano de gobierno correspondiente obvia el procedimiento de elaboración de reglamentos o de producción de normas convencionales que sería pertinente, con lo que se produciría una verdadera desviación de procedimiento⁴³.

Sin embargo, lo cierto es que la confusión de planos y de procedimientos en el proceso de elaboración de un acuerdo colectivo, se avala indirectamente por el mismo artículo 38.3 del TREBEP en el que se señala que: «Cuando tales acuerdos hayan sido ratificados y afecten a temas que pueden ser decididos de manera definitiva por los órganos de gobierno, el contenido de los mismos será directamente aplicable al personal incluido en su ámbito de aplicación, sin perjuicio de que a efectos formales se requiera la modificación o derogación, en su caso, de la normativa reglamentaria correspondiente».

Se trata de una cláusula que carece de sentido y abunda en la confusión que se ha querido plantear. A nuestro entender debe respetarse la autonomía y los efectos directos de un acuerdo colectivo que ha sido ratificado expresa y formalmente por el correspondiente órgano de gobierno. Es decir, el acuerdo colectivo formulado por una mesa de negociación que ha sido aprobado expresa y formalmente por un órgano de gobierno, correctamente inscrito y publicado, produce efectos directamente sin necesidad de su integración o recepción sustancial o instrumental en una norma reglamentaria. De la misma manera, el precepto reglamentario que resulte incompatible con un acuerdo colectivo posterior ha de entenderse tácitamente modificado o derogado en función del principio de modernidad que pauta las relaciones entre los actos normativos de un órgano dotado de potestad reglamentaria. Sencillamente, los acuerdos con contenido normativo, derogan los reglamentos de igual o inferior rango que se les pudieran oponer. De ahí que

la previsión de que a efectos formales se requiera la modificación o derogación, en su caso, de las normas reglamentarias pertinentes es redundante, innecesaria y productora de confusión⁴⁴.

En cuanto a los posibles límites del acto de aprobación expresa y formal sobre el acuerdo colectivo suscrito en una mesa de negociación, compartimos la opinión que mantiene que la aprobación o la no aprobación del mismo por el órgano de gobierno puede obedecer indistintamente a razones de legalidad y de oportunidad (Roqueta Buj, 2013: 77-78).

Es decir, la resolución del órgano de gobierno sobre la posible validez y eficacia del acuerdo colectivo es un «acto decisorio» esencialmente discrecional de naturaleza positiva o negativa⁴⁵. El grado de discrecionalidad de que dispone el órgano de gobierno solo está predeterminado por dos límites: uno es el principio de buena fe negocial, consustancial al procedimiento negociador y reconocido expresamente en el artículo 33.1 del TREBEP; el otro es la interdicción de la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos que consagra el artículo 9.3 de la CE (Rojas Rivero, 2009: 150-151).

Si el acuerdo se ha negociado de buena fe con seguimiento de las directrices e instrucciones dadas por el órgano de gobierno, cuando existan y se puedan acreditar como jurídicamente vinculantes, es evidente que el margen de libertad que pueda darse en la decisión discrecional de no aprobar el acuerdo de mesa de negociación se reduce, se ha de interpretar con cautela y con un criterio siempre restrictivo.

Sin embargo, a nuestro parecer, el margen de decisión sigue existiendo y lo que sucederá es que se habrá de justificar de una forma expresa y clara las razones por las cuales el órgano de gobierno decide apartarse del acuerdo alcanzado por sus representantes, una justificación que puede resultar más fácil cuando puede fundamentarse en motivos de legalidad o en el cambio de circunstancias que acrediten la necesidad de tener presentes otros intereses no considerados en el momento mismo de la negociación⁴⁶.

4.2. El establecimiento unilateral de las condiciones de trabajo

De acuerdo con el artículo 38.7 del TREBEP, en el supuesto de que no se produzca acuerdo en la negociación o en la renegociación y una vez agotadas, en su caso, las vías de solución de conflictos, corresponde a los órganos de gobierno de las Administraciones es-

tablecer las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos.

La recuperación de la unilateralidad para la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios no se produce únicamente cuando no se alcance un acuerdo en la negociación o en la renegociación. Aunque la ley no lo diga ha de entenderse que esta facultad se recobra también cuando el acuerdo conseguido en una mesa de negociación no alcance la ratificación expresa y formal del órgano del gobierno respectivo y no se solicite la renegociación o cuando concluido el proceso de renegociación no se consiga tampoco la aprobación expresa y formal del órgano de gobierno. Por tanto, si quisiéramos simplificar nuestra exposición diríamos que la capacidad para establecer unilateralmente las condiciones de trabajo de los funcionarios se recupera cuando no se consigue un acuerdo en la mesa de negociación o el acuerdo obtenido no alcanza la aprobación expresa y formal del órgano de gobierno.

La regulación unilateral de las condiciones de trabajo de los funcionarios sobre materias que han sido objeto de negociación resulta ser una expresión de la potestad reglamentaria del órgano de gobierno que no ha de seguir el procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general.

De hecho, el Estatuto de los funcionarios regula el curso preciso para el ejercicio de la competencia para la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios que exige un trámite esencial consistente en un proceso de negociación de buena fe, se alcance o no un resultado, se consiga o no su ratificación. El procedimiento de negociación previsto habilita para la producción de normas convencionales o unilaterales que tienen por objeto el establecimiento de las condiciones de trabajo de los funcionarios. Por lo tanto, de acuerdo siempre con el mencionado procedimiento se producen normas convencionales o unilaterales, propias de este particular sistema normativo. De hecho, la potestad reglamentaria tiene muy distintas y variadas manifestaciones, y cuando se proyecta sobre una materia concreta, como pueden ser las condiciones de trabajo de los funcionarios, prima en este caso el procedimiento y el tipo acuerdo colectivo sobre el previsto para la elaboración de reglamentos y otras disposiciones generales, incluidas las formas propias resultantes del mismo.

El planteamiento es sencillo: el procedimiento propio de elaboración de las normas que determinan las condiciones de trabajo de los funcionarios es el de negociación colectiva, que puede culminar con la aprobación expresa y formal de lo que se haya pactado en la mesa de negociación o, si no se alcanza un acuerdo o no se obtiene la aprobación expresa y formal del

mismo, con el establecimiento unilateral de las condiciones de trabajo⁴⁷.

Finalizada la negociación sin acuerdo, el órgano de gobierno está facultado para determinar unilateralmente las condiciones de trabajo referidas a las materias que han sido objeto de negociación sin ninguna vinculación. Es decir, el órgano de gobierno no está obligado a ejercer su potestad normativa de carácter unilateral en los mismos términos en que quedaron fijadas las posiciones de las partes durante el proceso negociador, de manera que las eventuales cesiones que se hayan efectuado por la Administración durante dicho proceso negocial no han de quedar como un referente obligado en el ejercicio de su potestad para establecer unilateralmente las condiciones de trabajo.

Pero se entiende que en la etiología de la norma unilateral se ha de descubrir la dependencia y clara vinculación de la misma a un proceso de negociación que se ha concluido sin la obtención de un acuerdo, con lo que la determinación unilateral de las condiciones de trabajo ha de ceñirse a los asuntos tratados en la mesa, de manera que no puede extenderse el ámbito de la norma unilateral a materias no tratadas o a otras que han de quedar sometidas a un procedimiento distinto de elaboración⁴⁸.

En cuanto a la fijación del plazo de vigencia de la regulación unilateral que determine las condiciones de trabajo de los funcionarios, parece que nada impide a la Administración acotar el ámbito temporal de la regulación unilateral producida que puede tomar como referencia la propuesta de acuerdo presentada por el sindicato⁴⁹.

5. La naturaleza jurídica del acuerdo

Los acuerdos colectivos, que no deberíamos confundir con los pactos, pueden tener una indudable naturaleza normativa perfectamente señalada en la STC 1/2003, de 16 de enero, que en su referencia a la reserva de ley en la regulación del Estatuto de los funcionarios, declara que dicha reserva tiene un alcance relativo, lo que no impide la colaboración de las normas reglamentarias: «y, en su caso, de otro tipo de fuentes normativas (como los convenios colectivos)».

De esta manera, puramente incidental, el Tribunal Constitucional da pie a dos afirmaciones de una indudable transcendencia: los acuerdos colectivos pueden

constituirse en fuentes normativas integrantes del Estatuto de los funcionarios y se les considera con capacidad suficiente para desarrollar y complementar las determinaciones legislativas propias de dicho Estatuto en régimen de alteridad con el reglamento ejecutivo. Por lo tanto, el acuerdo colectivo posee la naturaleza jurídica de una norma y puede actuar como una fuente secundaria del Estatuto de los funcionarios⁵⁰.

De hecho, las normas colectivas se sitúan en una posición reforzada. No pueden ser modificadas o derogadas para otras normas que no se hayan adoptado a través del procedimiento convencional propio de su elaboración, se alcance o no un acuerdo colectivo (Ojeda Avilés, 1998: 542).

Esta especial resistencia se puede percibir en algún pronunciamiento en el que se señala expresamente que sobre las materias que han de ser objeto de negociación existe una reserva de procedimiento convencional y, en la misma medida, una implícita limitación a la posibilidad de que la ordenación de estas materias pueda realizarse por vía reglamentaria.

Aún más, si respecto a una determinada materia de las comprendidas en el ámbito objetivo de la negociación se ha producido un acuerdo que ha merecido la aprobación expresa y formal del órgano competente para darla, faltará el presupuesto para que este órgano de gobierno, al margen del acuerdo, o contradiciéndolo, pueda ejercer respecto de aquella particular materia su potestad reglamentaria, de manera que una eventual contradicción entre el acuerdo alcanzado y un reglamento posterior que lo desconozca resultaría ser una causa de invalidez de la norma reglamentaria⁵¹.

Esto es así porque el acuerdo derivado de la negociación colectiva no es propiamente una típica disposición reglamentaria. Al revés, el acuerdo colectivo limita o excluye la actividad reglamentaria en aquellos aspectos previamente negociados durante su período de vigencia, una vigencia que perdura hasta que es modificado o derogado por otra norma de origen convencional o por una norma unilateral posterior que se ha obtenido previo intento de una verdadera negociación con una seria voluntad de alcanzar un acuerdo (Del Rey Guanter; Luque Parra, 1997: 321-323).

Pero entre el reglamento, fuente normativa de carácter unilateral, emanado exclusivamente de un órgano de gobierno que retiene una determinada capacidad de configuración, y el acuerdo colectivo, fuente normativa fundada en un módulo convencional de carácter bilateral, emanada a través de un procedimiento de negociación, existe una diferencia cualitativa esencial⁵². Sencillamente, como se dice en algún pronunciamiento jurisprudencial, el contrapunto entre una y otra expresión de la potestad normativa de un ór-

gano de gobierno radica en que detrás del proceso de negociación y de obtención de un acuerdo colectivo existe un elemento democrático dado por la intensa participación de la representación mayoritaria de los interesados en la aprobación del texto convencional⁵³.

6. Conclusiones

Si se quieren extraer una serie de conclusiones en base a un análisis tan casuístico como el que se ha querido presentar se pueden proponer las siguientes:

- a) La negociación colectiva en la función pública es esencialmente una obligación de procedimiento pero no es un derecho a obtener un resultado. Por lo tanto, si el procedimiento de negociación se acaba ciñendo a simples aspectos formales como pueden ser la convocatoria de una mesa de negociación, la presentación de una propuesta y su discusión, dicho derecho se fragiliza y se reduce a un simple trámite cuya consecuencia última es el mantenimiento de las potestades unilaterales de la Administración para la determinación de las condiciones de trabajo de sus funcionarios.
- b) El proceso de negociación sólo puede darse a través de la constitución de la correspondiente mesa, con participación de las organizaciones sindicales legitimadas para tratar y sobre materias que legalmente han de ser objeto de consideración en el ámbito correspondiente.
- c) El acuerdo de la mesa de negociación es una propuesta que actúa como un elemento básico, esencial e inseparable de la norma jurídica en la que se transforma cuando ha recibido la aprobación expresa y formal del órgano de gobierno. El acuerdo y el acto de ratificación del órgano de gobierno presuponen la construcción de una disposición reglamentaria de carácter complejo; uno la dota de contenido, otro de validez y eficacia jurídica. La integración de voluntades y efectos jurídicos que el acuerdo supone no se debe ni se puede modificar, diluir o distorsionar sino se quiere mutar su naturaleza jurídica convirtiéndolo en una cosa distinta: una regulación unilateral.
- d) La falta de acuerdo en la negociación presupone, después de los pertinentes trámites de renegociación y recurso a los medios de solu-

ción de conflictos, la habilitación a la Administración para el dictado de una norma unilateral cuyo procedimiento de elaboración es el de la misma negociación, sin que pueda oponerse a su emisión la ultraactividad del acuerdo anterior o los compromisos parciales que se hayan podido adquirir por la Administración en el proceso de producción de un nuevo acuerdo que se ha visto frustrado por la negativa de las partes a convenir.

- e) El acuerdo obtenido en una mesa de negociación aprobado por el órgano de gobierno resulta ser una norma del Estatuto de los funcionarios públicos con capacidad suficiente para completarlo, desarrollarlo o aplicarlo sin que resulte necesaria su integración en una fuente reglamentaria típica.
- f) No deberíamos trasladar acríticamente los esquemas y las instituciones del derecho colectivo del trabajo a la función pública. La simple lógica de homologación de las formulas propias de derechos distintos resulta ser a nuestro parecer un instrumento insuficiente que ignora el dato esencial de su formación en cuadros normativos dotados de una lógica propia que no se debe equiparar sino descubrir.

7. Referencias bibliográficas

- Alfonso Mellado, C.L. (2007). Contenido y eficacia de la negociación colectiva de funcionarios en el estatuto básico. *Revista de Derecho Social*, 37, 53-82.
- Bobbio, N. (1958). *Teoria della norma giuridica*. Torino: G. Giappichelli.
- Cabeza Pereiro, J. (1995). *La buena fe en la negociación colectiva*. Santiago de Compostela: EGAP.
- Cantero Martínez, J. (2001). *El empleo público: entre estatuto funcional y contrato laboral*. Madrid: Marcial Pons.
- Carrera Ortiz, C. (1989). Naturaleza y eficacia jurídicas de la negociación colectiva en la función pública en España. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 38, 263-277.
- Del Rey Guanter, S. (1991). *Los medios extrajudiciales de solución de conflictos de trabajo en la Función Pública*. Madrid: INAP.
- Del Rey Guanter, S. y Luque Parra, M. (1997). Criterios jurisprudenciales recientes sobre la negociación colectiva de los funcionarios públicos. *Relaciones Laborales*, 1997-I, 308-323.
- Escribano Gutiérrez, J. (2011). Eficacia jurídica de los preacuerdos convencionales: la asamblea de empresarios. *Temas Laborales*, 108, 209-219.
- Estrada, O. y Fernández, A.A. (2007). Norma Reglamentaria. En García Murcía, J. (Coord). *El sistema de fuentes de la relación laboral*. (pp. 131-159). Oviedo: Universidad de Oviedo.
- Kelsen. H. (1988). *Teoría pura del derecho*. II. Barcelona: Edicions 62.
- Monereo Pérez, J. L. (2009). El preacuerdo o pacto que pone fin a una controversia colectiva (dictamen jurídico). *CISS*, 219, 13-26.
- Ojeda Avilés, A. (1998). La negociación colectiva en el sector público. En Castillo Blanco, F. A. (Coord). *Situación actual y tendencias de la función pública española* (pp 533-553). Granada: CEMCI
- Poquet Català, R. (2016). La interpretación judicial del deber de negociar de buena fe. *IUSlabor*, 1, 1-22.
- Rojas Rivero, G. P. (2009). La eficacia jurídica de los instrumentos de la negociación colectiva en el empleo público. En De Soto Rioja, J. M. (Coord). *XXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*. (pp 141-156). Sevilla: Junta de Andalucía.
- Roqueta Buj, R. (2013). *Negociación colectiva en el ámbito de las Administraciones Locales*. Granada: CEMCI.
- Roqueta Buj, R. (17 de noviembre de 2016). El deber de negociar de buena fe en las Administraciones públicas. En Xabier Amor Martín (Presidencia). *Seminari sobre relacions col·lectives*. Federación de Municipios Catalanes, Barcelona.
- Sánchez Torres, E. (1999). *El deber de negociar y la buena fe en la negociación colectiva*. Madrid: CES.
- Solans Latre, M. A. (2003). *Garantías legales de la negociación colectiva estatutaria. Partes negociadoras y procedimiento negociador*. Madrid: CES.

Notas

- 1 STS, Sala de lo Contencioso, de 27 de octubre de 2014, rec. 3452/2013. La STSJ, Sala de lo Contencioso, de la Comunidad Valenciana de 2 de mayo de 2003, rec. 333/2001, de una forma gráfica nos dirá que: «una cosa es el «deber» de negociar, y otra bien distinta es la «posibilidad» de alcanzar acuerdos, fruto de la negociación».
- 2 STS, Sala de lo Contencioso, de 10 de noviembre de 1994, rec. 56/1992.

- 3 STS, Sala de lo Contencioso, de 16 de noviembre de 1995, rec. 3770/1989.
- 4 STS, Sala de lo Contencioso, de 18 de octubre de 1995, rec. 7860/1991.
- 5 STSJ, Sala de lo Contencioso, de Castilla-La Mancha de 27 de noviembre de 2017, rec. 96/2016.
- 6 STS, Sala de lo Contencioso, de 6 de noviembre de 2017, rec. 3816/2015.
- 7 STSJ, Sala de lo Contencioso, del País Vasco de 8 de septiembre de 2016, rec. 62/2015.
- 8 STSJ, Sala de lo Contencioso, de Galicia de 31 de mayo de 2017, rec. 312/2016.
- 9 STS, Sala de lo Social, de 23 de enero de 2018, rec. 215/2016.
- 10 STSJ, Sala de lo Contencioso, de Castilla y León de 14 de febrero de 2005, rec. 109/2001.
- 11 STSJ, Sala de lo Contencioso, de Galicia de 7 de marzo de 2017, rec. 385/2016.
- 12 STS, Sala de lo Contencioso, de 23 de mayo de 2011, rec. 6344/2009; y de 13 de febrero de 2018, rec. 2215/1015.
- 13 STS, Sala de lo Contencioso, de 27 de octubre de 2014, rec. 3452/2013.
- 14 SSTSJ, Sala de lo Contencioso, de Galicia de 10 de diciembre de 2008, rec. 6/2018; de La Rioja de 13 de septiembre de 2012, rec. 104/2012; y de la Comunidad Valenciana de 4 de marzo de 2013, rec. 703/2010.
- 15 STSJ, Sala de lo Contencioso, del País Vasco de 30 de enero de 2019, rec. 485/2017.
- 16 STS, Sala de lo Contencioso, de 23 de abril de 2014, rec. 1252/2013; y STS, Sala de lo Social, de 3 de diciembre de 2015, rec. 86/2014.
- 17 STS, Sala de lo Contencioso, de 20 de diciembre de 2002, rec. 7829/1999; SSTSJ, Sala de lo Contencioso, de las Islas Baleares de 17 de julio de 2001, rec. 1071/1997; de 10 de enero de 2006, rec. 1543/2003; de Aragón de 26 de octubre de 2009, rec. 341/2009; y de Madrid de 5 de mayo de 2011, rec. 389/2010.
- 18 STS, Sala de lo Contencioso, de 7 de octubre de 2003, rec. 730/2000.
- 19 STSJ, Sala de lo Contencioso, de Cataluña de 18 de septiembre de 2018, rec. 169/2016.
- 20 STSJ, Sala de lo Contencioso, de Murcia de 29 de junio de 2009, rec. 625/2008.
- 21 STSJ, Sala de lo Contencioso, del País Vasco de 26 de julio de 2004, rec. 3189/2002.
- 22 STSJ, Sala de lo Contencioso, de Canarias, Las Palmas, de 17 de enero de 2014, rec. 225/2011.
- 23 STS, Sala de lo Contencioso, de 9 de junio de 2008, rec. 55/2005.
- 24 STS, Sala de lo Contencioso, de 25 de julio de 2002, rec. 2510/1997.
- 25 STSJ, Sala de lo Contencioso, de Murcia de 10 de noviembre de 2017, rec. 21/2017.
- 26 SSTSJ, Sala de lo Contencioso, de las Islas Baleares de 10 de enero de 2006, rec. 1543/2003; de Madrid de 12 de junio de 2013, rec. 986/2012; y de La Rioja de 14 de julio de 2017, rec. 175/2016.
- 27 SSTSJ, Sala de lo Contencioso, de Aragón de 11 de abril de 2007, rec. 313/2004; y de Castilla-La Mancha de 10 de febrero de 2015, rec. 159/2014.
- 28 STSJ, Sala de lo Contencioso, de Aragón de 23 de junio de 2008, rec. 197/2006.
- 29 SSTSJ, Sala de lo Contencioso, de Galicia de 8 de mayo de 2013, rec. 790/2011, y de 27 de mayo de 2015, rec. 262/2013; y de Castilla-La Mancha de 5 de diciembre de 2013, rec. 252/2012.
- 30 STSJ, Sala de lo Contencioso, de Cataluña de 9 de julio de 2013, rec. 234/2012.
- 31 STSJ, Sala de lo Contencioso, de Madrid de 5 de mayo de 2011, rec. 389/2010.
- 32 STSJ, Sala de lo Contencioso, del País Vasco de 3 de mayo de 2011, rec. 303/2009.
- 33 STSJ, Sala de lo Contencioso, de Cataluña de 25 de septiembre de 2014, rec. 50/2014.
- 34 STSJ, Sala de lo Contencioso, de Cataluña de 1 de febrero de 2017, rec. 156/2016.
- 35 STSJ, Sala de lo Contencioso, de Madrid de 12 de junio de 2013, rec. 986/2012.
- 36 SSTSJ, Sala de lo Contencioso, de La Rioja de 14 de julio de 2017, rec. 175/2016 y de Islas Baleares de 27 de abril de 2018, rec. 555/2017.
- 37 STSJ, Sala de lo Contencioso, del País Vasco de 26 de julio de 2004, rec. 3189/2002.
- 38 STS, Sala de lo Contencioso, de 14 de mayo de 2008, rec. 7607/2003.
- 39 SSTS, Sala de lo Contencioso, de 7 de octubre de 2014, rec. 1650/2013; y de 8 de julio de 2015, rec. 1452/2014.
- 40 SSTSJ, Sala de lo Contencioso, de Cataluña de 1 de octubre de 2003, rec. 241/2003; de Gran Canaria, Las Palmas, de 17 de enero de 2014, rec. 225/2001; y STSJ, Sala Social, de Castilla-León, Valladolid, de 14 de diciembre de 2017, rec. 10/2017.
- 41 STSJ, Sala de lo Contencioso, de Castilla-La Mancha de 19 de enero de 2017, rec. 320/2013.
- 42 STS, Sala de lo Contencioso, de 22 de junio de 2015, rec. 2536/2014.
- 43 STSJ, Sala de lo Contencioso, del País Vasco de 14 de mayo de 2001, rec. 4909/1998.
- 44 STS, Sala de lo Contencioso, de 14 de octubre de 2009, rec. 1262/2006.

- 45 STS, Sala de lo Contencioso, de 16 de noviembre de 1994, rec. 2342/1993.
- 46 STS, Sala de lo Contencioso, de 7 de octubre de 2014, rec. 1650/2013.
- 47 SSTSJ, Sala de lo Contencioso, de Cantabria de 20 de mayo de 2005, rec. 113/2004; STS, Sala de lo Contencioso, de 9 de junio de 2008, rec. 55/2005.
- 48 STSJ, Sala de lo Contencioso, del País Vasco de 14 de mayo de 2001, rec. 4909/2001.
- 49 STSJ, Sala de lo Contencioso, de Madrid de 10 de mayo de 2017, rec. 209/2013.
- 50 STS, Sala de lo Contencioso, de 10 de mayo de 1993, rec. 296/1988; y de 18 de octubre de 1995, rec. 7860/1991 STS, Sala de lo Social, de 23 de enero de 1998, rec. 1498/1996; y STS, Sala Contenciosa, de 14 de abril de 2000, rec. 535/1996.
- 51 STS, Sala Contenciosa, de 16 de noviembre de 1995, rec. 3770/1989.
- 52 STS, Sala de lo Contencioso, de 30 de abril de 2014, rec. 1416/2013.
- 53 STS, Sala de lo Contencioso, de 27 de septiembre de 1996, rec. 6999/1992.

EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN EL ÁMBITO LABORAL*

THE RIGHT TO DIGITAL DISCONNECTION IN THE WORKPLACE

Eduardo Enrique Taléns Visconti

Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universitat de València.
Eduardo.Talens@uv.es

Recibido: 21/06/2019

Aceptado: 07/11/2019

© 2019 IVAP. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia Creative Commons Reconocimiento – NoComercial – SinObrasDerivada (by-nc-nd)



Laburpena: Zalantzarik gabekoa da atseden egokiak eragin positiboa duela gure eguneroko bizitzan. Lan-giroa, batzuetan, estresa, urduritasuna eragiten duten fokuetako bat izan daiteke eta, azken finean, langileen osasunean eragina izan dezake. Patologia hori age-rian uzteko moduetako bat teknologien eraginpean gehiegi jartzea izan daiteke, «technoestrés» bezala ere ezaguna. Horren adibidea hau da: enplegatzaileak langileei atseden-orduetan, baimenetan edo oporretan igortzen dizkien deiak, mezu elektronikoak eta mezuak. Abenduaren 5eko 3/2018 Legeak lehenengo aldiz arautu du gure herrialdean deskonexio digitalerako eskubidea. Aipatu eskubidea langile publikoei aplikatzen zaie, eta Langile Publikoen Oinarrizko Estatutuan ere aldatetaren bat eragin du. Azterlan honetan, deskonexio digitalerako eskubidea aztertuko dugu; izan ere, eskubide hori eremu pribatuan nola Administrazio Publikoan zerbitzua ematen duten langileei dagokie.

Gako-hitzak: deskonexio digitala, lan denbora, atseden denbora, lan-osasuna, teknologia.

Resumen: Es un hecho incuestionable que un adecuado descanso repercute positivamente en nuestra vida diaria. El entorno laboral puede ser, en ocasiones, uno de los focos que producen estrés, nerviosismo y que, en definitiva, pueden repercutir en la salud de las personas trabajadoras. Una de las formas en las que se manifiesta esta patología puede venir de la mano de una sobreexposición a las tecnologías, también conocido como «tecnoestrés». Esto puede venir provocado por las llamadas, correos y mensajes que el empresario envía al trabajador durante sus horas de descanso, permisos o vacaciones. La reciente Ley 3/2018, de 5 de diciembre, regula por primera vez en nuestro país el derecho a la desconexión digital. En el presente estudio analizaré el derecho a la desconexión digital, aplicable tanto para los trabajadores que prestan sus servicios en el ámbito privado como en la Administración Pública.

Palabras clave: desconexión digital, tiempo de trabajo, tiempo de descanso, salud laboral, tecnología.

Abstrac: It is an unquestionable fact that adequate rest has a positive impact on our daily life. The work environment can sometimes be one of the sources of stress, nervousness and, ultimately, can affect the health of workers. One of the ways in which this pathology manifests may come hand in hand with overexposure to technologies, also known as «techno-stress». This can be caused by the calls, emails and messages that the employer sends to the worker during their rest hours, permits or vacations. The recent Law 3/2018, of December 5, regulates for the first time in our country the right to digital disconnection. In the present study I will analyze the right to digital disconnection, applicable both for workers who provide their services in the private sphere and in the Public Administration.

Keywords: digital disconnection, work time, rest time, occupational health, technology.

* Este estudio se enmarca dentro del Proyecto de Investigación (MINECO) titulado: «Los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo subordinado en la era digital» (DER2017-83488-C4-3-R).

Sumario

1. La ordenación del tiempo de trabajo: un viejo problema con nuevos ropajes.—2. La situación previa en nuestro país: la respuesta de los tribunales ante la ausencia de previsión normativa específica en la materia.—3. El precedente normativo francés: el espejo en el que se ha mirado el legislador español.—4. El precedente normativo italiano.—5. El precedente convencional español: el Convenio Colectivo del Grupo AXA.—6. La regulación normativa en España: el artículo 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre.—7. Conclusiones: el error de enfoque cometido por el legislador.—8. Bibliografía

1. La ordenación del tiempo de trabajo: un viejo problema con nuevos ropajes

La preocupación por la jornada de trabajo ha sido una constante desde que existen normas jurídicas que regulan las relaciones laborales. Las primeras improntas normativas se preocuparon de la limitación de horarios para los menores de edad, de los lapsos del trabajo nocturno y, en general, de evitar jornadas de trabajo desmesuradas. En este sentido, el origen mismo de la disciplina social se encuentra en la regulación del tiempo de trabajo y, en concreto, en la limitación de la jornada como medida de tutela y protección de los trabajadores (López Balaguer, 2003). De hecho, a nivel internacional, el primer Convenio que se acordó en el seno de la OIT al tiempo de su creación en el año 1919 fue, precisamente, para limitar las horas de trabajo en las empresas industriales a 8 diarias y 48 semanales¹. Posteriormente, a lo largo de los años, esta cuestión ha sido objeto de tratamiento en numerosos convenios, estudios generales y deliberaciones (Aguilera Izquierdo y Cristóbal Roncero, 2017). A tales efectos cabe destacar el informe publicado con objeto del centenario de la OIT «Trabajar para un futuro más prometedor»², elaborado por la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo. En el mencionado texto se describe un contexto en el que las nuevas tecnologías han supuesto cambios en la organización del trabajo, situación que obliga a replantear la aplicación efectiva de los límites a la jornada laboral. En esta era digital en la que vivimos permanentemente conectados existe una separación difusa entre la vida laboral y la vida personal, en decir, entre el tiempo de trabajo y el tiempo de descanso. En este sentido, la Comisión exhorta a

los gobiernos a que desarrollen instrumentos a nivel nacional que permitan aplicar de forma efectiva la limitación de las horas de trabajo.

La restricción de la jornada de trabajo guarda una evidente relación con la protección de la salud y con el derecho a preservar un necesario tiempo de ocio y de conciliación de la vida familiar, en definitiva, con el respeto hacia la vida privada de las personas. Durante el siglo XIX y gran parte del siglo XX el trabajo se ejecutaba principalmente durante un período y en un espacio determinados, a través de la presencia física del trabajador en la sede de la empresa o en lugar en el que se desempeñara la prestación de servicios. Por lo tanto, confinando el horario de trabajo y dando valor económico o permutable por descanso a las horas que sobrepasaran el mismo se daba por colmado este propósito. Sin embargo, el paulatino avance de la tecnología digital ha terminado, decididamente, por difuminar y desdibujar los contornos existentes con anterioridad entre los tiempos dedicados al trabajo y al descanso.

Efectivamente, con el auge de internet y de la telefonía móvil ha sido posible alcanzar un grado de flexibilidad tan elevado que en muchas ocasiones el trabajo se puede llevar a cabo casi desde cualquier lugar. Esta tendencia impera en sectores tecnológicos y de cierta especialización. Junto con ello, con la proliferación del uso de dispositivos móviles con cuentas de correo personales o corporativas y con aplicaciones de mensajería instantánea, los trabajadores están permanentemente localizables y se está observando cada vez con mayor normalidad que durante el tiempo de descanso, incluidas las vacaciones, se envíen mensajes de contenido laboral. Se ha llegado a decir, incluso, que el tiempo de trabajo pagado y el tiempo de trabajo de «consumo» no pagado se confunden y que todo ello difumina los márgenes del concepto y la medición de la jornada de trabajo (Rodríguez Fernández y Pérez del Prado, 2017).

De esta manera, el uso masivo de las nuevas tecnologías ha hecho emerger nuevas enfermedades profesionales derivadas de la sobreexposición tecnológica en el entorno laboral. Esta situación implica importantes riesgos para la salud de los trabajadores, especialmente, de carácter psicosocial, tales como el «tecnoestrés» (Aguilera Izquierdo y Cristóbal Roncero, 2017). En este sentido, el «tecnoestrés» constituye un riesgo psicosocial que el empresario tiene la obligación de evaluar, con la finalidad de adoptar las medidas preventivas necesarias para garantizar la salud de los trabajadores (Alegre Nueno, 2018). Efectivamente, sin una adecuada escisión entre el trabajo y el descanso pueden aparecer síntomas relacionados con el estrés laboral o bien con el síndrome del desgaste profesional (*burnout*). No cabe perder de vista que la consolidación de internet forma parte de una triple revolución que pivota en torno a las redes sociales, internet y los dispositivos móviles (Naval, Serrano-Puche, Sábada y Arbués, 2016). En este sentido, su amplia difusión y personalización posibilita que a día de hoy nos veamos enmarcados en una constante e inmediata conectividad. Esta mayor flexibilidad en la comunicación personal se traduce, asimismo, en una preocupante atadura al trabajo y, en esencia, en la posibilidad de que, en cualquier lugar, y a la hora que sea, puedan llegar mensajes o informaciones relacionada con el trabajo. Así las cosas, en el contexto de entornos no laborales se está empezando a hablar del movimiento «*slow*», que aboga por un estilo de vida más pausado, o el «*unplugging*» o desconexión digital (Naval, Serrano-Puche, Sábada y Arbués, 2016), en este caso de internet, como fenómenos de evitación, en cierta medida, del estrés producido por la velocidad del mundo que nos rodea. De esta manera, la implantación —más bien proliferación— de las nuevas tecnologías de comunicación en el entorno laboral hace necesario replantearse los mecanismos legales para garantizar un derecho a la desconexión del trabajador con la empresa una vez concluida la jornada (García-Perrote y Mercader, 2016).

En el presente estudio me centraré en analizar la proyección que puede tener el reciente derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral, incluido en el empleo público. No en vano, en el contexto del trabajo desarrollado para las Administraciones Públicas, la necesidad de regular un derecho a la desconexión digital se revela un tanto más diluida, dado que no suelen darse las urgencias que sí que afloran en las empresas privadas, donde la clientela y los beneficios económicos son una máxima. En cualquier caso, este derecho guarda una especial relación con el respeto hacia la vida privada y familiar del trabajador y es totalmente predicable, como luego veremos, a los empleados públicos (Rodríguez Escanciano, 2019). Por lo demás, no podemos obviar el hecho de que un tra-

bajador asfixiado y que no ha desconectado debidamente del entorno laboral estará menos motivado y será, por ende, menos productivo. Estudios recientes han confirmado que un balance adecuado entre la vida privada y el trabajo es uno de los factores importantes que pueden incidir en el estrés³. Así las cosas, un periodo de trabajo mucho más largo de lo normal reduce el tiempo libre disponible para el sueño y el descanso, que son factores esenciales para la recuperación de la fatiga. Sobre el particular existen evidencias de que desconectar del entorno laboral aumenta la productividad y la proactividad, pues desde el punto de vista de la salud, los costes de no desconectar durante el año son comparables a no dormir (Soldevila, 2016).

2. La situación previa en nuestro país: la respuesta de los tribunales ante la ausencia de previsión normativa específica en la materia

La carencia de regulación sobre el derecho a la desconexión digital en entornos laborales no ha significado, ni mucho menos, una desprotección total y absoluta de los trabajadores frente a decisiones empresariales que se han revelado desproporcionadas. Esta laguna normativa ha sido en ocasiones colmada por nuestros tribunales, que han puesto coto a los excesos de conectividad respecto de las plataformas digitales por encima de la jornada ordinaria de trabajo. Buen ejemplo de ello es la sentencia, ya lejana en el tiempo, dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional con fecha de 17 de julio de 1997⁴. El supuesto de hecho consistió en que una empresa comunicó a todos los empleados que tuvieran a su disposición el teléfono móvil de la compañía que su uso sería exclusivamente para temas profesionales y, además, ordenó a los «comerciales» que siempre debían de tener conectado dicho dispositivo. El sindicato accionante planteó tres cuestiones y sólo la tercera, que es la que afecta al derecho a la desconexión digital, fue la que prosperó. En concreto, la citada sentencia consideró que los derechos de los trabajadores quedarían perjudicados si se les obligara a «mantener una conexión ininterrumpida y en todo momento de los teléfonos móviles de la empresa y de todos sus clientes. Se sobrepasan las facultades normales y re-

gulares de la empresa, en los términos previstos por el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores, si se obliga a los empleados a desarrollar su actividad profesional o a estar pendientes de recibir comunicaciones en todo momento, incluso en las horas no coincidentes con la jornada de trabajo asignada a cada uno de ellos, pues a ese resultado se llegaría si se vieran forzados a mantener una atención constante a sus teléfonos móviles en todo momento». En definitiva, la Audiencia Nacional declaró la nulidad de la regla empresarial en virtud de la cual la compañía obligaba a sus trabajadores a mantener una atención fija en los teléfonos móviles una vez concluida la jornada de trabajo.

Algo más reciente en el tiempo, en la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2015⁵, se discutió la validez de una cláusula contractual por la que se estableció que las «partes convienen expresamente que cualquier tipo de comunicación relativa a este contrato, a la relación laboral o al puesto de trabajo, podrá ser enviada al trabajador vía SMS o vía correo electrónico...según los datos facilitados por el trabajador a efectos de contacto». La sentencia de instancia, dictada por la Audiencia Nacional con fecha de 28 de enero de 2014, declaró la nulidad de la referida cláusula. Posteriormente, el Tribunal Supremo consideró que los datos cuya incorporación al contrato se cuestionan, en concreto, teléfono móvil y correo electrónico, en manera alguna están exentos del consentimiento por parte del trabajador. En este sentido, arguyó que no entran en la excepción general del extinto artículo 6.2 LOPD porque en absoluto «son necesarios para el mantenimiento o cumplimiento» del contrato de trabajo, ni mucho menos «imprescindibles». Tampoco pueden incluirse en la previsión específica que al efecto lleva a cabo el artículo 2.2 del RD 1720/2007⁶, por cuanto que la misma se refiere exclusivamente al teléfono y dirección electrónica «profesionales», esto es, los medios de comunicación destinados, específicamente, a la actividad profesional del trabajador. Ahora bien, el Tribunal Supremo no niega que voluntariamente puedan cederse a la empresa los datos referidos al número de teléfono y cuenta de correo personal, pues ello es algo incuestionable, ya que no cabe perder de vista que el consentimiento es la clave de bóveda del derecho a la protección de datos (junto con la información del tratamiento de los mismos). Por consiguiente, si el trabajador voluntariamente decide comunicar estos datos a la empresa, no cabe objetar nada frente a esta postura personal. Cuestión distinta ya sería el uso abusivo que se pudiera hacer sobre los mismos una vez iniciada la relación laboral.

Siguiendo con la obligación de estar permanentemente conectados a una red telefónica, podemos

traer a colación la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de febrero de 2018⁷, que resolvió una cuestión prejudicial en torno a la consideración como tiempo de trabajo de las guardias domiciliarias. El supuesto de hecho fue el de un bombero belga que solicitó una indemnización del Ayuntamiento de Nivelles por no abonarle las retribuciones relativas a sus servicios de guardia domiciliaria. El TJUE ha precisado, en primer lugar, que los conceptos de «tiempo de trabajo» y «período de descanso» se excluyen mutuamente. Por ello, en mi opinión, de acuerdo con esta interpretación, las guardias caerán de un lado o del otro, sin que quepan estadios intermedios (dependiendo, claro está, de cada caso concreto). Así las cosas, el factor determinante para la calificación de «tiempo de trabajo», en el sentido de la Directiva 2003/88, es el hecho de que el trabajador esté obligado a permanecer físicamente presente en el lugar determinado por el empresario y a disposición de este para poder prestar sus servicios inmediatamente en caso de necesidad. En el supuesto resuelto por la sentencia de 21 de febrero de 2018 el trabajador debía de responder a las convocatorias de su empresario en un plazo de 8 minutos y, por otra parte, estaba obligado a estar presente físicamente en el lugar determinado por este. De suerte que, tal y como ha sido argumentado por el TJUE «la obligación de permanecer presente físicamente en el lugar determinado por el empresario y la restricción que, desde un punto de vista geográfico y temporal, supone la necesidad de presentarse en el lugar de trabajo en un plazo de ocho minutos, limitan de manera objetiva las posibilidades que tiene un trabajador que se encuentra en la situación del Sr. Matzak de dedicarse a sus intereses personales y sociales». Por lo tanto, el Tribunal Europeo concluyó que la situación de guardia domiciliaria del Sr. Matzak debe de considerarse como tiempo de trabajo. Se trata, sin duda, de una respuesta ante una situación muy concreta y que entiendo que no puede ser extrapolable a todos los supuestos de guardias domiciliarias. Lo determinante será, en mi opinión, el grado de disponibilidad que tenga el trabajador para realizar cualquier actividad de ocio o de vida personal y familiar, considerándose como tiempo de trabajo cuando esté claramente restringida o limitada, como así sucede en el caso del bombero belga. Junto con ello, el TJUE recuerda que los Estados miembros pueden establecer en su derecho nacional que la retribución de un trabajador en «tiempo de trabajo» no sea la misma que la de un trabajador en «período de descanso», hasta el punto de que pueden llegar a no reconocer retribución alguna durante este último período.

Consecuentemente, aunque hasta la aprobación del Ley 3/2018, de 5 de diciembre, no se había previsto nada al respecto, los tribunales españoles fueron

dando respuesta a algunas de las cuestiones que se les habían planteado en relación con el alcance de las comunicaciones empresariales fuera de la jornada laboral. Así, de un lado, la Audiencia Nacional resolvió que es contrario a derecho y que excede del mandato del artículo 20 ET cualquier orden empresarial que obligue a los trabajadores a mantener el teléfono profesional operativo más allá de la jornada laboral. De otro lado, el Tribunal Supremo precisó que es abusivo que la empresa imponga una cláusula mediante la cual se exija a los trabajadores proporcionar los datos relativos a su número de teléfono y cuenta de correo de índole personal. En último término, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró como tiempo de trabajo una guardia domiciliaria en la que una persona debe de estar pendiente del teléfono móvil y en caso de llamada presentarse en ocho minutos en el lugar de trabajo. Todas estas respuestas judiciales inciden con mayor o menor intensidad en la escisión entre tiempo de trabajo y descanso y, veladamente, en el derecho a la desconexión digital. Por este motivo, en mi opinión, quizás no hubiera sido necesario regular esta cuestión (o cuanto menos, hacerlo en los términos en los que se ha llevado a cabo), pues no cabe perder de vista que los artículos 34 y siguientes del Estatuto de los Trabajadores, junto con la intervención judicial, daban suficiente cobertura a estas situaciones. En ese sentido, el Estatuto de los Trabajadores, y más ampliamente la negociación colectiva, ya ponen límites a la jornada de trabajo y regulan el régimen jurídico de los permisos, los descansos y las vacaciones. También en el ámbito del empleo público se ponen límites a la duración de la jornada, particularmente, en su ley reguladora (EBEP) y demás normativa de aplicación. Ahora bien, cuando esta cuestión no se encontraba regulada, el recurso a la normativa vigente solamente era eficaz cuando una determinada empresa, mostrando una evidente imprudencia, imponía una norma escrita en la que expresamente obligaba a sus empleados a estar conectados de forma permanente fuera de la jornada laboral. Sin embargo, la situación más común y que mayores dificultades de control y falta de reacción provoca, tiene lugar cuando la comunicación digital extemporánea se realiza *de facto*, es decir, de forma espontánea. De forma resumida, me estoy refiriendo a los supuestos en los que se envían mensajes o se realizan llamadas fuera de la jornada de trabajo sin que exista ninguna orden empresarial aparente. En estos casos resulta mucho más complicado actuar, pues una orden empresarial reflejada por escrito puede toparse con la oposición de algún sindicato que tenga presencia en esa empresa, o bien por la representación legal de los trabajadores si la hubiera. Pero un correo o mensaje personal enviado de forma individual difícilmente va a encontrar respuesta por parte del trabajador afectado. Si estas

comunicaciones llevadas a cabo durante el tiempo de descanso se suceden por goteo, durante un periodo persistente de tiempo, pueden desembocar en alguno de los trastornos de salud que he mencionado más arriba, por ejemplo, en el síndrome de estar «quemado». Desde esta perspectiva, la regulación del derecho a la desconexión digital puede tener cierto interés. Aunque como luego veremos, en mi opinión, esta cuestión ha sido abordada desde un punto de vista erróneo, de una forma tímida y claramente insuficiente (puede, por ende, que ineficaz).

3. El precedente normativo francés: el espejo en el que se ha mirado el legislador español

En el año 2016 la República Francesa fue pionera a la hora de legislar en materia de desconexión digital en el ámbito laboral y, en gran medida, este hito reavivó el debate en nuestro país. Fue el 9 de agosto de 2016 cuando el Diario Oficial de la República Francesa publicó la Ley n.º 2016-1088 de 8 de agosto de 2016⁸, mediante la cual se incorporó un nuevo apartado séptimo en el artículo L 2242-8 del Código de Trabajo Francés. Traducido al castellano, dicho precepto viene a decir, textualmente, que la negociación anual sobre igualdad de mujeres y hombres deberá de tratar «las modalidades de 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, a fin de asegurar el respeto al tiempo de descanso y vacaciones, así como a su vida personal y familiar». En caso de que no hubiera acuerdo en la negociación de esta materia, corresponde al empresario, previa consulta con los representantes de los trabajadores, elaborar 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 sensibilización sobre un uso razonable de los dispositivos digitales, dirigida a los trabajadores, mandos intermedios y dirección»).

El precedente francés ha sido visto por una parte de doctrina como una ley más programática que imperativa en su ejecución práctica (Vallecillo Gámez, 2017), mientras que, para otro sector, pese a reconocer el mencionado carácter, ha supuesto un gran avance

en el proceso «positivizador» del derecho a la desconexión digital (Aleman Páez, 2017). La configuración de la desconexión digital como un derecho pone el acento en el trabajador, que pasa a ser titular del mismo (Mathieu, Péretié y Picault, 2016). Por lo tanto, tiene como objeto proteger a los trabajadores (Loiseau, 2017). En este sentido, debe de cumplir con una doble faceta: de un lado, la obligación del trabajador de desconectarse y, para el empresario, la necesidad de asegurar el respeto a la misma (Ray, 2016).

Como podemos apreciar a simple vista, este derecho viene incardinado en el seno de la negociación colectiva anual en materia de igualdad de género, por lo que quizás la técnica jurídica utilizada por el legislador francés no haya sido la más convincente —ni conveniente—. Junto con ello, en el texto de nuestro país vecino no se define en ningún momento la nueva categoría jurídica instaurada. En esencia, la ley francesa no preceptúa un derecho imperativo, ni recoge sanción o consecuencia alguna sobre su infracción, bien antes, al contrario, cede a la negociación colectiva el testigo para que sea esta la que regule la desconexión digital con la finalidad de asegurar el respeto al tiempo de descanso y vacaciones de los trabajadores, así como a su vida personal y familiar. No obstante, algunos autores franceses han defendido que la negociación llevada a cabo en esta materia puede prever sanciones, pudiendo este compromiso adoptado por los firmantes ser controlado por la Inspección de Trabajo (Bourgeaus, Turanchet y Alas-Luqueas, 2017). En este sentido, la negociación colectiva empresarial adquiere un papel central en este sistema e incide en la necesidad de formación y de contemplar acciones concretas para garantizar su efectividad (Cialti, 2017). Ahora bien, en caso de que no hubiera acuerdo corresponderá al propio empresario, previa consulta con los representantes legales, elaborar una política que preserve el derecho a la desconexión digital, contemplándose sus modalidades de ejercicio, así como la formación y sensibilización de trabajadores y directivos. De este modo, el poder unilateral del empresario en este punto encuentra compensación en la obligación de consultar al comité de empresa para que emita un informe no vinculante (Cialti, 2017). Este reglamento interno no podrá contener una mera declaración de intenciones, puesto que el tenor de la ley francesa indica que cabe asegurar *le plene exercice* del mismo (Mathieu, Péretié y Picault, 2016).

Otra crítica que se le ha hecho a esta regulación es que no se aplica a todas las empresas y, por ende, no llega a proteger a todas las personas, sino únicamente a las que ocupen a más de 50 trabajadores (Ray, 2016 o Di Meo, 2017). Por lo tanto, en la experiencia francesa se abre un espacio importante para la negociación colectiva, que tendrá la encomienda

de precisar el alcance, en ausencia de definición legal, del predicado derecho a la desconexión (Mercader Uguina, 2017). Hay incluso quien ha sostenido que el artículo 88 de la Ley 3/2018, de 5 de diciembre, al que más adelante me referiré, es claramente deudor de la regulación francesa o, dicho de otro modo, que esta última ha sido precursora de la regulación española (Igartua Miró, 2019). Precisamente, en Francia, ya existen a día de hoy multitud de acuerdos empresariales en relación con este tema, dado que la obligación para llevarlos a cabo comenzaba a partir de enero de 2017. Así las cosas, tras la lectura de varios de ellos, todos coinciden a la hora intentar conceptualizar la desconexión digital y regular las modalidades de su ejercicio. Muchos de ellos inciden en el derecho que asiste a los trabajadores para negarse a contestar fuera de la jornada. Ahora bien, no he observado la previsión de sanciones específicas ante el incumplimiento empresarial y la configuración de un canal de reacción eficaz y efectiva por parte de los trabajadores cuando dicho derecho se haya visto vulnerado (por lo menos, en su gran mayoría no las contemplan, siendo posible que algún acuerdo aislado sí que las pueda llegar a regular).

4. El precedente normativo italiano

Con posterioridad a la norma francesa, la República de Italia también aprobó una interesante reforma donde se deja entrever una cierta preocupación por la desconexión digital como derecho de los trabajadores reconocido *ex lege*. Dicha incorporación vino de la mano de la Legge 22 maggio 2017, n.º 81, relativa a las medidas de tutela del trabajo autónomo y medidas para favorecer una articulación flexible del tiempo y lugar de trabajo por cuenta ajena⁹. La mencionada norma entró en vigor el 14 de junio de 2017. En su capítulo segundo, artículos 18 a 24 se regula el *lavoro agile* (trabajo ágil), que viene a constituir una forma de desempeño de la actividad flexible donde se alterna la presencia física en la empresa con el trabajo a distancia.

Para esta modalidad de trabajo reconocida legalmente en Italia se prevén ciertas cautelas, incluidas las relativas a la prevención de riesgos laborales. En lo que a este estudio interesa cabe tener en cuenta, especialmente, el contenido del artículo 19 de la señalada Ley, donde de una forma clara se reconoce el

derecho que tienen estos trabajadores al respeto a su tiempo de descanso y se ordena acordar la desconexión del empleado de los instrumentos tecnológicos de trabajo que son parte fundamental de esta modalidad de «trabajo ágil»¹⁰.

En puridad, el legislador italiano tampoco califica expresamente a la desconexión digital como un derecho, como así sucede en la normativa francesa, extremo que sí que aparece claramente especificado en la tramitación parlamentaria del precepto en cuestión (Di Meo, 2017). Aunque sí que ordena que en el desempeño de la modalidad contractual del «trabajo ágil» el empleado pueda desconectar de los instrumentos tecnológicos y para ello será necesario estructurar el tiempo de trabajo. En definitiva, el «trabajo ágil» parece responder a un *tertium genus* entre trabajo presencial y a distancia, siendo en esta segunda vertiente, que es cuando la actividad se desempeña desde casa, donde se deben acordar reglas para desconectar digitalmente del trabajo.

5. El precedente convencional español: el Convenio Colectivo del Grupo AXA

La mayoría de autores que se aproximaron a este tema con anterioridad a la Ley Orgánica 3/2018 coinciden en que el instrumento más adecuado para acometer la regulación del derecho a la desconexión digital es el convenio colectivo (Gordo González, 2017), además, siendo preferible el de empresa (Ushakova, 2016).

Sin necesidad de utilizar el convenio colectivo como vehículo de normalización, algunas grandes empresas han ido implantando en su hoja de ruta protocolos de actuación en materia de desconexión digital. Por ejemplo, en Mercedes Benz los trabajadores pueden acogerse al programa *Mail on holiday* que direcciona a otros compañeros los correos que les lleguen a través de la cuenta de Outlook mientras se encuentran disfrutando de sus vacaciones. Por su parte, y sin movernos del sector de los «gigantes» del motor, la empresa Volkswagen viene desconectando desde 2011 sus servidores informáticos entre las 18:15 horas y las 7:00 horas (Mercader Uguina, 2017). Otras empresas, como es el caso de IBM, han optado por no controlar los días de vacaciones de sus empleados, argumentando que estos pueden organizar libremente su ocio y su trabajo (Gordo González, 2017).

El reflejo de la desconexión digital en la negociación colectiva es todavía muy incipiente y, salvo error o desconocimiento por mi parte, la primera regulación de este derecho fue llevada a cabo por parte del Convenio Colectivo del Grupo AXA. En el texto convencional de esta compañía de seguros, negociado para el arco temporal 2017-2020, se puede observar un Capítulo III referido a la *organización del trabajo y nuevas tecnologías* donde se encuentra ubicado el artículo 14, que textualmente reconoce el *derecho a la desconexión digital*. El precepto aludido se detiene en primer lugar en realizar un breve análisis sobre el estado de la cuestión, reconociendo que el avance de la tecnología ha incidido en la forma en la que se presta la relación laboral, en concreto, en la delgada línea existente hoy en día entre el tiempo de trabajo y el descanso¹¹. En consecuencia, los primeros asertos del artículo 14 del Convenio de AXA aportan más bien poco jurídicamente hablando, pues no obligan, ni reconocen, ni comprometen a nada. En este sentido, hasta el último de los tres párrafos en los que se divide este artículo no aparece cierto compromiso por parte de la aseguradora. Textualmente, el párrafo tercero del precepto que nos ocupa, señala lo siguiente: «es por ello que las partes firmantes de este Convenio coinciden en la necesidad de impulsar el derecho a la desconexión digital una vez finalizada la jornada laboral. Consecuentemente, salvo causa de fuerza mayor o circunstancias excepcionales, AXA reconoce el derecho de los trabajadores a no responder a los mails o mensajes profesionales fuera de su horario de trabajo». La primera parte del párrafo no es más que una mera declaración de intenciones sin repercusión aparente, pues simplemente se muestra el compromiso de los firmantes a «impulsar» el derecho a la desconexión digital, extremo que finalmente ni siquiera puede que llegue a producirse. Un tanto más comprometida, aunque con demasiada timidez, es la locución final, donde se indica que salvo «causa de fuerza mayor o circunstancias excepcionales, AXA reconoce el derecho de los trabajadores a no responder a los mails o mensajes profesionales fuera de su horario de trabajo». Varias cuestiones resultan criticables, a mi entender, acerca de esta regulación convencional.

En primer lugar, acuso una falta de armonización y sistematización dentro del propio Convenio donde se refuerce este «supuesto derecho» a la desconexión digital. Ciertamente, se podría haber aprovechado la ocasión para reflejar este derecho en algunos de los artículos referidos a la jornada, a las horas extraordinarias o en los artículos 28 y 29 que regulan el régimen de los descansos y las vacaciones, respectivamente. Quizás una mayor y mejor coordinación hubiera ayudado a reforzar este derecho que fue incluido por vez

primera en el artículo 14 del citado Convenio Colectivo del Grupo AXA.

En segundo lugar, creo que hubiera sido deseable que se anudaran algunas repercusiones ante el incumplimiento por parte de la empresa, ya que el artículo 14 solamente reconoce el derecho a no responder mails y mensajes profesionales fuera del horario laboral, pero no dota a los trabajadores de ningún canal especial para reclamar en caso de que esta previsión no se cumpla. Tampoco se implica a los representantes legales de los trabajadores en esta materia, más allá de que junto con el empresario coinciden en la necesidad de impulsar este derecho. En definitiva, me estoy refiriendo a la falta de implantación de algún mecanismo útil para asegurar el cumplimiento de este derecho o bien de incluir alguna vía de impugnación o evacuación ante su eventual incumplimiento por parte de la empresa.

6. La regulación normativa en España: el artículo 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre

La Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre nació, en un primer momento, con el propósito de reformar y sustituir a la anterior Ley Orgánica de Protección de Datos Personales del año 1999. Era necesario que nuestro ordenamiento se adaptara al Reglamento Europeo de Protección de Datos de Carácter Personal —del año 2016—¹². No obstante, en la tramitación parlamentaria de esta norma se amplió el horizonte de dicho texto, incluyéndose un apartado relativo a la garantía de los derechos digitales. Sin desmerecer la primera parte, que se centra en la sistematización de la protección de datos, la segunda de ellas, correspondiente con el Título X, tiene una clara y directa implicación sobre el régimen jurídico de las relaciones laborales. De todos los derechos ahora expresamente regulados en el mencionado Título X, me interesa exclusivamente, a los efectos de este estudio, el relativo a la desconexión digital en el ámbito laboral. Esta cuestión se encuentra contemplada en el artículo 88.1 de la LO 3/2018, que comienza disponiendo lo siguiente: «los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiares».

Lo primero que llama la atención de la redacción transcrita es la falta de definición o delimitación del contenido de este derecho (Igartua Miró, 2019). En este sentido, el legislador no se ha detenido en conceptualizar lo que debemos de entender por derecho a la desconexión digital (quizás deba de ser la negociación colectiva la que lleve a cabo esta tarea). En mi opinión, ante la ausencia de definición legal, debemos de entender que a través de este derecho se pretende proteger a los empleados frente a las comunicaciones llevadas a cabo a través de dispositivos digitales por parte del empresario fuera de la jornada laboral, es decir, durante el tiempo de descanso. En este sentido, la finalidad del derecho a la desconexión digital consiste en delimitar el tiempo destinado al ocio o descanso del empleado (Alegre Nueno, 2018).

Otra cuestión muy importante que merece la pena destacar es que el legislador ha optado por configurar esta cuestión en clave de derecho y no como un deber empresarial. Es cierto que, por regla general, todo derecho conlleva, como contrapartida, la obligación de otra parte, que en este caso particular viene representada por el empresario. Ahora bien, el hecho de que no haya sido regulado como un deber por parte del empresario, la debemos de entender como una falta de previsión en clave de sanción, bien administrativa o bien en materia de Prevención de Riesgos Laborales. Probablemente, hubiera sido más acertado incluir este derecho en una reforma laboral o bien, directamente, en la LPRL (Igartua Miró, 2019). Junto con ello, entiendo que hubiera sido interesante modificar la LISOS, estableciendo de este modo un deber empresarial de no injerencia en los periodos de descanso de los trabajadores. Sin embargo, se ha aprovechado la inercia de una Ley que se estaba tramitando y que tenía visos de salir finalmente a la luz. Lo que sí que parece claro es que la configuración de un derecho va a permitir la oposición del trabajador cuando el empresario contacte con el mismo fuera de su horario de prestación de servicios, pues se trata de una orden ajena al marco temporal que limita la relación laboral (Altés Tárrega y Yagüe Blanco, 2019). Finalmente, a los efectos de este estudio, no cabe dejar pasar por alto que el inicio del artículo 88 de la Ley 3/2018 efectúa una referencia expresa en favor de los empleados públicos, pues en caso contrario, de haber citado exclusivamente a los trabajadores, quizás hubieran existido mayores problemas a la hora de extender este derecho a los primeros.

El segundo apartado del artículo 88 de la Ley Orgánica 3/2018 señala que «las modalidades de ejercicio de este derecho atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral, potenciarán el derecho a

la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar y se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores». La primera parte de esta frase alude a una cuestión obvia, referida a que el grado de aplicación del derecho dependerá del tipo de trabajo que se realice. Visiblemente, no es lo mismo su proyección en una empresa con un importante componente tecnológico, que en otra de cuya forma de llevar a cabo la actividad sea un tanto más tradicional. Tampoco será lo mismo en aquellos trabajos que se desarrollan íntegramente en un lugar concreto y la de aquellos otros donde en el empleado dispone de una mayor movilidad e, incluso, los que se desenvuelven plenamente a distancia (teletrabajo). De igual modo, en el seno de una misma empresa, el personal que realiza un trabajo más rutinario o repetitivo dista a estos efectos respecto de los empleados que tienen un mayor grado de responsabilidad y, con ello, más flexibilidad horaria y más dependencia de los instrumentos digitales (correo electrónico, redes sociales o teléfono móvil). En definitiva, la intensidad del derecho a la desconexión variará en función de la actividad económica desarrollada y del sector productivo en el que se enmarque una concreta empresa. Por este motivo, será importante que la negociación colectiva entre a regular esta cuestión atendiendo a las especialidades de un determinado sector o de la concreta empresa a la que debe de afectar dicha previsión.

El segundo aserto de este párrafo sujeta esta cuestión a los dispuesto por la negociación colectiva o, en su caso, por acuerdo entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores. Esto aparece expresamente referenciado en el artículo 88 de la Ley 3/2018, en el párrafo acabado de transcribir, donde se establece que las formas concretas de la ejecución de este derecho se someterán a la negociación colectiva, referencia que debemos de entender realizada hacia el convenio colectivo (sin especificarse en ningún caso sobre el ámbito aplicativo del mismo) o, en su caso, a un acuerdo entre empresario y representantes (que de forma autónoma, separada y particular regule este derecho). Esta previsión no presenta mayores dificultades en su aplicación en el sector público, puesto que el artículo 37.1 m) EBEP incluye entre las materias que pueden ser objeto de negociación colectiva las referidas a «las referidas a calendario laboral, horarios, jornadas, vacaciones, permisos (...)» (Rodríguez Escanciano, 2019).

El tercero de los apartados del artículo 88 sí que establece una obligación sobre el empresario, consistente en «elaborar una política interna dirigida a trabajadores, incluidos los que ocupen puestos directivos, en

la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática». Esta tarea debe de llevarse a cabo previa audiencia con los representantes legales de los trabajadores. Aunque el artículo 88.3 LO 3/2018 se refiera exclusivamente a los «trabajadores», debemos de entender incluidos dentro de esta previsión a los empleados públicos, dado que el apartado primero de este precepto los cita expresamente, por lo que entiendo que les resultará de aplicación todo lo dispuesto a lo largo de este precepto. En este sentido, las Administraciones Públicas quedarán compelidas a definir las diferentes modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión en función de los grupos profesionales o tipos de trabajo a realizar. Asimismo, deberán de implementar actuaciones de formación y sensibilización sobre el uso razonable de las herramientas informáticas, es decir, llevar a cabo labores de concienciación sobre los peligros de la sobresaturación y sobreexposición a los medios digitales. En particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia, así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas. Cuando la norma se refiere a los directivos, también debemos de entender incluidos al personal de alta dirección que presta servicios en el ámbito de lo público, normalmente con mayor flexibilidad horaria y, por lo general, más conectados y dependientes de las tecnologías (en especial, teléfonos y correos electrónicos). De hecho, en el contexto del empleo público, el personal especialmente afectado a llamadas y mensajes fuera del horario laboral son, precisamente, los que ocupan puestos de mayor nivel administrativo, es decir, los más cercanos a los núcleos decisorios de la Administración (Arroyo Yanes, 2018).

En último término, me gustaría añadir que la reforma de la Ley Orgánica 3/2018 también ha inspirado la modificación del artículo 20 ET y, paralelamente, del 14 EBEP. Este último precepto ha sido alterado por mor de la Disposición final decimocuarta de la citada Ley Orgánica 3/2018, añadiéndose un nuevo apartado j) *bis* que en la actualidad presenta el siguiente tenor: los empleados públicos tienen el derecho «a la intimidad en el uso de dispositivos digitales puestos a su disposición y frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización, así como a la desconexión digital en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales». Como podrá observarse sin demasiadas dificultades, el artículo 14 j) *bis* del EBEP no regula en profundidad esta cuestión, sino que simplemente direcciona a la legislación

de protección de datos, concretamente, en materia de desconexión digital debe entenderse realizada hacia el artículo 88 de la Ley 3/2018. Del mismo modo que ha sucedido con el nuevo artículo 20 *bis* ET, el contenido del nuevo mandato tiene un valor más declarativo que constitutivo y remite de forma circular al régimen jurídico establecido en la propia disposición normativa que lo ha creado, lo que lo vacía de contenido (Altés Tárrega y Yagüe Blanco, 2019).

7. Conclusiones: el error de enfoque cometido por el legislador

Tal y como he advertido en este breve estudio, creo que estamos ante un problema clásico que con el avance de la tecnología ha llegado a alcanzar una dimensión un tanto más preocupante. La posibilidad de estar conectados en todo momento a internet y a otra serie de aplicaciones a través de los dispositivos móviles supone un potencial muy elevado para, entre otras muchas cuestiones, poder recibir comunicaciones empresariales referidas a la actividad laboral. Esta situación ha terminado por difuminar, de forma decidida, la línea que separa el tiempo dedicado al trabajo y el tiempo de descanso.

El problema de la desconexión digital ha recibido recientemente respuesta por parte del legislador. Ha sido la Ley 3/2018, de 5 diciembre, la que lo ha dotado de contenido y, junto con ello, la que ha incorporado sendas previsiones en los artículos 20 *bis* ET y 14 j) *bis* EBEP. La modificación de los citados preceptos nos da a entender que el derecho a la desconexión digital se relaciona con la conciliación de la vida personal y familiar. Ahora bien, en mi opinión, la perspectiva con la que ha sido abordada esta cuestión es del todo errónea. En este sentido, entiendo que, en lugar de incorporarse como un derecho de los trabajadores, la desconexión digital tendría que haberse previsto como un deber para el empleador. Es cierto que el derecho de los trabajadores a no ser «molestado» durante su tiempo de descanso conlleva la obligación de la empresa de no comunicarse con ellos. También es cierto que esto incluye un derecho de resistencia por parte del empleado consistente en no contestar las llamadas y mensajes recibidos fuera de la jornada laboral. Pero no lo es menos que muchos trabajadores pueden tener miedo a la hora de impugnar de forma individual la vulneración de este derecho. Por este motivo, entiendo que hubiera sido preferible configurar un deber del empresario consistente en no en-

viar notificaciones y mensajes de contenido laboral fuera de la jornada de trabajo y, en general, durante el tiempo de descanso de los empleados.

En este orden de cosas, una adecuada conjunción entre el ET, el EBEP, LISOS y LPRL podría haber ofrecido una útil y eficaz solución frente a este problema. En este sentido, con la regulación actual le corresponde al trabajador individual reaccionar frente a conductas empresariales que vulneren este derecho, no habiéndose previsto por la normativa unos cauces eficaces para hacerlo efectivo. Por su parte, la configuración de la desconexión digital como un deber empresarial y su inclusión en la LISOS en clave de sanción permitiría intervenir a la Inspección de Trabajo, por lo que considero que tendría un efecto corrector mucho mayor para poder detener estas conductas. Su incorporación en la LPRL responde a su conexión con la salud de los trabajadores, puesto que la desconexión digital no se identifica, única y exclusivamente, con la conciliación de la vida privada y familiar. Olvida el legislador la influencia que esta cuestión puede tener en relación con las enfermedades profesionales provocadas por la sobreexposición al trabajo. Por este motivo, entiendo que hubiera sido deseable incluir una previsión sobre el particular en la LPRL. Junto con ello, además de reconocerse por vía legal la vinculación de esta cuestión con el estado de la salud de los trabajadores, adquirirían competencias de supervisión los Delegados de Prevención (en caso de que la empresa cuente con esta representación). Pero, además, del mismo modo, entiendo que sería posible que, ante un diagnóstico de enfermedad profesional derivada de la excesiva conexión digital al trabajo, tendría cabida un eventual recargo de prestaciones, precisamente, por no observarse las normas en materia de salud laboral.

En cualquier caso, con la regulación actual, le corresponde a la negociación colectiva y, en su defecto, a los representantes de los trabajadores a través de un acuerdo con el empresario, perfilar los mecanismos oportunos para poder implantar este derecho y contemplar las vías necesarias para hacerlo plenamente efectivo. En este sentido, en mi opinión, el problema no será tanto el hecho de reconocer la existencia de un derecho a la desconexión digital ya previsto por ley, sino que consistirá en asegurar su efectividad, siendo que, las empresas y los trabajadores deben tomar conciencia de los riesgos físicos y psíquicos que conlleva el exceso del tiempo de trabajo y la dependencia tecnológica (Aguilera Izquierdo y Cristóbal Roncero, 2017).

Seguramente, en el ámbito del empleo público, los mensajes del empleador enviados fuera de la jornada sean menos frecuentes que en el ámbito privado. Esta situación viene provocada por el mayor cumplimiento del horario que se suele dar en las re-

laciones laborales prestada en el seno de las Administraciones Públicas. Así, en este terreno, si hay una determinada tarea por terminar, normalmente se puede retomar al día siguiente, dentro del horario laboral. No suelen existir, por ende, las mismas necesidades de urgencia que en la mayoría de los entornos laborales del ámbito privado. La carencia de ánimo de lucro en la mayoría de puestos de naturaleza pública invita a que el problema de la desconexión digital sea, probablemente, menos frecuente en este tipo de trabajos. Además, junto con ello, el sistema de acceso al empleo público y la naturaleza más o menos estable del mismo puede animar a los trabajadores de las Administraciones Públicas a reaccionar frente a abusos relacionados con la desconexión digital, sin miedo a represalias (por lo que su regulación en clave de derecho pueda estar más justificada). Por todo ello, considero que el problema de la desconexión digital de los empleados públicos es un tanto menos acusado que en el ámbito privado, pero que en cualquier caso creo que es necesario su desarrollo convencional.

Bibliografía

- Aguilera Izquierdo, R. y Cristóbal Roncero, R. (2017). Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: el derecho a la desconexión tecnológica. *El futuro del trabajo que queremos*, MEYSS. Recuperado de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-madrid/documents/publication/wcms_615487.pdf
- Alegre Nuevo, M. (2018). La prevención de los nuevos riesgos psicosociales y el derecho a la «desconexión digital». *Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, 155, 38-41.
- Alemán Páez, F. (2017). El derecho a la desconexión digital (I). Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la «Loi Travail N.º 2016-1088». *Revista de Trabajo y Derecho*, 30, 12-33.
- Altés Tárrega, J.A y Yagüe Blanco, S. (2019). El derecho a la desconexión digital en el trabajo. *Comunicación al XXIX Congreso de la AEDTSS: «El futuro del trabajo: cien años de la OIT»*, 30-31 de mayo 2019.
- Arroyo Yanes, L.M. (2018). La digitalización de las Administraciones Públicas y su impacto sobre el régimen jurídico de los empleados públicos. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 15, 82-99.
- Bourgeaus, M. Turanchet, L. y Alas-Luquetas, X. (2017). Le droit à la déconnexion. *La Semaine Juridique-Édition Sociale*, 24.
- Cialti, P.H. (2017). El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece? *Temas Laborales*, 137, 163-181.
- Di Meo, R. (2017). Il diritto alla disconnessione nella prospettiva italiana e comparata. *Labour & Law Issues*, 2, 17-38.
- García-Perrote Escartín, I y Mercader Uguina, J.R. (2016). El permanente debate sobre la jornada laboral: una cuestión clásica (reducción del tiempo de trabajo) y otra reciente (el derecho a la desconexión del trabajo). *Revista de Información Laboral*, 10, (BIB 2016\80442).
- Gordo González, L. (2017). El Derecho del Trabajo 2.0: la necesidad de actualizar el marco de las relaciones laborales a las nuevas tecnologías. *Revista de Información Laboral*, 12, 171-182.
- Igartua Miró, M.ª T. (2019). El derecho a la desconexión en la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 432, 61-87.
- Loiseau, G. (2017). La déconnexion. Observations sur la régulation du travail dans le nouvel espace-temps des entreprises connectés. *Droit social*, 5, 463-470.
- López Balaguer, M. (2003). La ordenación del tiempo de trabajo. *El modelo social en la Constitución Española de 1978* (Sempere Navaro, A.V. Dir.), MTAS, 409-432.
- Mathieu, C. Péretié, M.M. y Picault, A. (2016). Le droit à la déconnexion: une chimère?. *Revue de droit du travail*, 10, 592-610.
- Mercader Uguina, J.R. (2017). *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y robótica*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 160-163.
- Naval, C. Serrano-Puche, J. Sábada, C. y Arbués, E. (2016). Sobre la necesidad de desconectar: algunos datos y propuestas. *Education in the Knowledge Society*, 2, 73-90.
- Ray, J.E. (2016). Grande accélération et droit à la déconnexion. *Droit social*, 11, 912-920.
- Rodríguez Escanciano, S. (2019). Posibilidades y límites en el control de los correos electrónicos de los empleados públicos a la luz de la normativa de protección de datos. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 16, 110-127.
- Rodríguez Fernández, M.ª L. y Pérez del Prado, D. (2017). Economía Digital: su impacto sobre las condiciones de trabajo y empleo. Estudio de caso sobre dos empresas de base tecnológica. *Informe realizado a instancias de la Fundación para el Diálogo Social*, 16-28.
- Soldevila, L. (2016). Desconexión. Objetivo: rendir más y vivir mejor. *Harvard Deusto Business Review*, 262, 20-28.
- Ushakova, T. (2016). De la conciliación a la desconexión tecnológica. Apuntes para el debate. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 192, 117-138.
- Vallecillo Gámez, M.ª R. (2017). El derecho a la desconexión: «¿novedad digital» o esnobismo del «viejo» derecho al descanso. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 408, 167-178.

Notas

- 1 Convenio n.º 1 de la OIT sobre las horas de trabajo (industria). Adoptado en Washington en la primera reunión CIT el 28 de noviembre de 1919 (entrada en vigor el 13 de junio de 1921).
- 2 OIT, «Trabajar para un futuro más prometedor – Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo», 2019, página 10.
- 3 Así lo ha reconocido, por ejemplo, el Estudio de la OIT «La prevención del estrés en el trabajo: Lista de puntos de comprobación» editado en el año 2013, en su página 61.
- 4 SAN de 17 de julio de 1997 (AS/1997/3370).
- 5 STS (Sala de lo Social) de 21 de septiembre de 2015, recud. 259/2014.
- 6 Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.
- 7 STJUE de 21 de febrero de 2018, asunto C-518/15, caso Rudy Matzak.
- 8 LOI n.º 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (JORF n.º 0184 su 9 août 2016).
- 9 Legge 22 maggio 2017, n.º 81. Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato.
- 10 El artículo 19.1, *in fine*, de la Ley Italiana establece, textualmente que: «l'accordo individua altresì i tempi di riposo del lavoratore nonché le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro».
- 11 Así lo expresa textualmente el artículo 14 del Convenio de AXA: «los cambios tecnológicos producidos en las últimas décadas han provocado modificaciones estructurales en el ámbito de las relaciones laborales. Es innegable que hoy en día el fenómeno de la «interconectividad digital» está incidiendo en las formas de ejecución del trabajo mudando los escenarios de desenvolvimiento de las ocupaciones laborales hacia entornos externos a las clásicas unidades productivas: empresas, centros y puestos de trabajo.

En este contexto, el lugar de la prestación laboral y el tiempo de trabajo, como típicos elementos configuradores del marco en el que se desempeña la actividad laboral, están diluyéndose en favor de una realidad más compleja en la que impera la conectividad permanente afectando, sin duda, al ámbito personal y familiar de los trabajadores».

- 12 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).



«GIZA KAPITALAREKIN ARI GARA LANEAN ETA HORRETAN JARRI BEHAR DUGU ARRETA HANDIENA»

Prof. Filip De Fruyt

Filip De Fruyt Ganteko (Belgika) Unibertsitateko katedraduna da Psikologia Diferentziala eta Nortasunaren Ebaluazioa sailean. Bestalde, Ayrton Senna Institutuko unibertsitate-katedraren titularra da Ganteko Unibertsitatean, non gazteek bizitzarako eta enplegurako behar dituzten gaitasunen ebaluazioa eta garapena ikertzen baititu.

De Fruyt Nortasunaren Psikologiaren Europar Elkarteko (EAPP) lehendakari izana da eta, egun, goren mailako zenbait aldizkaritako argitalpen kontseiluetako kide ere bada. Erakundeen Psikologia eta Psikologia Industrialak Elkarteko (SIOP) kide izendatu zuten 2016an, psikologiaren arlo horri eginak dizkion ekarri nabarmenak aitortuz. Oraingo egunean, bere ikerketa-lerroaren helburua da ezaugarri sozio-emozionalak gazte eta helduengan garatzea, arrakasta pertsonalaren eta profesionalaren —eta, oroz gain, enplegu-garritasunaren—, igarle diren heinean. Horrez gainera, ikergai dituzten lidergoaren sorrera eta garapena.

De Fruyt doktoreak 200 ikerlan eta artikulua baino gehiago ditu idatzi eta publikatuak —noiz bakarka, noiz elkarlanean—, goren mailako aldizkari akademi-

koetan. Bere lana, berriz, behin eta berriz eta askotan aipatzen dute batzuek eta besteek, eta horren frogak da 13.000 aipu baino gehiago dituela google akademikoan.

De Fruytek langileak hautatzeko, ebaluatze eta garatzeko hainbat tresna —psikologiaren ebaluaziorakoak, gehienbat—, diseinatu ditu, edota haiek eraikitzen parte hartu du,

Joan deneko hamar urtean nortasunaren Psikologia Aplikatuari buruzko 300 tailer eta hitzaldi egin ditu batteko eta besteko kontinenteetan —arestian aipatu langileen hautatzea, ebaluazioa eta garapena helburu, beti edo gehienetan—, eta horrelaxe izan genuen gure artean, Gasteizen, 2019ko apirilaren 10 eta 11n, «Herri Administrazioetako Hautaketa prozesuak: Europar Batasuneko esperientziak, planteamendu berriak garai berrietarako» izeneko jardunaldietan. *Ebidentzian oinarritutako errekrutatze eta hautatze-prozesuetarantz* izeneko hitzaldia egin zuen han, eta hari horri tiraka jardun dugu ondoko solasaldian.

Elkarriketa:

Miel A. Elustondo — Zaldi ero

Orain artean hitz egin izan den moduan hitz egin ez, nola kontratatu —«errekrutatu» hitza erabili ohi duzu zuk ingelesez—, izan dituzte, tradizionalki, enpresek langileak?

Tradizioari begira jartzen bagara, errekrutatzea eta hautatzea lanpostu jakin batzuk nahiz hutsik utzitako leku espezifikoak betetzeko erabili izan dira. Oro har, lanpostuok aski ongi definituak egon ohi dira, eskatzen diren gaitasunei eta trebetasunei dagokienez. Baina lan-merkatuak ziztuan eboluzionatu du, lan-merkatua abantadan aldatu da erakundeetan, eta haien barru-barruan ere!, eta, aldaketa horri adjektiborik eransten uzten badidazu, aldaketa «dramatikoa» izan dela esango nuke. Izan ere, oraingo egunean garai batean ez bezalakoa dira helburu eta xedeak. Oraingo egunean, dena delako erakundetan luzaroan lan egingo duten pertsonak erakartzea eta hautatzea da xedea, langile horiek erakundearen baitan gertatuko diren aldaketa eta mudantzetara aise egokitzeko gaitasuna izatea. Erakundea esan dudalarik, berdin esan nezake administrazio publikoa, enpresa pribatua, edota gizar-

tea bera. Gaurgero, erakunde baten helburua ez da, besterik gabe, hutsik gelditu den lanpostua betetzea, gaitasun transferigarriak dituzten lan-eskatzailleak erakartzea baizik, eta aldaketa eta mudantzetara egokitzeko eskatzaile haien gaitasunak are gehiago garatzea.

Pertsonak kontratatzeko modu bat eta bakarra ote dago, dela administrazio publikoan, dela gizartean, oro har?

Inor kontratatzea afera administratiboa da, baina, nire iritziko, askoz interesgarriagoa da eskatzaileak erakartzea. Hor baitago koska. Are gehiago, giltza da, eta nekez azpimarratuko nuke behar bezainbeste. Talentua duen eskatzaile multzoa erakartzea erronka-giltza da erakundearentzat, gakoa, erakundea zeinahi dela ere. Enplegatzailearen marka gero baino gero inportanteagoa bilakatu da talentu handieneko pertsonak erakartzeko. Hautatze-prozesurik biribilena ere alferrikakoa da, behar den talentua erakartzea lortzen ez bada. Horixe pentsatu behar dute erakundeek, nola egin aurre erronka horri.



Beste hitz batzuk erabiliz, nahi baduzu, kontua da nola nahi duen erakunde jakin batek, edo administrazio publikoak, balizko hautagaiek bera hautematea. Izan ere, oraingo egunean, lehenengo, eta erakundeak berak baino lehen, hautagaiak hautatu ohi du, hautagaia ohi da hogeitamaika eskutik. Erakundeak azti ibili beste irtenbiderik ez du.

«Talentua duen eskatzaile multzoa erakartzea erronka-giltza da erakundearentzat»

Denborak dena aldatzen omen du. Kontratazio eta hautatze-prozesuei dagokienez, zertan aldatu dira errekrutatze moduak gure gizarteetan? Zergatik behar izan dira, edo gertatu dira komenigarri, aldaketa horiek?

Gasteizen egin nuen hitzaldian horretaz ere jardun nuen; hein batean, bederen. Denboran zehar aldaketak gertatu dira, eta gertatzen ari dira oraintxe bertan ere. Batetik, titulazioari dagokion aldaketa dugu. Gaurgero, diplomak ez, baina «hartutako gaitasunak» dira lehentasuna. Lan-merkatuak lan-eskatzaileen, balizko langileen gaitasun potentziala frogatu nahi du. Bai, titulazioak, diplomak eta gainetakoak beharrezkoak dira, baina ez dira prozesuan sartu ahal izateko lehen urratsa baizik; prozesuaren barruan sartu ahal izateko ticketa, nolabait esatearren. Gaitasunak, berriz, hautatze-prozesuan zehar ebaluatuko dira. Eta, laneko ibili edo ibilbidean, norberaren gaitasunak izango dira garrantzi handikoenak. Oraingo egunean, mailan gora igotzea errendimenduari eta garapenari estu loturik dago, gero baino gero gehiago, gainera. Erakundearen barruan lanpostu berean urte asko egitea, edota halako azterketa bat gainditzea, ez da mailaz gora igotzeko berme. Errekrutatze eta hautatze-prozesuetan diren aldaketen gainean ari gara. Bat esan dut, baina badira gehiago ere...

Esate baterako?

Esate baterako, beste aldaketa bat —bigarrena, esan dezagun—, da hautatzea, lehen, kanpoan egin zela, eta orain, berriz, erakundearen barruan

errekrutatzen eta hautatzen dela pertsona. Kanpo-prozesua zen lehen, barne-prozesua da orain. Erakundeak beren baitako lan-indarraren ahalaz jabetu behar dira, barruan errekrutatze eta hautatze, kanpoan pertsona berrien bila ibili beharrik ez izateko, pertsona berriek erakundearen egiteko molde, giro eta kulturara egokitu beharko baitute. Argi eta garbi esanez, erakundeak nahi duena, bila dabilena, maiz kara erakundearen beraren barruan dauka. Hirugarren aldaketa bat, hirugarren iraultza: hautatze-prozesuaren profesionalizazio gero baino gero handiagoa. Amateurismoa joandako ura da, garai batean erabili ohi zen uste, askotan ustela, irizpidea zenean: «Bai, hautagai egokia izan litekeela uste dut. Zer iruditzen zaizue zeuei?»... Egun, nahitaezkoa da ebidentzian oinarritutako ebaluazioa. Bidea egin beharrean gaude oraindik ere, baina zuzen gabiltzala uste dut, norabide egokian goazela. Laugarren iraultza: beste aldatetaz handi bat da lehen pertsona bat hautatzen zela eta, oraingo egunean, aldiz, talde jakin baten barruan lan egiteko pertsona hautatu ohi dela. Batzuetan, talde oso bat ere hautatu izan da, oraingo egunean taldeko lanak berealdiko garrantzia hartu baitu. Taldeak, bistan dena, komunitatea behar du, baina baita dibertsitatea ere, taldean lan egin ahal izateko. Hautatze-prozesuak, finean, aintzakotzat hartu behar du errealtate hau ere. Azkenik, esango nuke, lehen, giza baliabideak «giza baliabide administratiboak» zirela; pertsonen kontratazioa eta soldaten administrazioa zuten helburu. Oraingo egunean, giza baliabideak arlo estrategiko dira, erakundearen estrategiaren barruko ezinbesteko atala, funtsezkoa. Horrek esan nahi du, bestalde, giza baliabideetako zuzendaria erakundearen zuzendaritza-taldeko kide bihurtu dela. Aldaketa honek zeharkako eragina izan ohi du hautatze-prozesuan, zeren eta, oraingo egunean, giza baliabideak, kapital humanoa, erakundearen balio eta baliabide-giltza baitira.

«Taldeak komunitatea behar du, baina baita dibertsitatea ere, taldean lan egin ahal izateko»

Honenbestez, zein dira pertsonak hautatzeak eta kontratatzeak dakarzkigun erronkarik oinarritzkoenak?

Lehenik eta behin, talentu multzo aski dibertsoa erakarri behar da. Enplegatzailearen marka duzu hori. Bestalde, ebidentzian zimentatu behar du hautatzaileak; honi dagokionez, ez dago alternatibarik. Hirugarren, langileak erakundearen barruan dauden orduko, garatzeko bidean jarri behar dira. Eta garrantzia ez da, kasu honetan eta besterik gabe, indar handiko programaren bat edo beste inplementatzea, ez bada erakundea errotik aldatzea, ikasketak-kultura egiazki ezartzea, non denak ere aktibaturik egongo baitira zenbait gaitasun, behintzat, garatzeko. «Inork ez du atzean gelditu behar», izan behar du leloak, langile bat ere ez da atzean utzi behar. Horrela eginez gero, lan-indarrak malgu eta erabilgarri iraungo du erakundean.

Langileak hautatzeko garaian, aintzakotzat hartu behar dira haien lan-arloak? Alegia, guztiak modu berdinean ala espezifikoan hautatu behar dira? Nekez egongo da langileak hautatzeko metodo bat bakarra, unibertsala, aldaezina, ezta?

Edo galdera gehiago: hautatze-prozesuek bertsuak izan behar al dute arlo guztietan? Edo, berdina al da polizia-ofiziala, sendagilea, edota lehen hezkuntzako irakaslea hautatzea? Hor dira galdera horiek, eta baita gehiago ere! Nola esan... Lehenik eta behin, badira metodo berdintsu batzuk, lan-arlo ezberdinetarako pertsonak hautatzeko. Horrekin batera, ordea, badira alderdi espezifikoak ere, nahitaez aintzat hartu behar direnak. Transferigarriak diren trebetasun gehienak, esate baterako, hautatze-prozesuan erabili diren metodo tradizionalen bidez ebaluatu daitezke. Haatik, zenbait funtzioaren kasuan, baliteke bide espezifikoak baliatu behar izatea. Kartzelazainak hautatzeko, edo poliziak, ezinbestekoa da beren nortasunean disfuntzionalitatez izateko arriskua duten pertsonak detektatzea, eta, horretarako, berariazko tresnak erabili beharko dira; TD-12-a, hau da, Tendentzia Disfuntzionalen Inbentarioa. Autobus gidariak hautatzeko, berriz, haien funtzionamendu neurokognitiboa eta arreta-gaitasuna egiaztatu nahi izango ditugu, eta ebaluazio neuropsikologiko espezifikoak egin beharko dira horretarako. Alabaina, batean eta bestean ebaluatuko diren konstruktio-moduak ez dira bertsuak izango. Segurtasuneko langileak hautatzeko, adibidez, inportantzia handikoak izango dira asertibitatea, adeitasuna, integritatea eta emozioak kontrolatzea. Aldiz, zerga kontrolatzaile bati dagokionean, integritatea, ordena eta ardura hartu beharko dira, oro har, oso kontuan. Konstruktio ezberdinak izanagatik ere, ordea, metodo bertsuak erabiliz ebaluatu daitezke.

«Transferigarriak diren trebetasun gehienak hautatze-prozesuko metodo tradizionalen bidez ebaluatu daitezke»**Zer egin behar dute enpresek, oro har, eta administrazio publikoek, bereziki, talenturik handienak beren abarora erakartzeko?**

Oroz gain, enplegatzailearen markari buruzko inkesta edo galdetegia da beharrezkoena. Enplegatzaileak —dela enpresa, dela administrazio publikoa—, jakin egin behar du bere abarora erakarri nahi dituen langileek nola ikusten duten, zein iritzi duten enpresa edo administrazio horretaz. Ez pentsatu langileen iritzia aurretiaz ezagutzen duela, guztiz oker egon liteke-eta. Balizko lan-eskatzaila ez badute enpresa edo administrazio publiko hori enplegatzaile interesgarri bezala ikusten, dena delako enpresak edo administrazioak gogotik saiatu beharko du lan-eskatzailen begietara erakargarri gertatzeko. Horrek, enpresak edo administrazioak nahitaez bere buruaren azterketa sakona egin behar duela esan nahi du, sakona bezain zintzoa, indarguneak azpimarratzeko eta lan-eskatzailaiei zer eskaini diezaiekeen erakusteko.

Talentu handieneko buruargiak, batean, talentu txikiagoa dutenak, bestean, edo tartean. Giza eskubideen aldarrikapenaren 23. artikulua lehen puntuak dio pertsona orok duela lan egiteko eskubidea, lana hautatzekoa, lan-baldintza bidezkoak eta egokiak izatekoa, langabeziaren aurkako laguntza jasotzekoa...

Lan duina izateko eskubidea dutela, esan nahi duzu, eta ez duzu galdera makala egin... Nire irudiko, hala enpresa eta administrazio pribatuek nola publikoek, askotariko lan-indarra enplegatzeko ardura beretu behar dute. Horrek esan nahi du zenbait muga eta ezintasun dituzten pertsonak ere hartu behar dituztela lanean. Gizarte eta erakunde garen aldetik, ardura aktiboa dugu, eta pertsona talentu handienekoak ez direnen indargune partikularrak helburu komunaren bidean jarri beharko dira. Behin eta berriz eta askotan esan dudana esan nahiko nuke:

«Langile bat bera ere ez da atzean gelditu behar». Lelo horren arabera jokatzuz gero, denek laguntzen baldin badute, nortasun profesional jakin bat baldin badute, konektatuta sentitzen baldin badira eta diru-sarrerak izaten baldin badituzte, tokiko ekonomiak eta gizarteak irabazian irtengo dira. Zalantzarik ez horretan.

Oraingo egunean indarrean dauden hautatze ohikoenen arabera, zein eta zein trebetasun izan behar ditu erakunde bateko profesional batek, berau zeinahi dela ere?

Ez dugu argitaratu zaharra artikulu bat gai horretaz¹. Han, eredu bat proposatu genuen, adieraziz zein diren eskola-adinean diren ikasleek eta lan-merkatura sartu nahi duten eskatzaileek landu beharko lituzketen bost gaitasun-multzo nagusiak. Zabaldu nahi dugun ideia da pertsonak eredu horrexen arabera jokatu beharko luketela, bost gaitasun-multzo garatzen jardun beharko luketela. Eredu integratzaile honek barne hartzen dituen gaitasunak dira: «Besterekin parte hartzea», hau da, inorekin nola konektatzen garen, haiengana nola hurreratzen garen, erakusten dizkiguten trebetasunak; «Adiskidetasuna eta Elkarlana», kalitateari loturik ageri diren trebezia interpertsonalak, alegia, zeinak baitira konfiantza, errespetua eta enpatia; «Emozioen erregulazioa», gure bulkada eta erreakzio afektiboei buruzkoa; «Autogestioa», gauzak egiteko eta estandarrak lortzeko laguntzen diguten trebetasunak; eta, azkenik, «Irekitasuna», edo egoera berrietara egokitzen laguntzen diguten abildadeak, nola diren sormena, buru irekia eta fantasia. Bost multzo horietako gaitasunak landuz gero, errazago eta hobeto egingo diegu aurre egungo gizartearen eta lan-munduari erronkei.

Esana denez, denboran eta lan jakin bat egoki eginez garatzen da talentua. Nola gertatzen da hori erakunde baten barruan? Bestela esanda, nola garatu dagoeneko hautatua, kontratatua eta lanean ari den langile baten talentua?

Talentua ez da hutsaren gainean garatzen, ikasketak-kultura sortu behar da erakundearen. Ikasketa, hain zuzen, langileak erakundearen lanean hasten diren momentuan bertan hasten da. Talentua garatzea, izan, hautatze berri bat da. Garrantzizkoa da arduran kolaboratzaileekin maiztasun jakin baten arabera elkartzeko, pertsonak aldatu eta heldu egiten baitira beren bizialdi profesional eta pertsonalean: haurrak izaten dituzte, edo bikote bizimodua hasten dute, edo dibortziazten dira, edo... zernahi! Gertakari horiek ez dira alferretan gertatzen, pertsonen funtzionamenduari eta anbizio-mailari eragitea da

normalena, eta hori ez da txarra. Alabaina, askotan eta askotan, arduran denek betiko moduan tratatzen dituzte langileak, alegia, ezagutu zituzten garaian beren baitan osatu zuten irudiaren arabera. Eta, zinez, jendea aldatu egiten da. Egun, erakunde askok langileen jardura ebaluatzeko ohitura dute, baina horren eraginkortasuna ez da erabatekoa. Nik, esaterako, urtean behin «jardura» ebaluatzen ordez, «ikasketa-jardura» ebaluatzea hobetsiko nuke, langile bakoitzaren enplegu-garritasuna handitzea helburu harturik. Horrela, biek irabaziko dute, hala langileak nola, luzaro, erakundeak; eta, jakina, horrek errendimenduari ere lagunduko dio. Arestian ibili dudan gaitasunen taxonomia oso lagungarri gerta dakiguke hemen, ahaleginak eta inbertsioak zein ikasketa-arlotan eta zein garapenetan egin zehazten lagunduko baitigute. Esanak esan, zera da garrantzizkoena, gaitasunak garatzea prozesu bat dela ondo gogoan hartzea, urteetako lana. Inor ez da emozionalki buruargiago luzuzko hotel batean sei orduko mintegi batean parte hartu duelako. Aldaketak eta garapenak ahalegina, denbora eta iraunkortasuna behar dute.

«Urtean behin
“jardura”
ebalatu ordez,
“ikasketa-jardura”
ebaluatzea hobetsiko
nuke nik»

Zure ikerketen arabera, zer da beharrezkoago, langilea hautatzea, edo, gero, haren gaitasunak garatzea? Bestalde, oraingo hautatze-prozesuak berdina izango dira bihurtzeko egunean?

Ez duzu galdera makala, horratik! Zintzo erantzun dizut: ez dakit zer ekarriko digun geroak, baina hautatzeak beti jasoko ditu, definizioz, denboran zehar erakundearen eta gizartearen baitan gertatuko diren aldaketak. Aldaketa horiek langileak hautatzeko moduari alde edo molde eragingo diotela ez izan dudarik. Denok espero dugunez, Informazio eta Komunikazio Teknologiek eragin handia izango dute pertsonen kontratazioan eta ebaluazioan, baina baita errealitate birtualaren sarrerak ere, eta etor-

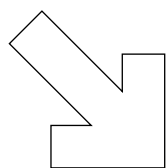
tzekoak diren bestelako egokitzapen froga batzuk, eta hartutako gaitasunak neurtzeko sistema aurre-ratuagoak... Haatik, denbora igaroko da teknologia berri horiek guztiek — hain dotore eta erakargarriak lehenengo begi-kolpean—, beren erabilgarritasuna, konfiabilitatea eta balioa erakutsi arte. Lana franko egin behar dugu sail horretan, eta hobeko dugu tentuz ibili eta ez gauza gehiegi eskatu. Oroz gain, giza baliabideak dira gureak, giza kapitalarekin ari gara lanean, eta horretan jarri behar dugu arreta handiena.

Oharra

- 1 Ikus, adibidez, Personality Measurement, Faking, and Employment Selection ondoko estekan:

[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=EDU/CERI/CD\(2015\)13&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=EDU/CERI/CD(2015)13&docLanguage=En)
eta Personality across working life: The longitudinal and reciprocal influences of personality on work ondokoan:
<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/job.1863>





IVAP

JURISPRUDENTZIA
JURISPRUDENCIA



1 **César Gallastegi Aranzabal**
Universidad de Deusto/Deustuko
Unibertsitatea

JURISPRUDENTZIA JURISPRUDENCIA

César Gallastegi Aranzabal

Profesor de Derecho Administrativo

Universidad de Deusto / Deustuko Unibertsitatea

cga@deusto.es

Recibido: 28/10/2019

Aceptado: 07/11/2019

© 2019 IVAP. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia Creative Commons Reconocimiento – NoComercial – SinObraDerivada (by-nc-nd)



Sumario

I. Tipos de empleados: funcionarios interinos y policía local.—II. Requisitos para el acceso al empleo público: altura mínima y género.—III. Requisitos para el acceso al empleo público: titulación de máster.—IV. Procedimiento selectivo: utilización de típex en un examen.—V. Provisión de puestos de trabajo: libre designación y cese.

I. Tipos de empleados: funcionarios interinos y policía local

Como primer tema para esta crónica de jurisprudencia, elegimos uno de los asuntos más destacados de los últimos meses en materia de empleo público. Se trata de la cuestión del desarrollo de la actividad de policía local, con funciones que implican autoridad, en régimen de interinidad. Y es que el Tribunal Supremo, en *sentencia de catorce de junio de 2019* (828/2019, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, recurso número 922/2017) estableció que la interpretación literal de la legislación local española conducía a la tajante prohibición de tal práctica.

Poco después, el Tribunal Constitucional, en *sentencia 106/2019, de diecinueve de septiembre de 2019* (cuestión de inconstitucionalidad número 1461-2019), vino a ocuparse de la cuestión y ha declarado que tal prohibición no existe. Por tanto, la doctrina sentada en interés casacional por el Supremo —que actuó como consecuencia de un litigio generado en el País Vasco— ha quedado atajada por el fallo del Tribunal Constitucional. A continuación, desarrollaremos brevemente el tema, para lo cual nos centraremos exclusivamente en el segundo pronunciamiento, el del Tribunal Constitucional.

La intervención del Tribunal Constitucional deriva de la cuestión de inconstitucionalidad entablada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears, en relación con la disposición transitoria segunda del Decreto-ley del Gobierno de Illes Balears 1/2017, de 13 de enero (Decreto-ley que modifica la Ley 20/2006, de 15 de diciembre, municipal y de ré-

gimen local de las Illes Balears, y la Ley 3/2007, de 27 de marzo, de la función pública de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, y de medidas en materia de coordinación de las policías locales de las Illes Balears) y con el artículo 41 de la Ley del Parlamento de Illes Balears 4/2013, de 17 de julio, de coordinación de las policías locales de las Illes Balears. Se trataba de aclarar si esa normativa autonómica pudiera resultar contraria a los artículos 149.1.1 y 149.1.18 de la Constitución Española, en relación con la regulación contenida en el artículo 92.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, en la redacción dada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, esto es, una norma básica y dictada al amparo del correspondiente título competencial que la Constitución reserva al Estado. Recordemos, por un lado, que el artículo 92.3 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL), desde 2013, señala que el ejercicio de funciones de autoridad corresponde exclusivamente a los funcionarios de carrera y, por otro, que la legislación balear —como es habitual en el ámbito de la seguridad pública en la administración municipal—, recoge la posibilidad de que sea nombrado personal funcionario interino para el desarrollo de funciones del personal funcionario de carrera. El Gobierno de la Nación y el de la Comunidad autónoma de Baleares defendieron la compatibilidad de los preceptos legales cuestionados con la Constitución, y la fiscal general del Estado y el Sindicato Profesional de Policías Municipales de España la rechazaron.

Según señala el Tribunal Constitucional, todo dependerá de la interpretación del artículo 92.3 LBRL: «Si este precepto se interpreta como una reserva absoluta de determinadas funciones a los funcionarios “de carrera”, con exclusión de los interinos, la norma autonómica cuestionada será inconstitucional, pues regula un procedimiento de selección de funcionarios interinos para el ejercicio de una de estas funciones reser-

vadas, en concreto “funciones públicas que implican el ejercicio de autoridad”. Y continúa: «Por el contrario, si el art. 92.3 LBRL se interpreta como una reserva de esas funciones públicas, entre las que encajan las de la policía local, simplemente a los funcionarios, sin excluir a los interinos, los preceptos autonómicos serán constitucionales» (FJ 6).

Pues bien, la Sentencia del Tribunal Constitucional rechaza que la locución empleada por el artículo 92.3 LBRL —funcionarios de carrera— suponga la prohibición de funcionarios en régimen interino. Para ello, descarta la literalidad absoluta, apoyándose en los antecedentes legislativos y jurisprudenciales de la figura, y utilizando la lógica y el sentido común. Señala el Constitucional que, por ejemplo, «en el seno de la Ley reguladora de las bases de régimen local, la expresión “funcionarios de carrera” se utiliza como equivalente a la de funcionario público, sin exclusión de los interinos. Así resulta del art. 89, que abre su título VII dedicado al «personal al servicio de las entidades locales», y que no ha sido modificado ni por la Ley del estatuto básico del empleado público de 2007 ni por la Ley 27/2013» o que «la amplitud de las funciones reservadas en este art. 92 a los “funcionarios de carrera” (...) implicaría que una interpretación del mismo como norma prohibitiva del nombramiento de funcionarios interinos para todas esas funciones reservadas impediría no solo el nombramiento de funcionarios interinos para los cuerpos de policía local, sino en general para cualquier cuerpo o escala de las entidades que integran la administración local». En cuanto a los antecedentes: «Ninguna de estas referencias específicas a los funcionarios “de carrera” ha sido interpretada nunca, desde la entrada en vigor de la LBRL en 1985, como una expresa prohibición de nombramiento de funcionarios interinos en la Administración local». Y razonablemente se puede estimar que «una reforma de tanta importancia y trascendencia para el funcionamiento ordinario de los entes que integran la administración local (municipios, provincias e islas, arts. 140 y 141 CE, pero también comarcas, áreas metropolitanas y mancomunidades de municipios: art. 3 LBRL) debería venir precedida de informes en la elaboración del anteproyecto de ley, de un amplio debate en la tramitación parlamentaria del proyecto y de disposiciones de derecho transitorio para las vacantes cubiertas por funcionarios interinos en la fecha de entrada en vigor de la reforma. Y debería plasmarse en una norma más clara y terminante» (FJ 9).

En definitiva, por lo que respecta a la normativa blear, «la contradicción entre la norma estatal de contraste y las disposiciones autonómicas cuestionadas no es efectiva e insalvable por vía interpretativa, y en consecuencia que el art. 41 de la Ley 4/2013 y la dis-

posición transitoria segunda del Decreto-ley 1/2017 no son inconstitucionales» (FJ 9). De esta manera, tras unos meses de confusión y planteamiento de alternativas sobre la cuestión, esta ha quedado aclarada: se puede nombrar agentes de la policía local en régimen de interinidad.

II. Requisitos para el acceso al empleo público: altura mínima y género

Como es conocido, entre los requisitos generales para tomar parte en pruebas selectivas se encuentra la capacidad funcional para el desempeño de las tareas, lo que permite incorporar requisitos físicos específicos, como la altura o el estado físico, especialmente en ciertos ámbitos, como el ejército o las fuerzas de seguridad. En este segundo apartado el asunto analizado nos sitúa, en concreto, ante los requisitos de acceso al empleo público y las consideraciones de género.

El Ministerio de Defensa español convocó procesos de selección para el ingreso en centros docentes militares de formación de militares en los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas (Resolución n.º 452/38082/2018, de 23 de abril, de la Subsecretaría, Ministerio de Defensa, por la que se convocan procesos de selección para el ingreso en centros docentes militares de formación, mediante las formas de ingreso directo y promoción, para la incorporación como militar de carrera a los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas).

Se presenta, al respecto, recurso ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, seguido por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona. En definitiva, se dirige tal recurso contra la Base Décima de la Convocatoria, apartado 2.3.3, en lo relativo a la aplicación del Cuadro Médico de Exclusiones recogido en la Orden Pre/2622/2007, de 7 de septiembre, y, en particular, contra el requisito relativo a la altura que debe alcanzar como mínimo cualquier aspirante, independientemente del sexo, fijada en 160 cm en bipedestación. La recurrente entiende que se ha producido una lesión del derecho a la igualdad y de la prohibición de discriminación por razón de sexo, y solicita que se establezca para las mujeres candidatas la altura mínima de 155 cm. El Ministerio Fiscal insta la estimación parcial del recurso, por entender que la Base de la Con-

vocatoria impugnada (la citada Base Décima, apartado 2.3.3) es nula de pleno Derecho.

Por su parte, la Administración demandada solicita que se declare la inadmisibilidad del recurso, por falta de legitimación activa de la recurrente (ya que no había participado en el proceso selectivo), o, en su defecto, que el mismo se desestime, por entender que de la resolución impugnada no se deriva vulneración alguna de ningún derecho fundamental. En su alegato señala que la resolución por la que se convocan las pruebas de acceso a los centros de formación militar no puede, en virtud del principio de inderogabilidad singular de los reglamentos, ir en contra de la orden que aprueba el cuadro médico de exclusiones aplicable para dicho tipo de procesos de selección. Niega, igualmente, la vulneración de los artículos 14 y 23.2 de la Constitución que la actora imputa a la resolución recurrida, al no constar que haya una decisión administrativa de exclusión de la demandante del proceso selectivo en cuestión. Por último, la demandada afirma, subsidiariamente a lo anterior, que, si lo pretendido es impugnar la legalidad de la Orden Ministerial de 7 de septiembre de 2007, la Sala carecería de competencia objetiva para conocer de tal pretensión.

El Tribunal Superior de Madrid, en su *sentencia de cuatro de marzo de 2019* (97/2019, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Octava, recurso número 287/2018) estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo y declara la nulidad de la convocatoria en la parte del cuadro médico de exclusiones que exige una altura mínima de 160 cm a todos los aspirantes sin distinción de sexo. Después de reconocerle a la actora legitimación activa, el tribunal señala que la aplicación de los preceptos constitucionales y legales, así como la jurisprudencia, les conduce a tal decisión. Concretamente, «esta causa de exclusión desconoce, a juicio de esta Sala, la realidad morfológica del ser humano, que, en función del sexo, suele mostrar que el hombre, por regla general, es más alto que la mujer, lo que, sin necesidad de mayor razonamiento, permite afirmar que, en comparación entre ambos sexos, a priori, habrá más hombres que mujeres que superen el 1,60 m de estatura. Éste, para la Sala, es un hecho notorio que, por tanto, no precisa de prueba alguna a tenor de lo dispuesto en el artículo 281.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Si la regla general es que, por naturaleza, hay más hombres que mujeres que superen el 1,60 de estatura, en una convocatoria como la que aquí nos ocupa el resultado será que habrá más posibilidades de que las mujeres aspirantes sean finalmente excluidas por no cumplir este concreto requisito y que, en consecuencia, en los Cuerpos Comunes de las Fuerzas

Armadas haya siempre más hombres que mujeres, tan sólo porque aquéllos, por su propia constitución y morfología, suelen ser más altos que éstas» (FD 6), todo ello sin que la Administración hubiera ofrecido en la disposición aplicable ningún argumento que pudiera justificar el requisito en la manera en que se exigía. Por tanto, «constituye a juicio de la Sala un paradigma de discriminación indirecta —de la mujer, en este caso— que resulta contrario al principio de igualdad consagrado, con carácter general, en el artículo 14 de la Constitución; en particular, en el artículo 23.2 de la misma cuando de lo que se trata, como aquí, es del acceso al empleo público, en este caso, a la carrera militar» (FD 6). Esta conclusión tiene su apoyo, según señala el tribunal, en la Sentencia de 18 de octubre de 2017 (Asunto C-409) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que declaró que el requisito de una estatura mínima común a hombres y mujeres para el acceso a una Escuela de Policía en Grecia era discriminatorio. Lo que no hace el Tribunal Superior de Justicia de Madrid es fijar cuál debe ser la talla mínima exigible a las aspirantes del sexo femenino. Y en cuanto a la Orden PRE/2622/2007, el tribunal prevé plantear cuestión de ilegalidad.

Para finalizar, cabe señalar que en la convocatoria análoga a la examinada correspondiente a 2019 (Resolución 452/38042/2019, de 20 de febrero, de la Subsecretaría del Ministerio de Defensa, por la que se aprueba el proceso de selección para el ingreso en los centros docentes militares de formación para incorporarse a las escalas de tropa y marinería) aparece marcada como medida mínima para hombres 160 cm y 155 cm para mujeres. Si nos acercamos a algunas convocatorias recientes de cuerpos policiales, constatamos que en la convocatoria para la Ertzaintza de diciembre de 2018 se exigía una estatura mínima de 165 cm los hombres y 160 cm las mujeres (Resolución de 3 de diciembre de 2018, de la Directora General de la Academia Vasca de Policía y Emergencias, por la que se convoca Procedimiento Selectivo para ingreso en la Categoría de Agente de la Escala Básica de la Ertzaintza); y respecto a las dos convocatorias de Mossos d'Esquadra del presente año 2019, en la de enero la altura mínima era de 165 cm para los hombres y 160 cm para las mujeres (Resolución Int/9/2019, de 8 de enero, de convocatoria mediante oposición libre para cubrir plazas de la categoría de mosso/a de la escala básica del cuerpo de Mossos d'Esquadra), y en la de octubre el requisito de altura mínima simplemente ha desaparecido (Resolución Int/2786/2019, de 29 de octubre, de convocatoria mediante oposición libre para cubrir plazas de la categoría de mosso/a de la escala básica del cuerpo de Mossos d'Esquadra).

III. Requisitos para el acceso al empleo público: titulación de máster

Siguiendo con la cuestión del acceso al empleo público, recientemente se han dado dos sentencias relacionadas con el nivel de estudios universitario exigible en ciertas convocatorias públicas. El Tribunal Supremo ha fallado en *sentencias de veinticinco y de veintiséis de septiembre de 2019* (1241/2019 y 1268/2019, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, recursos números 1923/2017 y 548/2017) que en el ámbito de la función pública el acceso a cuerpos o a plazas de profesiones reguladas ha de realizarse con la titulación propia de la profesión, aunque ésta sea de nivel de máster y no de grado universitario.

Tomando como referencia la primera de las dos sentencias citadas, su origen se sitúa en un recurso de casación del Colegio Oficial de Ingenieros Técnicos de Obras Públicas contra una sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Esa sentencia se daba en apelación contra una de un Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Huesca sobre un recurso contra la convocatoria del Ayuntamiento de Huesca para la creación de una Bolsa de Trabajo para la provisión de plazas de Ingenieros de Caminos Canales y Puertos (plazas correspondientes a la Escala de Administración Especial, Subescala Técnica, Clase Media, Grupo A, Subgrupo A1).

En la convocatoria mencionada se exigía para participar en la misma el título de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos o grado equivalente. El Colegio Oficial de Ingenieros Técnicos de Obras Públicas recurrió en reposición, sus pretensiones fueron acogidas y la alcaldía modificó la base correspondiente, incluyendo los títulos de Grado en Ingeniería Civil y en Ingeniería Civil y Territorial. A su vez, el Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos impugnó este último Decreto sosteniendo que esas dos titulaciones de grado no habilitan para el acceso a plazas de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, pero la sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo desestimó su recurso. Así que contra ella se interpuso recurso de apelación por el Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, estimado por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón y objeto de recurso de casación en el Supremo a instancias del Colegio Oficial de Ingenieros Técnicos de Obras Públicas.

Téngase en cuenta que el máster universitario en Ingeniería de Caminos, Canales y Puertos sustituye al título universitario de Ingeniero de Caminos, Canales y

Puertos, que se extingue tras la entrada en vigor del Real Decreto 1393/2007 por el que se regulan los estudios universitarios en España, atendiendo a las directrices del Espacio Europeo de Educación Superior. El máster da acceso a la profesión regulada de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos, tal y como indica la Orden CIN/309/2009, de 9 de febrero, por la que se establecen los requisitos para la verificación de los títulos universitarios oficiales que habiliten para el ejercicio de la profesión de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos.

Tanto en la vía administrativa cuanto en la judicial el debate se ha centrado en determinar si, conforme al artículo 76 del Estatuto Básico del Empleado Público, a falta de una ley que establezca lo contrario, la titulación de grado habilita para acceder a plazas del Grupo A, Subgrupo A1, como son las que debían proveerse. El Tribunal Superior de Justicia había entendido que el título de grado no es suficiente para acceder al Subgrupo A1 cuando se trate de especialidades que se corresponden con el ejercicio de profesiones reguladas, de manera que la única titulación aceptada es la de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos o equivalente.

El interés casacional estriba en la interpretación que ha de darse al artículo 76 del Estatuto Básico del Empleado Público y, en concreto, «si al establecerse en aquel precepto que para el acceso a los cuerpos o escalas del Grupo A se exigirá estar en posesión del título universitario de Grado, salvo que la Ley exija otro título distinto, debe entenderse, necesariamente, que los títulos universitarios de Grado en Ingeniería Civil y en Ingeniería Civil y Territorial constituyen títulos habilitantes para el acceso a la Bolsa de Trabajo para la provisión, mediante el nombramiento de funcionarios interinos, de plazas de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos, en tanto que no nos consta norma con rango de Ley que exija otra titulación universitaria; o si, por el contrario, debe estarse a la titulación necesaria para el ejercicio de la profesión regulada correspondiente».

El Tribunal Supremo señala para el caso que los títulos universitarios de Grado en Ingeniería Civil y en Ingeniería Civil y Territorial no habilitan para el acceso a la Bolsa de Trabajo para la provisión, mediante el nombramiento de funcionarios interinos, de plazas de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos, sino que debe estarse a la titulación necesaria para el ejercicio de esta profesión regulada. El Supremo afirma que «no parece haber duda de que el ejercicio de la profesión regulada de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos requiere, conforme a las determinaciones del Derecho de la Unión Europea, una titulación que no se corresponde con la de grado. Sentada esa conclusión, habrá que insistir en que tal

requisito no puede no integrarse en el régimen específico de un cuerpo especial como el de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos». Y prosigue: «a propósito del artículo 76 del Estatuto Básico del Empleado Público (...) pese a no haber un precepto de una ley que establezca la exigencia de titulación fijada en la convocatoria, el requisito cuenta con la cobertura que le supone el régimen específico del Cuerpo, pues en él deben de tenerse por integradas las reglas contenidas en las disposiciones reglamentarias expuestas, entre ellas las que resultan de la incorporación de Directivas de la Unión Europea. (...) Los niveles de formación que acreditan los títulos universitarios no pueden ser distintos según se trate de acceder al empleo público, en las condiciones de este caso, o del ejercicio privado de la profesión» (FD 4). Por todo ello, procede desestimar el recurso de casación. De las dos sentencias se concluye que actualmente las Administraciones Públicas pueden tener Cuerpos propios de titulaciones de nivel de máster, así como reservar plazas para los títulos de nivel de máster (sin que puedan acceder a tales Cuerpos o plazas los graduados).

IV. Procedimiento selectivo: utilización de t́pex en un examen

En este apartado nos vamos a referir a una sentencia de un Tribunal Superior de Justicia, el de Extremadura, que resuelve la apelación promovida contra el fallo de un Juzgado de lo Contencioso Administrativo, que queda revocado. Hemos elegido este caso pues se trata de un ejemplo de incidencia durante la celebración de pruebas selectivas. En este tipo de circunstancias, la actuación de opositores y ́rganos de selecci3n y control puede tener unas consecuencias trascendentales para el resultado del proceso y ser fuente de litigios. Con respecto al uso de t́pex, en 2009 hubo una sentencia del Tribunal Supremo (diecinueve de enero de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, secci3n śptima, ńmero de recurso 8098/2004) donde aparecía tangencialmente el uso de cinta correctora para corregir las respuestas en un examen, pero la cuesti3n presentaba características diferentes. En otros fallos judiciales aparecen cuestiones similares, como el uso de bolígrafos de colores no permitidos, etc., pero las características del caso no eran iguales. La casuística se impone.

En esta ocasi3n, el escenario de partida es la celebraci3n de unas pruebas selectivas para el acceso a puestos vacantes de personal laboral, especialidad Oficial de primera de mantenimiento. En su convocatoria se atribuía a los ́rganos de selecci3n la competencia para resolver todas las dudas en cuanto a la aplicaci3n de las bases y, además, se establecía que el mismo consistiría en resolver uno o varios supuestos prácticos o pruebas prácticas propuestas por el tribunal de selecci3n con los medios auxiliares que dicho tribunal dispusiera. En el ejercicio de sus atribuciones, en una reuni3n previa al examen, se acord3 que solo se utilizara bolígrafo azul o negro y expresamente se decidi3 que no se permitiría la utilizaci3n de otro color, lápiz, ni ninǵn otro medio auxiliar. De todo esto se inform3 a los opositores mediante las instrucciones entregadas el día de celebraci3n del ejercicio correspondiente: no se debía escribir el nombre ni hacer tachaduras ni seales de ninǵn tipo en las hojas del examen, ni en los sobres o en la hoja de datos identificativos, ya que, en caso contrario, el examen quedaría anulado.

Pese a lo acordado por el tribunal de selecci3n y establecido en la hoja de instrucciones, varias personas usaron t́pex en el ejercicio de la oposici3n, por lo que se pudo producir una situaci3n de desventaja para otros opositores, ya que no es lo mismo hacer una correcci3n del error con t́pex y continuar con el ejercicio que repetirlo. En cualquier caso, la organizaci3n del examen no anul3 los exámenes que utilizaron el corrector t́pex.

Un opositor disconforme con tales actuaciones, tras la reclamaci3n correspondiente, present3 recurso de alzada, que fue contestado y rebatido por Resoluci3n de la Direcci3n General de la Funci3n Ṕblica de la Consejería de Hacienda y Administraci3n Ṕblica de la Junta de Extremadura. A continuaci3n, se entabl3 recurso contencioso-administrativo contra la resoluci3n administrativa y la sentencia correspondiente la declar3 nula, con retroacci3n de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la celebraci3n del segundo examen del citado proceso de selecci3n, basándose en que las bases del concurso son la ley que rige en el mismo y que las mismas no solo vinculan a los participantes sino tambi3n a la propia Administraci3n.

Finalmente, como se ha sealeado al inicio de este comentario, el Tribunal Superior de Justicia en la *sentencia de tres de julio de 2019* (112/2019, Sala de lo Contencioso, Secci3n Primera, ńmero de recurso 87/2019) estima el recurso de apelaci3n interpuesto por la Junta de Extremadura y un opositor contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo y revoca dicha sentencia. Seǵn sealea el Tribunal Superior de Justicia «la base 6.2.b) de la con-

vocatoria atribuye a los órganos de selección, la competencia para resolver todas las dudas en cuanto a la aplicación de las bases y respecto del segundo ejercicio, establece que el mismo consistirá en resolver uno o varios supuestos prácticos o pruebas prácticas propuestas por el tribunal de selección, relacionados con el programa de materias de la categoría-especialidad correspondiente y con los medios auxiliares que dicho el tribunal disponga y que en ejercicio de sus atribuciones, en la reunión celebrada el 28 de febrero de 2017 acordó que solo se utilizará bolígrafo azul o negro y expresamente se dijo que no se permitirá la utilización de otro color, lápiz, ni ningún otro medio auxiliar y en este mismo sentido se informó a los opositores mediante las instrucciones entregadas el día de celebración del segundo ejercicio que no se podía escribir su nombre ni hacer tachaduras ni señales de ningún tipo en las hojas del examen y en los sobres blancos, sepia o en la hoja de datos identificativos, ya que, en caso contrario, el examen quedaría anulado» (FD 1).

La administración argumenta que la utilización de t́pex por algunos aspirantes no ha conllevado ventaja alguna en la realización del ejercicio, e incluso que, aunque así hubiera sido, no se ha vulnerado la igualdad en la realización del ejercicio en relación con el resultado final del mismo; así, en ningún caso estaría justificada la repetición del ejercicio, ya que aspirantes que superaron la prueba podrían perder ahora el puesto de trabajo obtenido. La administración señala que lo único acreditado es que unos opositores, que ni siquiera superaron el ejercicio, utilizaron el corrector y respecto de los que superaron el ejercicio no se ha acreditado que lo utilizaran, como, por ejemplo, en el caso del opositor parte en el proceso. En fin, reconoce que, si se hubiese acreditado su uso por los aspirantes que aprueban el ejercicio y obtienen plaza, lo que vendría a demostrar la ventaja de utilizar corrector, la cuestión presentaría otras características, pero no es el caso.

El Tribunal Superior de Justicia considera que «es precisa una diferencia de trato que sea relevante desde el punto de vista de la igualdad y en este sentido queremos destacar una alegación realizada por la Administración relativa a la relevancia o irrelevancia de utilizar el t́pex en el desarrollo de la prueba, toda vez que es bien conocido que no todas las irregularidades son merecedoras del reproche de vulneración de derechos fundamentales o de la nulidad de lo actuado por la Administración, especialmente en el caso que nos ocupa, en que parte de los opositores han aprobado el ejercicio y también tiene unas expectativas dignas de protección, sin que de ninguna manera se haya acreditado que quienes utilizaron un t́pex aprobaron y no quienes no lo utilizaron» (FD 4). Sobre algunas ale-

gaciones concretas del opositor que no usó corrector recuerda que se podía rellenar de nuevo el ejercicio sin problema pues era breve y se disponía de mucho tiempo suficiente, y tampoco considera relevantes las alegaciones de que se puso muy nervioso porque tenía que rellenar de nuevo el examen y al hacerlo incurrió en errores al traspasar algunos datos; además, el uso de t́pex era complicado por el tipo de ejercicio de que trataba.

V. Provisión de puestos de trabajo: libre designación y cese

El sistema de libre designación atribuye a la Administración una amplia discrecionalidad en la provisión de puestos de trabajo. En cualquier caso, esa discrecionalidad no es absoluta y precisamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha dado en los últimos años un giro doctrinal sobre los límites en los nombramientos realizados mediante esta fórmula.

En este último apartado de actualidad jurisprudencial nos ocuparemos de la cuestión del cese del libremente designado. Al igual que con el nombramiento, en la actualidad se cuestiona la autonomía de la Administración en esa operación. En otras palabras, el quid está en la necesidad o no de motivar el cese. En sentencias de Tribunales Superiores de Justicia sobre todo aparece últimamente reflejada la cuestión con expresiones tales como que la ausencia de causas de justificación del cese hace que el acto pueda tildarse de arbitrario y caprichoso, implicando desviación de poder, o que se requiere una motivación específica, precisa y de significado racional, incluso, que puede incurrir en una discriminación por razones ideológicas, si es presumible que el cese no justificado lo ha sido por razones de tipo político. En definitiva, discrecionalidad, pero no arbitrariedad. Pues bien, la *sentencia del Tribunal Supremo de diecinueve de septiembre de 2019* (1198/2019, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, recurso número 2740/2017) se ocupa de la cuestión.

En el caso que exponemos, el cesado, que había ocupado por el procedimiento de libre designación el cargo de Jefe del Área de Experiencia Operativa y Normativa en la Subdirección de Instalaciones Nucleares en la Dirección Técnica de Seguridad Nuclear del Consejo de Seguridad Nuclear desde el año 2000, recurrió su cese e impugnó la resolución por la que se

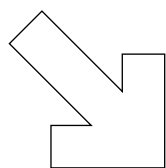
anunciaba la provisión, mediante libre designación, de dicho puesto de trabajo, vacante tras su cese. La Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional confirmó las dos resoluciones. Sobre el cese del demandante en el puesto de libre designación señalaba, entre otros razonamientos, los siguientes: las razones del cese deben considerarse implícitas en la declaración de cese, sin que sea exigible exponer las razones por las que se ha perdido la confianza, y el control jurisdiccional alcanza a la comprobación de la concurrencia de los elementos reglados (competencia del decisor y explicitación de la razón del cese —falta de idoneidad—) sin entrar en el juicio de valor emitido en que se basa. Además, señala la sentencia, en el caso de que el cese limite, impida o coaccione los derechos fundamentales, se parte de la presunción de legitimidad del acto de cese, por lo que es carga del recurrente acreditar la lesión constitucional.

Notificada la sentencia de la Audiencia Nacional, el cesado continuó con el litigio y el Tribunal Supremo precisó la cuestión sobre la que existía interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia: la determinación del contenido del deber de motivación exigible en las resoluciones administrativas que acuerdan el cese de personal funcionario público en puestos de libre designación.

La sentencia del Tribunal Supremo, después de repasar las características del sistema de libre designación y su base normativa, recuerda la jurisprudencia, desarrollada especialmente a propósito de cargos judiciales, y que puede resumirse en estos términos. A los ya conocidos argumentos de que el personal funcionario de carrera que desempeña un puesto clasificado como de libre designación tiene un mero interés en su permanencia, no un derecho a la inamovilidad en ese concreto puesto, algo propio de los provistos mediante concurso reglado, y de que el acto del

cese debe ajustarse a exigencias formales obvias, se añade lo siguiente: por un lado, que «al funcionario cesado debe dársele razón de por qué las razones de oportunidad, basadas en la confianza e idoneidad apreciada para el puesto y que llevaron a su elección, ya no concurren o si concurren qué otra circunstancia objetiva determina la pertinencia del cese», y, por otro, que «la razón o razones del cese no serán enjuiciables en lo que tiene de libre apreciación; ahora bien, es exigible que se explicita evitándose expresiones opacas, estandarizadas, que puedan encubrir una intención patológica por falsa, caprichosa o ajena a los requerimientos del puesto o a las exigencias de idoneidad profesional que llevaron a la elección. Esta exigencia de motivación se cualifica cuando se trata del cese de quien ejerce funciones de representación sindical» (FD 9).

Teniendo en cuenta lo señalado, el Tribunal Supremo anula la sentencia recurrida, ya que en el caso que nos ocupa, por un lado, el acuerdo de cese impugnado ante la Sala de instancia no daba razón alguna de la causa, y, por otro, la sentencia recurrida admitía como motivación bastante el cese en sí mismo (aunque realmente señala que sí hubo una razón, no explicitada, pero deducible del expediente, cuestión sobre la que no se trata de que la Sala de instancia indague, haciendo el trabajo que corresponde a la Administración, sino de que la propia Administración la explicita y lo haga en términos susceptibles de control). Asimismo, condena al Consejo de Seguridad Nuclear a que dicte un acto en el que se exponga la causa del cese para así satisfacer el derecho del demandante a conocer la misma. Eso supone la estimación parcial del recurso, ya que se rechaza la pretensión de resarcimiento y de que se reponga al cesado en el puesto que ocupaba, amén de que se desestima la impugnación de la nueva convocatoria.



IVAP

BIBLIOGRAFIA AUKERATUA/
SELECCIÓN BIBLIOGRÁFICA



Novedades bibliográficas

Esta sección está realizada por el Servicio de Biblioteca del IVAP

BIBLIOGRAFIA AUKERATUA SELECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

© 2019 IVAP. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia Creative Commons Reconocimiento – NoComercial – SinObraDerivada (by-nc-nd)



Novedades bibliográficas

- Achterbergh, J., & Vriens, D. J. (2019). *Organizational development: designing episodic interventions*. London: New York: Routledge Taylor & Francis Group.
- Ain, A. J. (2019). *Work Inspired: how to build an organization where everyone loves to work*. New York: McGraw-Hill.
- Alonso, A. (2019). *The price of pettiness: bad behavior in the workplace and how to fix it* (First ed.). Alexandria, Virginia: Society for Human Resource Management.
- Anderson, D. L. (2019). *Organization design: creating strategic & agile organizations*. Los Angeles: Sage.
- Arbinger Institute. (2019). *The outward mindset: how to change lives and transform organizations* (Expand second ed.). Oakland, CA: Berrett-Koehler Publishers.
- Armstrong, S., & Mitchell, B. (2019). *The Essential HR handbook: a quick and handy resource for any manager or HR professional* (Tenth anniversary ed.). Newburyport, MA: Career Press.
- Arrue Mendizábal, M. (2019). *El derecho a la propia imagen de los trabajadores*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- Arthur, D. (2019). *Recruiting, interviewing, selecting & orienting new employees* (Sixth ed.). New York: Harper-Collins.
- Arthur, N., & McMahon, M. (2019). *Contemporary theories of career development: international perspectives*. London; New York: Routledge, Taylor & Francis Group.
- Azmi, F. T. (2019). *Strategic human resource management: text and cases* (First Ed.). New York: Cambridge University Press.
- Banerjee, P., Pandey, J., & Gupta, M. (2019). *Practical applications of HR analytics: a step-by-step guide*. Thousand Oaks: Sage.
- Baquero Serrano, C. (2019). *Manual básico de prevención de riesgos laborales* (5ª ed.). Madrid: Centro de Estudios Financieros.
- Bardon, Thibaut; Arnaud, Nicolas; Letierce, Clara. (2019). *Les innovations managériales, entre mythes et réalité: donner du sens à la transformation*. Malakoff: Dunod.
- Barnes, B. K. (2019). *Building better ideas: how constructive debate inspires courage, collaboration, and breakthrough solutions* (First ed.). Oakland, CA: Berrett-Koehler Publishers.
- Beaven, K. (2019). *Strategic human resource management: an HR professional's toolkit*. London: Kogan Page.
- Berkley, R. A., & Kaplan, D. M. (2019). *Strategic training and development*. Thousand Oaks: SAGE Publications.
- Blackham, A. (2019). *Empirical research and workplace discrimination law*. Leiden: Koninklijke Brill NV.
- Bouchamma, Y., Giguère, M., & April, D. (2019). *Self-assessment and training: guidelines for pedagogical supervision*. Lanham: Rowman & Littlefield.
- Bungay Stanier, M. (2019). *The Coaching Habit: las 7 preguntas clave para liderar equipos y organizaciones del siglo XXI*. Barcelona: Arpa.
- Caldart, A. A., Ricart i Costa, J. E., & Carrera, A. A. (2019). *General management in Latin and Ibero-American organizations: a humanistic perspective*. London: Routledge.
- Caldwell, J. (2019). *Navigating the impossible: build exceptional teams and shatter expectations* (First ed.). Oakland, CA: Berrett-Koehler Publishers.
- Campbell, B. (2019). *The innovator's discussion: the conversational skills of entrepreneurial teams*. Abingdon, Oxon; New York, NY: Routledge.
- Cascio, W. F., Boudreau, J. W., & Fink, A. A. (2019). *Investing in people: financial impact of human resource initiatives* (Third ed.). Alexandria, VA: Society for Human Resource Management.
- Cazorla, R. A. (2019). *Inspirando líderes comprometidos: la innovación en valores, una visión para cambiar el mundo*. Málaga: Última Línea.
- Chamallas, M. (2019). *Principles of employment discrimination law*. St. Paul, MN: West Academic Publishing.
- Chen, J., Brem, A., & Viardot, E. (2019). *The Routledge companion to innovation management*. London; New York: Routledge, Taylor & Francis Group.
- Clifton, J., & Harter, J. K. (2019). *It's the manager: Gallup finds the quality of managers and team leaders is the single biggest factor in your organization's long-term success*. New York, NY: Gallup Press.
- Cobb, S. B., Frederman, S., & Castel, A. (2019). *Introduction to conflict resolution: discourses and dynamics*. Lanham, Maryland: Rowman & Littlefield International.
- Collier, K. (2019). *The robot-proof recruiter: a survival guide for recruitment and sourcing professionals*. London; New York: Kogan Page Limited.
- Coron, Clotilde; Franquinet, Arnaud; Noël, Florent. (2019). *Digital et RH: les 4 défis stratégiques: robotisation, collaboration, disruption, marchandisation*. Paris: Vui-vert.
- Cosme Vidal, J. C. (2019). *Liderazgo*. Málaga: Elearning.
- Crifo, P., & Rebérioux, A. (2019). *La participation des salariés: du partage d'information à la codétermination*. Paris: Sciences po, les presses.

- Dawson, P. (2019). *Reshaping change: a processual perspective*. New York, NY: Routledge.
- Derby, E. (2019). *7 Rules for Positive, Productive Change: micro Shifts, Macro Results*. Oakland, CA: Berrett-Koehler Publishers.
- Desdentado Daroca, E. (2019). *Las relaciones laborales en las administraciones públicas* (3ª ed.). Albacete: Bomarzo.
- Dessler, G. (2019). *Fundamentals of human resource management* (Fifth Edition). New York, NY: Pearson.
- Deszca, G., Ingols, C., & Cawsey, T. F. (2019). *Organizational change: an action-oriented toolkit* (Fourth Edition). Thousand Oaks: SAGE Publications.
- Dignan, A. (2019). *Brave new work: are you ready to reinvent your organization?* New York: Portfolio/Penguin.
- Dolan, S. L. (2019). *Más coaching por valores*. Madrid: Lid.
- DuBrin, A. J. (2019). *Leadership: research findings, practice, and skills* (Ninth ed.). Australia; Boston, MA: Cengage.
- Dunn, K. (2019). *The 9 faces of HR: discovering HR disruptors that add value, drive change, and champion innovation* (First ed.). Alexandria, VA: Society for Human Resource Management.
- Dutta, S. K. (2019). *Strategic change and transformation: managing renewal in organisations* (First Ed.). New York: Routledge.
- Edwards, A., Edwards, C., & Wahl, S. T. (2019). *The communication age* (Third Edition). Thousand Oaks: SAGE Publications.
- European Academy of Management & Andersen, T. J. (2019). *Strategic responsiveness and adaptive organizations: new research frontiers in international strategic management* (First ed.). Bingley, UK: Emerald Publishing.
- Fawzy, C. M. (2019). *Inclusive Management Strategy: engineering culture change for employees with disabilities*. Bingley, UK: Emerald Group.
- Fish, A. (2019). *I wanted fries with that: how to ask for what you want and get what you need*. Novato, California: New World Library.
- Flaesch, F. (2019). *Le management, pour quoi faire?* Paris: L'Harmattan.
- Fred, C. L. (2019). *The 24 hour rule: leading in a frenetic world* (First ed.). Denver: Magnusson-Skor Publishing, LLC.
- Frost, J. D., & Georgia Department of Transportation. Office of Performance-Based Management and Research. (2019). *HR data tool (HRDT): a modular system for supporting GDOT human resource planning and decision making*. Forest Park, GA: Georgia Department of Transportation, Office of Performance-Based Management and Research.
- G. Rogelberg, S. (2019). *La sorprendente ciencia de las reuniones: cómo liderar tu equipo para obtener el máximo rendimiento* (Ed. puesta al día). Madrid: Tébar Flores.
- Gabison, Y. (2019). *Boostez vos présentations avec le storytelling: 64 règles d'or pour storyteller comme un pro!* Paris: Eyrolles.
- García Sanchidrián, J. (2019). *Trabajo en equipo: ¿problemas? resuélvalos en equipo* (2ª ed.). Madrid: Fundación Confemetal.
- García-Valenzuela, M., & Jiménez Jiménez, A. (2019). *Héroes de la diversidad: por qué las organizaciones necesitan apostar por la inclusión*. Barcelona: Gestión 2000.
- Gillet, M., & Maillard, T. d. (2019). *Animer une séance de créativité* (3ème ed.). Malakoff: Dunod.
- Gil-Monte, P. R. (2019). *Prevención y tratamiento del síndrome de quemarse por el trabajo, burnout: programa de intervención*. Madrid: Pirámide.
- Gold, D., & Enoch, J. (2019). *Women at work: rhetorics of gender and labor in the United States*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press.
- Golensky, M., & Hager, M. A. (2019). *Strategic leadership and management in nonprofit organizations: theory and practice* (Second Ed.). New York: Oxford University Press.
- Gómez Salado, M. Á. (2019). *Absentismo laboral como causa del despido objetivo: puntos críticos en la redacción del artículo 52d) del Estatuto de los Trabajadores*. Granada: Comares.
- Grant, M., & Notter, J. (2019). *The non-obvious guide to employee engagement (for millennial, boomers & everyone else)*. Oakton, VA: Ideapress Publishing.
- Green, M. (2019). *Management scholarship and organizational change: representing Burns and Stalker*. Abingdon, Oxon; New York, NY: Routledge.
- Grésy, Jean-Edouard; Duret-Salzer, Florence; Kuri, Cristina. (2019). *La médiation au travail: comment réussir*. Louvain-la-Neuve: De Boeck.
- Grésy, Jean-Edouard; Emont, Philippe; Pérez Nüchel, Ricardo. (2019). *Investir La qualité de vie au travail: prévenir les risques psychosociaux, faciliter la coopération et l'entraide, déminer les tensions*. Montrouge: ESF.
- Griep, Y., & Cooper, C. L. (2019). *Handbook of research on the psychological contract at work*. Cheltenham, UK; Northampton, MA: Edward Elgar Publishing.
- Guerin, L. (2019). *The essential guide to workplace investigations: a step-by-step guide to handling employee complaints & problems* (5th Edition). Berkeley, CA: Nolo.
- Guile, D., & Unwin, L. (2019). *The Wiley handbook of vocational education and training*. Hoboken, NJ: John Wiley & Sons.

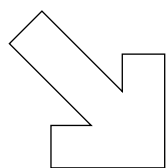
- Haddock-Millar, J., & Tom, E. (2019). *Coaching and mentoring for work-life balance*. New York:
- Hale, C. D. (2019). *The assessment center handbook for police and fire personnel* (Fourth ed.). Springfield, Ill.: Charles C Thomas, Publisher, Ltd.
- Hambly, L., & Bomford, C. (2019). *Creative career coaching: theory into practice*. Abingdon, Oxon; New York, NY: Routledge, Taylor & Francis Group.
- Harpelund, C., Højberg, M. T., Nielsen, K. U., & Frang, A. (2019). *Onboarding: getting new hires off to a flying start* (First ed.). Bingley United Kingdom: Emerald Publishing Limited.
- Have, S. t., Rijsman, J., & Have, W. t. (2019). *The social psychology of change management: theories and an evidence-based perspective on social and organizational beings*. New York City: Routledge, Taylor & Francis Group.
- Haynes, P. S., & Canadian HR Reporter. (2019). *Human resources guide to non-standard employment: a Canadian HR Reporter special report* (Second ed.). Toronto, Ontario: Thomson Reuters.
- Hesketh, I., & Hesketh, I. (2019). *Wellbeing at work: how to design, implement and evaluate an effective strategy*. London; New York: Kogan Page.
- Hougaard, R., & Carter, J. (2019). *La mente del líder: cómo liderarte a ti mismo, a tu gente y a tu organización para obtener resultados extraordinarios*. Barcelona: Reverté.
- Huau, J. (2019). *Génération burnout: un monde en métamorphose*. Escalquens: Quintessence.
- Hubbard, B., & Vaisberg, D. (2019). *My digital community and media*. Minneapolis: Lerner Publications.
- Hubbard, B., & Vaisberg, D. (2019). *My digital safety and security*. Minneapolis: Lerner Publications.
- Huch, B. (2019). *Managers relevez le challenge d'un nouveau poste: comment réussir sa prise de fonction managériale*. Le Mans: Gereso.
- Iglesias Álvarez, I. (2019). *Procesos de selección en la era digital: estrategias para atraer y enamorar al talento*. Madrid: Fundación Confemetal.
- Information Resources Management Association. (2019). *Gender and diversity: concepts, methodologies, tools, and applications*. Hershey, PA: Information Science Reference, an imprint of IGI Global.
- Instituto Cuatrecasas de Estrategia Legal en RRHH. *El impacto de las tecnologías disruptivas en la gestión de los recursos humanos y en el marco regulatorio de las relaciones laborales: Proyecto Technos: informe general*. Madrid: La Ley.
- Ito, M. (2019). *Affinity online: how connection and shared interest fuel learning*. New York: New York University Press.
- Janssoone, D. (2019). *Management de l'innovation*. Paris: Ellipses.
- Jeong, H. (2019). *Conflict intervention and transformation: theory and practice*. London; New York: Rowman & Littlefield International, Ltd.
- Johannessen, J. (2019). *Leadership and organization in the innovation economy*. United Kingdom: Emerald Publishing.
- Johnson, B. (2019). *Putting teachers first: how to inspire, motivate, and connect with your staff*. New York: Routledge, Taylor & Francis Group.
- Joseph, J., Baumann, O., Burton, R. M., & Srikanth, K. (2019). *Organization design* (First ed.). Bingley, UK: Emerald Publishing Limited.
- Kennedy, B. (2019). *Flat, fluid, and fast: harness the talent mobility revolution to drive employee engagement, accelerate innovation, and unleash growth*. New York: McGrawHill.
- Kerpen, D. (2019). *Likeable social media: how to delight your customers, create and irresistible brand, and be generally amazing on all social networks that matter* (Revis and expand third ed.). New York: McGraw-Hill.
- Kinley, N., & Ben-Hur, S. (2019). *Cambiando el comportamiento de los empleados: una guía práctica para directivos*. Barcelona: Reverté.
- Krippendorff, K. (2019). *Driving innovation from within: a guide for internal entrepreneurs*. New York: Columbia University Press.
- Krogerus, M., & Tschappeler, R. (2019). *El pequeño libro de la comunicación eficaz*. Barcelona: Alienta.
- Kuhn, T. (2019). *The manager's communication toolkit: tools and techniques for leading difficult personalities* (First ed.). Austin, Texas: Greenleaf Book Group Press.
- Lahouze, Elisabeth. (2019). *Le choc générationnel: comment faire travailler ensemble trois générations*. (3ème ed.) Paris: Maxima.
- Laillier, D. (2019). *Manager l'intelligence et le talent: manager les autres, se manager, manager ensemble* (2ème ed.). Paris: EMS.
- Lang-Bringer, Anne; Saint Péron, Rémi. (2019). *La mixité créative: l'innovation a-t-elle un sexe?* Gap: Yves Michel.
- Lefebvre, F. (2019). *Memento despido y otras formas de extinción del contrato de trabajo 2020-2021* (2019). Madrid: Francis Lefebvre.
- Lefebvre, F. (2019). *Memento empleado público 2020-2021* (2019). Madrid: Francis Lefebvre.
- Lefebvre, F. (2019). *Memento prevención de riesgos laborales 2020-2021* (2019). Madrid: Francis Lefebvre.
- Lefebvre, F. (2019). *Memento prevención de riesgos laborales 2020-2021* (2019). Madrid: Francis Lefebvre.

- Lewis, L. K. (2019). *Organizational change: creating change through strategic communication* (Second ed.). Hoboken, NJ: John Wiley & Sons.
- Loo, S. (2019). *Multiple dimensions of teaching and learning for occupational practice*. Abingdon, Oxon; New York, NY: Routledge, Taylor & Francis Group.
- López Gandía, J., & Blasco Lahoz, J. F. (2019). *Curso de prevención de riesgos laborales* (20ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Loscós Arenas, F., & Boonstra, J. (2019). *El cambio como un juego de interacción estratégica: una visión positiva sobre el cambio y la transformación en las organizaciones*. Barcelona: Profit.
- Lozano Fuentes, Á. (2019). *Liderar el cambio*. Madrid: Lid.
- Lussier, R. N., & Hendon, J. R. (2019). *Fundamentals of human resource management: functions, applications, skill development* (Second Edition). Thousand Oaks: SAGE Publications.
- Ly, Hélène; Foucault, Christel d. (2019). *Recruteurs: 80 questions pour réussir vos entretiens: comment trouver la posture adaptée, instaurer une relation de confiance et recruter les bons profils*. Paris: Eyrolles.
- Mallard, S. (2019). *Disruption: intelligence artificielle, fin du salariat, humanité augmentée*. Paris: J'ai lu.
- Hofaidhllaoui, Mahrane (2019). *Management de Ressources Humaines: Employabilité, Flexicurité, Déviance, Diversité*. Paris: Ellipses.
- Marcolino, Pierre-Michel d. (2019). *Formateur: 145 Fiches Opérationnelles*. Paris: Eyrolles.
- Martínez Domínguez, S. (2019). *Administración de personal*. Málaga: Elearning.
- Mattone, J. (2019). *The intelligent leader: unlocking the 7 secrets to leading others and leaving your legacy* (First ed.). Hoboken: Wiley.
- Maxwell, J. C. (2019). *Leadershift: the 11 essential changes every leader must embrace*. Nashville, TN: HarperCollins Leadership.
- Maylett, T. (2019). *Engagement magic: five keys for engaging people, leaders, and organizations* [Magic] (Second ed.). Austin, Texas: Greenleaf Book Group Press.
- McCorkle, S., & Reese, M. (2019). *Mediation theory and practice* (Third ed.). Los Angeles: Sage.
- McKew, H. J. (2019). *A practitioner's guide to engineering management: managing your professional development, managing your projects, managing your group*. Atlanta, GA: Ashrae.
- McMurray, R., & Linstead, A. (2019). *Power, politics and exclusion in organisation and management*. Abingdon, Oxon; New York, NY: Routledge.
- McShane, S. L., Von Glinow, M. A. Y., & Von Glinow, M. A. (2019). *Organizational behavior* (Fourth ed.). Dubuque, IA: McGraw-Hill Education.
- Mello, J. A. (2019). *Strategic human resource management* (Fifth ed.). Australia; Boston, MA: Cengage.
- Mercure, D. (2019). *Les transformations contemporaines du rapport au travail*. Laval: Presses de l'Université Laval.
- Mercure, D., & Spurk, J. (2019). *Les théories du travail. Les classiques*. Québec: Presses de l'Université Laval.
- Medical Group Management Association-MGMA. (2019). *Human resource management*. Englewood, CO: Mgma.
- Mgma. (2019). *Human resource management*. Englewood, CO: Mgma.
- Miguel Corrales, M. L. d. (2019). *Mentoring: un modelo de aprendizaje para la excelencia profesional y organizacional*. Madrid: Pirámide.
- Miller, S., Davis, T., & Roos-Olsson, V. (2019). *Everyone deserves a great manager: the 6 critical practices for leading a team*. New York: Simon & Schuster.
- Miné, Michel. (2019). *Le grand livre du droit du travail en pratique*. (30ème ed.) Paris: Eyrolles.
- Mintzberg, H. (2019). *Histoires du soir pour Managers: 42 histoires surprenantes pour réveiller votre management*. Paris: Vuibert.
- Monereo Pérez, J. L., & Maldonado Molina, J. A., dirs. (2019). *Envejecimiento activo y vida laboral*. Granada: Comares.
- Montaño Sobrino, A. M. (2019). *Comunicación efectiva y trabajo en equipo*. Antequera (Málaga): IC Editorial.
- Morán Astorga, M. C. (2019). *Estrés, burnout y mobbing: recursos y estrategias de afrontamiento*. León: Eolas.
- Morán Astorga, M. C., & Fínez Silva, M. J. (2019). *Psicología del trabajo: competencias para recursos humanos* (2ª ed.). León: Eolas.
- Moriceau, Jean-Luc; Letiche, Hugo; Le Theule, Marie-Astrid. (2019). *L'art du sens dans les organisations*. Québec: Presses de l'Université de Laval.
- Mosley, D. C., Mosley, D. C., & Pietri, P. H. (2019). *Supervisory management: the art of inspiring, empowering, and developing people* (10e ed.) Boston, MA: Cengage.
- Mucchielli, A. (2019). *Passez au nudge management: l'art subtil de motiver les autres en douceur... et à leur insu (ou presque)*. Paris: Eyrolles.
- Mucchielli, Roger. (2019). *L'entretien face à face dans la relation d'aide* (24ème ed.). Montrouge: ESF.
- Mucci, N., Giorgi, G., & Sderci, F. (2019). *Occupational stress: risk factors, prevention and management strategies*. Hauppauge, New York: Nova Science Publishers, Inc.

- Murphy, S. (2019). *Work tribes: the surprising secret to breakthrough performance, astonishing results, and keeping teams together*. New York: HarperCollins Leadership.
- Nieves Nieto, N. d. (2019). *El trabajo de la mujer en el derecho de la Unión Europea: del principio de igualdad de trato a la protección de la maternidad*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- Núñez-Cortés Contreras, P. (2019). *Novedades en relación con la jornada de trabajo y los derechos de conciliación: (tras la aprobación del RD 6/2019, de 1 de marzo)*. Madrid: Dykinson.
- O'Reilly, B. (2019). *Unlearn: let go of past success to achieve extraordinary results*. New York: McGraw-Hill.
- O'Reilly, N. D. (2019). *In this together: how successful women support each other in work and life*. Avon, Massachusetts: Adams Media.
- Orr, T. (2019). *Microblogging*. Ann Arbor, Michigan: Cherry Lake Publishing.
- Payrat, Charlotte d. (2019). *Orchestrer l'intelligence collective: des univers professionnels éthiques, attractifs et performants*. Montreuil: Pearson.
- Perret, Véronique; Taskin, Laurent. (2019). *Les temporalités de la recherche critique en management: enjeux et alternatives*. Québec: Presses de l'Université de Laval.
- Peskine, Elsa. (2019). *Droit du travail 2020*. (13ème ed.) Paris: Dalloz.
- Pillinger, J., & Wintour, N. (2019). *Collective bargaining and gender equality*. Newcastle upon Tyne: Agenda Publishing.
- Piqueras, C., & Arrola, E. (2019). *Coaching de equipos: qué necesita saber para facilitar el desarrollo de un equipo* (4ª ed.). Barcelona: Profit.
- Poirot, M. (2019). *Développez votre leadership positif !: 8 défis pour une équipe engagée et performante*. Paris: Vuibert.
- Powell, L., & McGrath, S. A. (2019). *Skills for human development: transforming vocational education and training*. London; New York: Routledge, Taylor & Francis Group.
- Power, J., & Ferratt, T. W. (2019). *The real-time revolution: transforming your organization to value customer time* (First ed.) Oakland, CA: Berrett-Koehler Publishers, Inc.
- Prado Galbarro, C., Gamero Vázquez, N., & Medina Díaz, F. J. (2019). *Dirigir equipos con inteligencia emocional*. Sevilla: Universidad de Sevilla.
- Praszkier, R. (2019). *Working wonders: how to make the impossible happen*. Cambridge, United Kingdom; New York, NY: Cambridge University Press.
- Prévalet, Martial. (2019). *Planification de projet: construire, analyser, améliorer, suivre et évaluer sa planification de projet*. Le Mans: Gereso.
- Price, R. H. (2019). *The politics of organizational change*. New York; London: Routledge, Taylor & Francis Group.
- Pruncun, H. (2019). *Methods of inquiry for intelligence analysis* [Handbook of scientific methods of inquiry for intelligence analysis] (Third ed.). Lanham: Rowman & Littlefield.
- Puiman, R. (2019). *The mindful guide to conflict resolution: how to thoughtfully handle difficult situations, conversations, and personalities* (First Adams Mia trade paperback ed.). Avon, Massachusetts: Adams Media.
- Quinn, R. E., & Thakor, A. L. d. (2019). *The economics of higher purpose: eight counterintuitive steps for creating a purpose-driven organization* (First Edition) Oakland, CA: Berrett-Koehler Publishers.
- Quirós Hidalgo, J. G. (2019). *La extinción del contrato laboral por voluntad unilateral del trabajador*. León: Eolas.
- Ragainne, A., & Tahar, C. (2019). *Le contrôle de gestion*. Issy-les-Moulineaux: Gualino.
- Raines, S. (2019; 2020). *Conflict management for managers: resolving workplace, client, and policy disputes* (Second Ed.) Lanham: Rowman & Littlefield.
- Rampont, Sandrine. (2019). *Parfois ingérables, toujours brillants: repérer, manager et fidéliser les hauts potentiels*. (1ère ed.) Paris: Eyrolles.
- Ravitch, S. M., & Carl, N. M. (2019). *Applied research for sustainable change: a guide for education leaders*. Cambridge, Massachusetts: Harvard Education Press.
- Ray, Jean-Emmanuel. (2019). *Moi manager: mes droits et mes devoirs en droit du travail*. Paris: Groupe Revue Fiduciaire.
- Reed, S. M. (2019; 2019). *PHR and SPHR: professional in human resources: complete practice tests*. Hoboken, NJ: Sybex, a Wiley Brand.
- Ringer, J. (2019). *Turn enemies into allies: the art of peace in the workplace*. Newburyport, MA: Career Press.
- Rius Almoyner, M. (2019). *Comunicar bien para liderar mejor: la importancia de la comunicación estratégica*. Barcelona: Profit.
- Roca, J., & Wilde, S. (2019). *The connector manager: why some leaders build exceptional talent - and others don't* (First ed.). New York: Portfolio.
- Roche, L. (2019). *Le manager, le migrant et le philosophe: chroniques pour la paix économique*. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble.
- Rogelberg, S. G. (2019). *La sorprendente ciencia de las reuniones: cómo liderar tu equipo para obtener el máximo rendimiento* (Ed. puesta al día). Madrid: Tébar Flores.

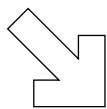
- Rodríguez Escanciano, S. (2019). *Derechos laborales digitales: garantías e interrogantes*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- Romain, S. (2019). *Transformando organizaciones: liderar el cambio*. Pozuelo de Alarcón (Madrid): Esic.
- Romero Rodenas, M. J. (2019). *El salario y la cotización a la Seguridad Social*. Albacete: Bomarzo.
- Roqueta Buj, R. (2019). *La contratación temporal en las administraciones públicas*. Madrid: INAP.
- Rowan, D. (2019; 2019). *Non-bullshit innovation: radical ideas from the world's smartest minds*. London: Bantam Press.
- Ruano Albertos, S. (2019). *Nuevas formas de acceso al empleo*. Barcelona: Atelier.
- Rushkoff, D., & Recorded Books, I. (2019). *Team human* (Unabridged ed.). Prince Frederick, MD: Recorded Books.
- Sánchez García, S. (2019). *El despido objetivo como forma de extinción del contrato de trabajo*. Madrid: CISS.
- Sandahl, P., & Phillips, A. (2019). *Teams unleashed: how to release the power and human potential of work teams*. Boston: Nicholas Brealey Publishing.
- Scarlett, H. (2019). *Neuroscience for organizational change: an evidence-based practical guide to managing change* (Second ed.) New York: Kogan Page Ltd.
- Schwarz, G. M., Buono, A. F., & Adams, S. M. (2019). *Preparing for high impact organizational change: experiential learning and practice*. Cheltenham, UK; Northampton, MA, USA: Edward Elgar Publishing.
- Scott, K. (2019). *Radical candor: be a kick-ass boss without losing your humanity* (Revis & updat ed.) New York: St. Martin's Press.
- Shimoni, B. (2019). *Organization development and society: theory and practice of organization development consulting*. New York: Routledge, Taylor & Francis Group.
- Simpson, M. K. (2019). *Powerful leadership through coaching: principles, practices, and tools for managers at every level* (First ed.). Hoboken: Wiley.
- Sinek, simon. (2019). *Les vrais leaders se servent en dernier: pourquoi certaines équipes se serrent les coudes et d'autres pas*. Montreuil: Pearson.
- Snell, S., & Morris, S. (2019). *Managing human resources* (18th ed.) Australia; Boston, MA: Cengage.
- Society for Human Resource Management. (2019). *Ace your SHRM certification exam: study guide & practice questions* (First ed.) Alexandria, Virginia: Society for Human Resource Management.
- Society for Human Resource Management. (2019). *Ace your SHRM certification exam: study guide to success on the SHRM-CP and SHRM-SCP Exams* (First ed.) Alexandria, Virginia: Society for Human Resource Management.
- Sperino, S. F. (2019). *The law of employment discrimination*. St. Paul, MN: West Academic Publishing.
- Sperino, S. F., & Gonzalez, J. S. (2019). *Employment discrimination: a context and practice casebook* (Third ed.). Durham, North Carolina: Carolina Academic Press.
- Stelter, R. (2019). *The art of dialogue in coaching: towards transformative change*. London; New York: Routledge, Taylor & Francis Group.
- Stoltz, K. B., Barclay, S. R., & National Career Development Association. (2019). *A comprehensive guide to career assessment* (Seventh ed.). Broken Arrow, OK: National Career Development Association.
- Studer, Q. (2019). *The busy leader's handbook: how to lead people and places that thrive* (First ed.) Hoboken: Wiley.
- Stulberg, J. B., & Love, L. P. (2019). *The middle voice: mediating conflict successfully*. Taking charge/managing conflict. (Third ed.). Durham, North Carolina: Carolina Academic Press.
- Tafrate, R. C., & Kassinove, H. (2019). *Anger management for everyone: 10 proven strategies to help you control anger and live a happier life* (Second ed.). Oakland, CA: Impact Publishers, Inc.
- Tarancón Pérez, E., & Romero Rodenas, M. J. (2019). *Manual de modalidades de contratación laboral* (5ª ed.). Albacete: Bomarzo.
- Taylor, L., & Lebo, F. (2019). *The talent revolution: longevity and the future of work*. Toronto; Buffalo; London: University of Toronto Press.
- Taylor, S. (2019). *Resourcing and talent management* (Seventh Ed.). London; New York: Kogan Page Ltd.
- Thomas, D., & Hunt, A. (2019). *The pragmatic programmer, 20th anniversary edition: journey to mastery* (Second ed.). Boston: Addison-Wesley.
- Thornton, C. (2019). *The art and science of working together: practising group analysis in teams and organisations*. New York: Routledge.
- Timmerman, B. D. (2019). *Starting lean from scratch: a senior leader's guide to beginning and steering an organizational culture change for continuous improvement*. New York, NY: Routledge.
- Timing, A. R. (2019). *Human resource management and evolutionary psychology: exploring the biological foundations of managing people at work*. Cheltenham, UK; Northampton, MA, USA: Edward Elgar Publishing.
- Tomasella, Saverio. (2019). *Ultrasensibles au travail: le guide de survie pour affirmer sa sensibilité au bureau, avec son chef, ses collègues*. (1ère ed.). Paris: Eyrolles.
- Tremblay, D., & Rolland, D. (2019). *Gestion des ressources humaines: typologies et comparaisons internationales* (3ème ed.). Québec: Presses de l'Université du Québec.

- Tremblay, D., & Rolland, D. (2019). *Gestion des ressources humaines: typologies et comparaisons internationales* (3e ed.). Québec: Presses de l'Université du Québec.
- Tuncdogan, A., Lindgreen, A., & Volberda, H. W. (2019). *Strategic renewal: core concepts, antecedents, and micro foundations* (First ed.). London; New York: Routledge, Taylor & Francis Group.
- Vallejo Dacosta, R. (2019). *Salud laboral, igualdad y mujer: aspectos jurídicos*. Albacete: Bomarzo.
- Vallerand, R. J., & Houliort, N. (2019). *Passion for work: determinants and consequences*. New York: Oxford University Press.
- Vandenbussche-Masclat, I. (2019). *L'empathie pour manager demain: du management au leadership*. Malakoff: Dunod.
- Vemuri, S. (2019). *Managing silence in workplaces* (First ed.). Bingley, UK: Emerald Publishing Limited.
- Voehl, F., Harrington, H. J., & Fernandez, R. (2019). *The framework for innovation: an entrepreneur's guide to the body of innovation knowledge*. Boca Raton, FL: CRC Press, Taylor & Francis Group.
- Warrick, S. (2019). *Solve employee problems before they start: resolving conflict in the real world* (First ed.). Alexandria, VA: Society for Human Resource Management.
- Whittington, R. (2019; 2019). *Opening strategy: professional strategists and practice change, 1960 to today*. Oxford: Oxford University Press.
- Whyte Guerra, R. (2019). *Negociador 365*. Madrid: Pirámide.
- Willer, D., Truedell, W. H., Kelly, W. D., & Society for Human Resource Management Labeled display. (2019). *SHRM-CPSHRM-SCP certification all-in-one exam guide*. New York: McGraw Hill Education.
- Williams, C. (2019). *Management consultancy for innovation* (First ed.). New York: Routledge.
- Wooten, M. E. (2019). *Race, organizations, and the organizing process* (First ed.) United Kingdom: Emerald Publishing.
- Yates, J. (2019). *The career coaching toolkit*. London; New York: Routledge, Taylor & Francis Group.
- Zalewski, J. M. (2019). *Working lives and in-house outsourcing: chewed-up by two masters*. London; New York: Routledge, Taylor & Francis Group.
- Zanus, J. D. (2019). *La coopération positive au travail et dans vos relations: les accords tolérables en pratique*. Genève: Jouvence éditions.
- Ziglar, Z., & Harrington, K. (2019). *Top performance: how to develop excellence in yourself and others* (Revised and updated ed.). Grand Rapids, Michigan: Revell, a division of Baker Publishing Group.



IVAP

PERTSONAK ETA ANTOLAKUNDE PUBLIKOAK KUDEATZEKO
EUSKAL ALDIZKARIA ARGITARATZEKO ARAUAK
NORMAS DE PUBLICACIÓN DE LA REVISTA VASCA DE
GESTIÓN DE PERSONAS Y ORGANIZACIONES PÚBLICAS



PERTSONAK ETA ANTOLAKUNDE PUBLIKOAK KUDEATZEKO EUSKAL ALDIZKARIA ARGITARATZEKO ARAUAK

1. Pertsonak eta Antolakunde Publikoak Kudeatzeko Euskal Aldizkariak erakunde publikoei lotutako giza baliabideen eta antolaketaren kudeaketari buruzko lan jatorrizko eta argitaragabeak argitaratzen ditu, nahiz eta hurbileko gaiei buruzkoak ere argitaratu ahal izango dituen, interesa dela eta, egokitzen jotzen denean.

2. Ez da argitaratuko gizarte-, arraza-, sexu- edo erlijio-bereizkeria motaren bat sustatzen duen edukiko testurik, ez eta beste toki batzuetan argitaratuak izan diren artikulua ere.

3. Aldizkariak ez ditu bere gain hartzen egile iritzi, irudi, testu eta lanak, haiek izango baitira edukiaren legezko erantzuleak. Eta ulertzen du egile sinatzaile guztiek agertzeko beren adostasuna eman dutela, eta horren erantzule izango da egile bidaltzailea.

Argitaratzen den lanen baten alderdiren batekin legezko gatazkaren bat dagoenean, salatzaileak sinesgarriro eta salaketa bitartez frogatu behar du egileek egindako ustezko delitua edo hutsegitea. Kasu horretan, lana kendu egingo da, epaia edo akordioa argitaratu arte. Emaizta ere aldizkarian iragarriko da.

4. Lanak modu anonimoan aztertuko dituzte gai horretan espezialista diren aditu batzuek. Txosten horiek eta behar diren txosten osagarriak ikusita, Erredakzio-kontseiluak hartuko du lanak argitaratzeari buruzko azken erabakia; egileei jakinaraziko die, eta, egoki bada, beharrezko diren aldaketak egiteko eskatuko die.

Lanak argitaratzera bidaltzen direnean, IVAP-Herri Arduralaritzaren Euskal Erakundeari lagatzen zaizkio, automatikoki eta modu unibertsalean, Pertsonak eta Antolakunde Publikoak Kudeatzeko Euskal Aldizkarian argitaraturiko artikuluen erreproduktzio, banaketa eta komunikazio publikoko eskubideak, euskarri informatikoan argitaratzekoak barne. IVAPeK bere web orrian zabaldu ahal izango ditu Aldizkarian argitaraturiko lan guztiak.

Era berean, egileak Aldizkarian argitaraturiko artikulua eraldatzeko eskubideak ere lagako ditu, soil-soilik beste hizkuntza batzuetara itzultzeko.

Lagapena eskusiboa izango da, eta, hala badagokio, egileak artikulua horiek erreproduzitu eta banatu ahal izango ditu, betiere irakaskuntzarako edo gradu-bukaerako lanetan, masterretan edo doktore-tesietan erabiltzeko.

Ondorio horietarako, egileak eskubide-lagapena egiteko beharrezko diren dokumentu guztiak izenpetzeko konpromisoa hartuko du.

Pertsonak eta Antolakunde Publikoak Kudeatzeko Euskal Aldizkariako artikulua guztiak Creative Commons-en Aitortu – EzKomertziala – LanEratorririkGabe izeneko lizentziaren pean editatzen dira. Aldizkari horretan argitaratzean, aipaturiko modalitate horretan editatzea onartzen da.

5. Inprentako proben zuzenketa, egin behar izanez gero, probak jaso, eta, asko jota, 72 orduko epean egin eta bidali beharko da. Ezin izango dira zuzenketa zabalak edo funtsezkoak egin bidalitako jatorrizkoaren gainean.

6. Sailkatze aldera, honako lan mota hauek bereiziko dira:

- a) Azterlanak.
- b) Esperientziak, jardunbide egokiak edo oharra.
- c) Azterketa eta eztabaida juridikoa.

7. Lanek ondoko baldintza hauek bete beharko dituzte:

- 7.1. Gaztelaniaz, euskaraz edo ingelesez idatzita egotea.
- 7.2. Jatorrizkoak euskarri informatikoan bidali beharko dira, Word formatuan, helbide elektroniko honetara: rvpop@ivap.eus
- 7.3. Tarte eta erdi utzita idatzi behar dira, Times New Roman 12 letra. Goiko eta beheko ertzak 2,5 cm-koak izango dira; ezkerreko eta eskuineko ertzak, berriz, 3 cm-koak.
- 7.4. Ez da ezartzen mugarik luzeran, baina iradokitzen da 10.000 hitz baino gehiago ez erabiltzea proposatzen diren artikuluetan.
- 7.5. Epigrafe-izenburuak zenbakiturik egongo dira (zenbaki arabiarak), tamaina bereko letra lodian.
- 7.6. Testu bakoitzak hurrenkera hau izan beharko du:
 - 7.6.1 Lanaren izenburua, gaztelaniaz edo euskaraz, letra larrian eta lodian, 16ko tamainan.
 - 7.6.2. Izenburua, ingelesez, ezaugarri berberekin.
 - 7.6.3. Egilearen/Egileen izen-abizenak, haien datu akademikoak eta lanbideko datuak (kategoria, saila, unibertsitatea edo erakundea) eta helbide elektronikoa.

7.6.4. Artikuluaren 100-250 hitzeko laburpena (*abstract*) gaztelaniaz, euskaraz eta ingelesez. Artikuluaren testuaren aurretik 200 hitz baino gehiagoko **laburpen** bat egongo da, eta bertan, lanaren helburuak, metodologia, emaitza nagusiak eta ondorioak argi eta zehatz azalduko dira, eta alfabetikoki ordenatutako bost **gako-hitz** adierazkiko dira (nazioartean onartutako terminoak izan behar dute diziplina zientifiko-sozialetan eta / edo sailkapen bibliometrikoaren ohiko adierazpenetan). Testua gaztelaniaz idazten bada, ingelesezko laburpena (*abstract*) eta gako-hitzak ingelesez (*keywords*) gehituko dira.

7.6.5. Artikuluaren hitz gakoak (*keywords*) gaztelaniaz, euskaraz eta ingelesez.

7.6.6. Gaztelaniazko, euskarazko edo ingelesezko artikuluaren aurkibidea.

7.6.7. Jarraian, artikulua bera idatzi beharko da, gaztelaniaz, euskaraz edo ingelesez aurreko paragrafoetan adierazi diren arauak jarraituz.

8. Lanaren baitako taulak eta grafikoak ere zenbakiturik egon behar dira. Jatorrizkoak izan behar dute. Taula edo grafiko bakoitzak izenburu labur bana eduki beharko du, eta oinean, iturriak, argi eta garbi adierazita. Lanaren amaieran, oin-oharren ondoren, taula eta grafiko horiek guztiak jaso behar dira berriro, bakoitza orri batean. Goiko ertzean, dena delako taula edo grafikoa testuko zein orrialdetan aurkituko dugun adierazi.

9. Testuan, aipamenik egin behar baduzue, egilearen izena eta argitalpen-urtea ere adierazi. Adibidea: Allen (1981) edota (Allen, 1981). Egile bakar baten urte bereko aipamen bat baino gehiago egin baduzue, argitalpen-urtearen ondoan letra bat jarri, bereizteko; adibidez: (Allen, 1981a). Aipamenaren egileak hiru edo hiru baino gehiago baldin badira, lehenengo aldiz, guztiak aipatu, eta hortik aurrera, lehenengo egilea eta *et al.*

10. Testuaren amaieran, bibliografia jaso. Egileak alfabeto-hurrenkeraz antolaturik ekarri beharko ditu, eta egile batek hainbat lan badu, kronologikoki.

11. Bibliografia-erreferentzietan, American Psychological Association (APA) irizpideen egitura bete beharko da:

LIBURUA: Dipboye, R. L. (1992). *Selection interviews: Process perspectives*. Cincinnati, OH: South-Western.

ARTIKULUA: Roth, P. L., Bobko, P. y McFarland, L. A. (2005). A meta-analysis of work sample test validity: updating and integrating some classic literature. *Personnel Psychology*, 58, 1009-1037.

Horrez gain, doi dokumentua agertzen den erreferentzietan doi zenbakia jarri url-aren ordean.

Adibidez: Sackett, P. R., & Lievens, F. (2008). Personnel selection. *Annual Review of Psychology*, 59, 419-450. doi:10.1146/annurev.psych.59.103006.093716

NORMAS DE PUBLICACIÓN DE LA REVISTA VASCA DE GESTIÓN DE PERSONAS Y ORGANIZACIONES PÚBLICAS

1. La Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas edita trabajos originales e inéditos sobre la gestión de Recursos Humanos y Organización ligados a las entidades públicas, aunque también podrá hacerlo sobre materias afines cuando, por su interés, así se considere oportuno.

2. No se publicarán textos con contenido que promueva algún tipo de discriminación social, racial, sexual o religiosa; ni artículos que ya hayan sido publicados en otros lugares.

3. La revista no se hace responsable de las opiniones, imágenes, textos y trabajos de los autores que serán responsables legales de su contenido. Y entiende que todos los autores firmantes han dado su consentimiento para figurar, de lo que se hará responsable el autor o autora remitente.

En caso de conflicto legal con algún aspecto de un trabajo publicado, el demandante debe demostrar fehacientemente y mediante denuncia, el presunto delito o falta cometido por los autores, en cuyo caso se retirará el trabajo hasta la publicación de la sentencia o acuerdo. El resultado se anunciará en la revista.

4. Los trabajos serán evaluados de forma anónima por expertos especialistas en la materia. A la vista de tales informes y de los complementarios que se consideren precisos, el Consejo de Redacción adoptará la decisión definitiva sobre su publicación, que se comunicará a los autores, requiriendo las modificaciones que se consideren necesarias, en su caso.

El envío de los trabajos para su publicación implica la automática cesión, de forma universal al IVAP-Instituto Vasco de Administración Pública, de los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública, incluido en soporte informático, de los artículos que sean publicados en la Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas. El IVAP podrá difundir los trabajos publicados en la Revista en su página web.

Asimismo, el autor cede los derechos de transformación de los artículos publicados en esa Revista, exclusivamente para su traducción a otros idiomas.

La cesión se realiza de forma exclusiva, pudiendo el autor, en su caso, reproducir y distribuir estos artículos para uso docente o en la medida que sea necesario para realizar trabajos de fin de grado, máster o tesis doctoral.

A tales efectos, el autor se compromete a suscribir cuantos documentos sean necesarios para formalizar esta cesión de derechos.

Todos los artículos de la Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas se editan bajo la licencia Creative Commons de Reconocimiento – No Comercial – Sin Obra Derivada. Publicar en esta revista comporta aceptar esta modalidad de edición.

5. La corrección de las pruebas de imprenta, en su caso, deberá realizarse y reenviarse en un plazo máximo de 72 horas desde la recepción de las mismas. No se podrán efectuar correcciones amplias ni sustanciales sobre el original enviado.

6. A efectos de su calificación se diferenciará entre:

- a) Estudios.
- b) Experiencias, buenas prácticas o notas.
- c) Análisis y debate jurídico.

7. Los trabajos deberán cumplir los siguientes requisitos:

- 7.1. Estar redactados en castellano, euskera o inglés.
- 7.2. Los originales se enviarán en soporte informático y con formato Word al siguiente correo electrónico: rvgpop@ivap.eus
- 7.3. Deberán ir redactados a espacio y medio con letra Times New Roman 12. Los márgenes superior e inferior serán de 2,5 cm y los márgenes izquierdo y derecho de 3 cm.
- 7.4. No se establece una extensión máxima, pero se sugiere que los trabajos propuestos no excedan las 10.000 palabras.
- 7.5. Los títulos de los epígrafes irán numerados (en números árabes), en negrita y al mismo tamaño.
- 7.6. Cada texto deberá presentar el siguiente orden:
 - 7.6.1. El título del trabajo en castellano o euskera, en mayúsculas y en negrita y en tamaño 16.
 - 7.6.2. El título en inglés con idénticas características.
 - 7.6.3. El nombre del autor/es con sus datos académicos y profesionales (categoría, Departamento, Universidad o Institución a la que pertenece) y correo electrónico.

NORMAS DE PUBLICACIÓN DE LA REVISTA VASCA DE GESTIÓN DE PERSONAS Y ORGANIZACIONES PÚBLICAS

- 7.6.4. Resumen en castellano, euskera e inglés (abstract) del artículo con una extensión de entre 100 y 250 palabras. El texto de los artículos irá precedido de un **resumen** de no más de 200 palabras, en el que se expondrá clara y concisamente los objetivos, metodología, principales resultados y conclusiones del trabajo, y de un máximo de cinco **palabras clave** ordenadas alfabéticamente (deberán ser términos aceptados internacionalmente en las disciplinas científico-sociales y/o expresiones habituales de clasificación bibliométrica). Si el texto está escrito en español se añadirán el resumen (*abstract*) y las palabras clave (*keywords*) en inglés.
- 7.6.5. Palabras clave del artículo en castellano, euskera e inglés (*keywords*).
- 7.6.6. Sumario del artículo en Castellano, Euskera o inglés.
- 7.6.7. A continuación se escribirá el artículo en castellano, euskera o inglés según las normas indicadas en los apartados anteriores.

8. Los cuadros y gráficos incluidos en el trabajo deberán ir numerados correlativamente y ser originales. Cada cuadro o gráfico deberá tener un breve título e indicar claramente sus fuentes al pie del mismo. Todos ellos se recogerán al final después de las notas a pie de página, cada uno en hoja separada, identificando en el margen superior la página del texto a que hace referencia.

9. Las citas en el texto se harán incluyendo el nombre del autor y el año de publicación. Ejemplo: Allen (1981) o bien, (Allen, 1981). Si para un autor aparece más de una cita referida a un mismo año, se diferenciarán a través de una letra, que aparecerá junto al año de publicación, por ejemplo: (Allen, 1981a). En casos de tres o más autores se citarán a todos cuando aparecen por primera vez y después sólo el primer autor seguido de *et al.*

10. Al final del texto se incluirá una lista de bibliografía ordenada alfabéticamente por autores, y cronológicamente en caso de varios trabajos del mismo autor.

11. Las referencias bibliográficas se ajustarán a los criterios de la American Psychological Association (APA):

LIBRO: Dipboye, R. L. (1992). *Selection interviews: Process perspectives*. Cincinnati, OH: South-Western.

ARTÍCULO: Roth, P. L., Bobko, P. y McFarland, L. A. (2005). A meta-analysis of work sample test validity: updating and integrating some classic literature. *Personnel Psychology*, 58, 1009-1037.

En los casos en los que las referencias bibliográficas tengan número de doi, se utilizará el número de doi en lugar de la url.

Por ejemplo: Sackett, P. R., & Lievens, F. (2008). Personnel selection. *Annual Review of Psychology*, 59, 419-450. doi:10.1146/annurev.psych.59.103006.093716

PERTSONAK ETA ANTOLAKUNDE PUBLIKOAK KUDEATZEKO EUSKAL ALDIZKARIAREN ATALEN DEFINIZIOA

Azterlanak

Ikerkuntza experimental eta teorikoko artikulua originalak jasoko dira atal honetan. Ondoko artikuluek hain zuzen ere, zerbitzu publikoaren eraginkortasuna eta eragingarritasuna handitze aldera: giza baliabideei buruzkoak, administrazio publikoaren hobekuntzaren antolakuntza eta kudeaketari buruzkoak.

Hortaz, besteak beste, ondoko esparruak batuko dira atal honetara: langileak hautatu eta biltzea, prestakuntza, lanaren ebaluazioa, karrera, lanpostuen azterketa eta diseinua, antolakuntza diseinua, enplegu publikoa, antolakundearen arteko komunikazioa, buruzagitza, langileen motibazioa eta jarduerak, talde lana, negoziazioa, jakinduriaren kudeaketa, lan harremanak, lan baldintzak, lan osasuna, antolakunde kultura, politikak, kalitate ereduak eta tresnak administrazio publikoan, kudeaketa publikoa, giza baliabideen kudeaketa estrategikoa, etab.

Aldizkarirako, atal honetan onartutako artikuluek hiru mota dira:

- 1) **Ikerketa artikulua.** Ikerketa originalaren emaitzen deskripzio osoa eta zehatza aurkezten duen agiria. Formatua: sarrera, metodologia, emaitzak, ondorioak eta bibliografia. Hauek ere agertu behar dira: ikergaiak garrantzitsuak den literaturaren azterketa, argi eta garbi definitutako metodoak, adierazitako helburuekin bat datozenak, azterketa atal argia eta eskuizkribuan aurkeztutako datuetatik sortutako eztabaida.
- 2) **Hausnarketa artikulua.** Gai zehatz bati buruzko ikerketaren emaitzak aurkezten dituen agiria, egilearen ikuskera analitiko, azaltzaile edo kritikotik, jatorrizko iturriak abiapuntu izaki.
- 3) **Berraztertze artikulua.** Ikerketa argitaratuaren eta argitaratu gabeen emaitzak aztertu, sistematizatu eta integratzen dituen ikerkuntza baten ondoriozko agiria, aurretiko ikerketa enpirikoa sintetizatze giza baliabideen eta erakunde publikoaren kudeaketan jakinduriaren produkzioa hobetzen laguntze aldera.

Azterketa eta eztabaida juridikoa

Atal hau zuzenbidearen ikuskeren arteko hausnarketa, azterketa eta eztabaidarako eremua izan behar da, baita administrazio publikoak eta giza baliabideak kudeatzearekin lotzeko ere.

Artikuluak lagundu behar dute aldizkariaren eremuarekin lotutako doktrina esanguratsu eta berriena hedatzen, ikerketak, hausnarketak, iruzkinak, azterlanak, jurisprudentzia eta legeria oharrak, etab gehituz.

Berrikuntza eta jardunbide egokiak

Atal honetara administrazio publikoaren antolakuntza eta funtzionamendua hobetzeko esperientzia eta jarduketak **berriak, sistematizatu eta dokumentatuak** jasotzeko atala da. Ekintzek edo ekimenok eragin frogagarria eta iuskarria eduki behar dute zerbitzu publikoaren eragingarritasun eta eraginkortasunaren hobekuntzari dagokionez, eta eredu izan daitezke euren egoerara egokitu ditzaketen beste antolakunde batzuentzat. Kontuan hartuko dira esperientzia konparatuak, alderatutako kasuak pertsonak eta antolakundeak antolatze alorrean, eremu pribatuan zein internazionalen.

Aldizkarian argitara daitezen, esperientziei buruzko artikuluek bete behar dituzten oinarriko irizpideak ondokoak dira:

- **Egokitasuna.** Esperientzia aldizkariaren alorreko ekintzei buruzkoa izan behar da.
- **Berrikuntza.** Bai esku-hartze edo jarduketaren **ikuskerak tradizionalak aldatu edo zalantzan jartzen** dituelako, bai antolakuntza edo giza baliabideen kudeaketa arazoak konpontzeko **esperientziei ekin** zaielako. Esperientzia berriak daitezke programa, zerbitzua edo baliabidea hastean edo lehengo baliabideak aplikatzean.

Jurisprudentzia

Atal honetan epai esanguratsuen zerrenda eta bertako doktrinaren laburpen txikia eskaintzen da.

Kronika

Aldizkariaren esparruarekin zerikusia duten biltzar, jardunaldi edo ekitaldiei buruzko analisia.

Atal bibliografikoa

Atal honen xedea aldizkariaren zenbaki bakoitza argitaratu aurretik 6 hilabeteetan argitaratzen den giza baliabideen eta antolakundearen kudeaketari buruzko literatura esanguratsuen ikuskera osoa eskaintzea da ingurumari hizkuntzetan eta aldizkariaren eremuko lanik garrantzitsuenen hizkuntzetan (euskara, gaztelania, frantsesa, ingelesa...) idatzitako argitalpenak jasoko dira. Aipamen bibliografikoak American Psychological Association (APA) arauak proposatutako egiturari egokituak izango dira.

Aipamen edo aipuak gehi daitezke, hau da, argitalpen baten edo batzuen azterketa, eta garrantzitsuak izan behar dira unean uneko gai zehatz bat ikeritzeko.

DEFINICIÓN DE LAS SECCIONES DE LA REVISTA VASCA DE GESTIÓN DE PERSONAS Y ORGANIZACIONES PÚBLICAS

Estudios

Esta sección recogerá artículos originales de investigación experimental o teórica que aborden aspectos vinculados a los recursos humanos, la organización y la gestión de la mejora en las administraciones públicas de cara a lograr un incremento de la eficacia y la eficiencia del servicio público.

Por tanto, entre otros, tendrán cabida en esta sección ámbitos como la selección y el reclutamiento de personal, la formación, la evaluación del desempeño, la carrera, el análisis y diseño de puestos de trabajo, el diseño organizacional, el empleo público, la comunicación organizacional, el liderazgo, la motivación y las actitudes de los empleados, el trabajo en equipo, la negociación, la gestión del conocimiento, las relaciones laborales, las condiciones de trabajo, la salud laboral, la cultura organizacional, las políticas, modelos e instrumentos de calidad en la Administración Pública, la gestión pública, la gestión estratégica de los recursos humanos, etc.

Los artículos aceptados para la revista en esta sección serán de tres tipos:

- 1) **Artículo de investigación.** Documento que presenta, de manera detallada, una descripción completa de los resultados de una investigación original. Formato: Introducción, metodología, resultados, conclusiones y bibliografía. Deben incluir una revisión de literatura relevante para el tema de investigación, los métodos claramente definidos, coincidentes con el propósito declarado, sección de análisis clara y una discusión que surja de los datos presentados en el manuscrito.
- 2) **Artículo de reflexión.** Documento que presenta resultados de investigación desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica del autor, sobre un tema específico, recurriendo a fuentes originales.
- 3) **Artículo de revisión.** Documento resultado de una investigación donde se analizan, sistematizan e integran los resultados de investigaciones publicadas o no publicadas, con el fin de sintetizar la investigación empírica previa y contribuir al progreso de la producción de conocimiento en el ámbito de la gestión de recursos humanos y organizaciones públicas.

Análisis y debate jurídico

Esta sección debe ser un espacio apto para la reflexión, el análisis y el diálogo entre las diversas visiones del Derecho y su relación con la gestión de las administraciones públicas y los recursos humanos.

Los artículos presentados deben colaborar en la difusión de la más relevante y novedosa doctrina jurídica relacionada con el ámbito de la Revista, incorporando investigaciones, reflexiones, comentarios, estudios, notas jurisprudenciales y legislativas, etc.

Innovación y buenas prácticas

En esta sección tendrán cabida aquellas experiencias y actuaciones **innovadoras, sistematizadas y documentadas** que se orienten a la consecución de mejoras en la organización y funcionamiento de las administraciones públicas. Deberá tratarse de acciones o iniciativas con un impacto demostrable y tangible en cuanto a la mejora de la eficacia y eficiencia del servicio público y que pueden servir como modelos para que otras organizaciones puedan conocerlas y adaptarlas a su propia situación. Tendrán cabida Experiencias Comparadas, casos comparativos en materia de gestión de personas y las organizaciones, tanto a nivel internacional como en el ámbito privado.

En cuanto a los criterios básicos que deben cumplir los artículos acerca de las diferentes experiencias para ser consideradas y ser publicadas por esta Revista, se tendrán en cuenta:

- **Pertinencia.** La experiencia se enmarca o se refiere a la aplicación del acciones relacionadas con el ámbito de la Revista.
- **Innovación.** Ya sea porque **cambie o cuestione enfoques tradicionales** de intervención o de actuación o porque **inicie experiencias** que vayan dirigidas a la solución de problemas de tipo organizativo o de gestión de recursos humanos. La innovación de la experiencia puede producirse, por consiguiente, tanto al comenzar un nuevo programa, servicio o recurso, como al aplicarse en un recurso preexistente.

Jurisprudencia

Relación de las sentencias más significativas así como un breve resumen de la doctrina que se contiene en ellas.

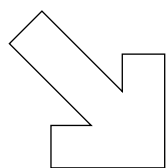
Crónica

Análisis de congresos, jornadas o eventos relacionados con el ámbito de la revista.

Sección bibliográfica

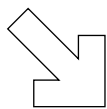
Esta sección intenta dar una visión de conjunto completa de la literatura relevante en el campo de la gestión de recursos humanos y organizaciones que haya sido publicada en los 6 meses anteriores a la publicación de cada número. Se considerarán publicaciones en las lenguas de nuestro entorno y en las lenguas en las que se editan los principales trabajos en el ámbito de la Revista (euskara, castellano, francés, inglés...). Las referencias bibliográficas se ajustarán a la estructura propuesta por la norma American Psychological Association (APA).

Se podrán incluir recensiones o reseñas, que consistirán en un análisis de una o varias publicaciones y su relevancia en la investigación de un tema en determinado momento.



IVAP

PERTSONAK ETA ANTOLAKUNDE PUBLIKOAK KUDEATZEKO
EUSKAL ALDIZKARIAREN PRINTZPIO ETIKOAK
PRINCIPIOS ÉTICOS PARA LA REVISTA VASCA DE GESTIÓN
DE PERSONAS Y ORGANIZACIONES PÚBLICAS



PERTSONAK ETA ANTOLAKUNDE PUBLIKOAK KUDEATZEKO EUSKAL ALDIZKARIAREN PRINTZPIO ETIKOAK

Pertsonak eta Antolakunde Publikoak Kudeatzeko Euskal Aldizkariak konpromisoa hartzen du argitalpenak kudeatzean testu honetan jasotzen diren estandar etikoak betetzeko. Estandar hauek COPEk (Best Practice Guidelines for Journal Editors) argitaratutakoak erreferentziatzen harturik idatzi dira. Xedea lortzearen, argitalpen-prozesuan parte hartzen duten pertsona guztiek —Erredakzio Batzordeko nahiz Aholku Batzordeko (ebalutzaileak) kideak eta egileak— honako printzipioak ezagutu eta bete beharko dituzte:

Erredakzio Batzordea

- Erredakzio Batzordeak, artikulua bat onartu edo ez erabakitzeak, dagokion ebalutzailearen txostena eta honako alderdiak soilik hartuko ditu aintzat: garrantzia, orijinaltasuna, argitasuna eta idatziaren edukia aldizkarian landu ohi diren gaiekin bat datozen ala ez. Diskriminaziorik eza bermatuko da eta, horrenbestez, ez da egilerik baztertuko honako arazoiengatik: generoa, sexu-orientazioa, sinesmenak, jatorri etnikoa, jatorria edo orientazio politikoa. Erredakzio Batzordeko kideek mekanismoak eskainiko dituzte hartutako argitalpen-erabakien aurkako apelazioa aurkeztu ahal izateko.
- Erredakzio Batzordeko kideek eta aldizkariarekin lotura duten gainontzeko langileek artikuluen ebaluazio-prozesuetan parte hartzen duten pertsona guztien anonimitasuna babestuko dute uneoro; orobat egileek bidaltzen duten materiala behar bezala zaintzen dela bermatuko dute eta ebaluazio-prozesuarekin zerikusia duten pertsonak soilik (eta ez beste inork) ikusten dutela.
- Lan bat argitaratu ala ez erabakitzeak orduan interes-gatazkarik izanez gero, Erredakzio Batzordeko kideek haren berri eman behar dute. Eta kideren batek interes-gatazkarik badu, erabakitze-prozesutik at geratu beharko du.
- Erredakzio Batzordeak zuzenketak, argibideak, atzera-egiteak eta barkamen eskeak argitaratuko ditu beharrezkoa denean.
- Erredakzio Batzordeak aldizkaria etengabe hobetzeko konpromisoa hartzen du; besteak beste, artikuluen kalitatea, indexazioa eta ikusgaitasuna hobetzen ahaleginduko da. Horretarako, iritzia eskatuko zaie egileei, irakurleei eta Aholku Batzordeari.
- Egileek salaketa larriak egiten badituzte ebaluazio-prozesuaren inguruan eta Erredakzio Batzordeari gaizki jokatu izana edo etika falta leporatzen badiote, batzordeak azalpenak emateko aukera eman behar die.

Egileak

- Egileek beren gain hartzen dute beren idatzien edukiaren ardura eta testua beraiek sortua dela adierazi behar dute. Testuaren egileari dagokionez aldaketarik egin beharko balitz, arrazoiak justifikatu beharko lituzkete.
- Egileek idazkia orijinala eta argitaragabea dela ziurtatu behar dute. Lanaren zati batzuk jadanik argitaratu egin badira, Idazkaritza Teknikoari jakinarazi behar diote. Halaber, bermatu behar dute lana ez dela beste pertsona baten lanaren plagio partzialaren edo osoaren emaitza eta ez dutela nahita aipu bibliografikorik aipatu gabe utzi.
- Egileek beren idazkiak *Pertsonak eta Antolakunde Publikoak Kudeatzeko Euskal Aldizkaria* bidaltzen badituzte hark ebalua ditzan, ziurtatu beharko dute beste argitalpen bat ez dela aldi berean lanok ebaluatzen ari.
- Egileak edo egileek idazkiaren ebaluazio-prozesuan interes-gatazkaren bat dagoela edo egon litekeela jakin badakite, egoera horren berri eman beharko diote Idazkaritza Teknikoari. Horiek horrela, eskubidea izango dute Idazkaritza Teknikoari argitalpenaren Erredakzio Batzordeko kideekin edo balizko ebalutzaileekin dituzten edo izan ditzaketen interes-gatazken eta arrazoiaren berri idatziz emateko.
- Egileek eskubidea dute aztertzaileek egindako ebaluazioen edukien berri izateko, eta irizpena «argitaragarria» edo «berrikusi ostean argitaragarria» baldin bada, beharrezko aldaketak egin beharko dituzte.

Ebalutzaileak

- Artikulu bat ebaluatzeak onartu ostean, aztertzaileek ezarritako epeak bete beharko dituzte, eta betetzea posible ez balitz, Idazkaritza Teknikoari jakinarazi beharko liokete behar besteko aurrerapenaz.
- Berrikusketa egitean objektibotasuna, konfidentzialtasuna eta inpartzialtasuna bermatuko dira.
- Ebalutzaileek konpromisoa hartzen dute egileak aipatu gabe utzi dituen eta artikuluan lantzen den gaiarekin lotura duten lan garrantzitsuen datu bibliografikoak eskaintzeko.
- Ebalutzaileek jasotako lanak interes-gatazkarik eragiten dien jakinarazi beharko dute, eta hala balitz, ez lukete berrikuspen-prozesuan parte hartuko.
- Ebalutzaileek Idazkaritza Teknikoari jakinarazi beharko diote ebaluatutako idazkiak aldizkariaren politika etikoa urratzen badu eta/edo ekoizpen zientifikoaren oinarritzko arauak betetzen ez baditu (plagioa, emaitzak zintzoki ez aurkeztea, asmaketa, faltsutzea, manipulazioa edo/eta ebidentziak isilean gordetzea).

PERTSONAK ETA ANTOLAKUNDE PUBLIKOAK KUDEATZEKO EUSKAL ALDIZKARIAREN PRINTZPIO ETIKOAK

Plagioa eta jokabide ezegokia

Honako hauek hartuko dira plagiotzat: beste egileen edo artikuluen ideiak edo esaldiak norberarena balitz bezala eta jatorrizko lana bezala aurkeztea edo kopiatzea, jatorria aipatu gabe edo behar bezala aipatu gabe; eta beste egile batzuen esaldien eta ideien gehiegizko erabilera.

Bestalde, jokabide zientifiko ezegokitzat joko dira honako hauek: argitaratzeko bidalitako jatorrizko dokumentuan jasotako ikerketa-datuen zati bat edo guztiak asmatzea; datuak faltsutzea edo manipulatzeko; egiletasun-gatazkak eta egiletasun faltsua.

Egileren batek jokabide ezegokia izan duela edo plagioa egin duela antzematen bada, eta egilearen azalpenak argi-garriak ez badira, Erredakzio Batzordeak IVAPen zuzendaritzari proposatuko dio egoki jotzen dituen neurriak hartzeko, eta egileek bere gain hartu beharko dute besteren eskubideak urratzearen eta dokumentu honetan jasotako printzipio etikoak ez betetzearen erantzukizuna.

Argitalpenen kudeaketa

Artikuluak jaso bezain pronto ebaluatzen dira, honako prozedura hau jarraituta: a) artikulua jaso bezain laster, jaso izanaren adierazpena bidaltzen zaio bidaltzaileari, e-postaren bidez; b) aldizkariaren erredakzioak erabakitzen du atzera botatzea (aldizkariak landutako gaietatik haratago doazen lanen kasuan) ala kanpo ebaluazioaren prozesua hastea, eta horren berri ematen dio egileari; c) gaian adituak diren pertsonen ebaluazio anonimoa aplikatzen dio, «itsu-bikoitza» prozedura jarraituta (ebaluazio desegokien kasuan, Erredakzio Kontseiluak testua ebaluatzaile berri bati bidaltzea du); d) eta, azkenik, ebaluatzaileen txostenen arabera, Erredakzio Kontseiluak ondorengo erabakietako bat hartuko du, egileei jakinaraziko zaiena: artikulua onartzeko edo atzera botatzeko behin betiko erabakia. Prozesu guztia batez beste 16 astez luzatzen da, artikulua Idazkaritza Teknikoan (rvgpop@ivap.eus) jasotzen denetik argitaratzen den arte. Epe hori dirauen bitartean, autoreei eskatzen zaie euren artikulua beste aldizkarietara ez bidaltzea.

Aldizkariak ez du kobratzen idatziak jasotzeagatik edota argitaratzeagatik. Egileek ez dute artikulua argitalpenik ordainduko. Edizioaren kostuak IVAPek bere gain hartuko ditu eta egileek IVAPi jabetza intelektualeko eskubideak transferitzeagatik ordainsaria jasoko dute indarrean dagoen araudiaren arabera.

PRINCIPIOS ÉTICOS PARA LA REVISTA VASCA DE GESTIÓN DE PERSONAS Y ORGANIZACIONES PÚBLICAS

La Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas se compromete a mantener los estándares éticos presentados en este texto en su gestión editorial, que toman como referencia los principios publicados por COPE (Best Practice Guidelines for Journal Editors). A tal fin, todas las partes involucradas en el proceso de publicación —miembros del Consejo de Redacción y del Consejo Asesor (evaluadores) y autores— deberán conocer y acatar los siguientes principios:

Consejo de Redacción

- Las decisiones del Consejo de Redacción relativas a la aprobación o el rechazo de un artículo para publicación, estarán basadas en los informes de los respectivos evaluadores, y sólo se considerarán aspectos como la relevancia, originalidad, claridad y adecuación a la temática de la Revista de los contenidos de los manuscritos. Se garantizará la no discriminación en base al género, la orientación sexual, las creencias, el origen étnico, el lugar de origen o la orientación política de los autores. Los miembros del Consejo de Redacción ofrecerán mecanismos para apelar sus decisiones editoriales.
- Los miembros del Consejo de Redacción y el resto del personal relacionado con la revista preservarán, en todo momento, el anonimato de todas las personas involucradas en el proceso de evaluación del artículo y garantizarán que los materiales enviados por los autores sean debidamente cuidados, evitando su difusión más allá de las personas envueltas en la evaluación.
- Los integrantes del Consejo de Redacción deben informar si existe algún tipo de conflicto de interés en la toma de decisión sobre la publicación de un trabajo. En tal caso deberán abstenerse de dicha toma de decisión.
- El Consejo de Redacción publicará correcciones, clarificaciones, retractaciones o disculpas cuando sea necesario.
- El Consejo de Redacción se compromete a mejorar constantemente la revista en términos de calidad de sus artículos, indización y visibilidad. Para ello, se pedirá la opinión a los autores, a los lectores y al Consejo Asesor.
- En caso que, como resultado del proceso de evaluación, el Consejo de Redacción reciba acusaciones graves sobre mala praxis o falta de ética por parte de los autores, deberá dar a éstos la oportunidad de que ofrezcan las explicaciones oportunas.

Autores

- Los autores se hacen responsables del contenido de su manuscrito y deben indicar que el texto es de su autoría. Deberán justificar, en su caso, las razones para posibles cambios en la autoría del texto.
- Los autores deben asegurarse de que el contenido de su manuscrito sea original e inédito. En caso que algunas secciones del trabajo hayan sido publicadas, esta situación deberá ser informada a la Secretaría Técnica. Asimismo, deben garantizar que su trabajo no es resultado de plagio parcial ni completo de otro, ni de omisión intencional de citas bibliográficas.
- Los autores deberán asegurar que, en el momento de enviar un manuscrito para su consideración por parte de la Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas, éste no se encuentra, al mismo tiempo, siendo evaluado en otras publicaciones.
- En caso que el o los autores estén en conocimiento de conflictos de interés, efectivos o potenciales, en el proceso de evaluación de su manuscrito, deberán informar de tal situación a la Secretaría Técnica. En ese sentido, tendrán derecho a informar, de forma escrita y fundada, a la Secretaría Técnica sobre conflictos de interés con miembros del Consejo de Redacción de la publicación o con potenciales evaluadores.
- Los autores tienen derecho a conocer el contenido de las valoraciones de los revisores y deberán efectuar las mejoras correspondientes en caso de que el dictamen sea de «publicable» y de «publicable tras su revisión».

Evaluadores

- Una vez se ha aceptado evaluar un artículo, los revisores respetarán los plazos establecidos; en caso de no poderlos asumir tendrán que comunicarlo con suficiente antelación a la Secretaría Técnica.
- La revisión se llevará a cabo de manera objetiva, confidencial e imparcial.
- Los evaluadores se comprometen a ofrecer datos bibliográficos precisos de obras importantes para el tema del artículo que el autor pueda haber omitido.
- Los evaluadores deberán informar si el trabajo recibido les ocasiona algún tipo de conflicto de interés y en tal caso, no realizar la revisión.
- Los evaluadores deberán informar a la Secretaría Técnica de cualquier situación relativa a los manuscritos evaluados que consideren trasgrede la política ética de la revista y/o las normas básicas de producción científica, como plagio, presentación de resultados de forma no honesta, fabricación, falsificación, manipulación y/u omisión de evidencia.

PRINCIPIOS ÉTICOS PARA LA REVISTA VASCA DE GESTIÓN DE PERSONAS Y ORGANIZACIONES PÚBLICAS

Plagio y malas prácticas

Se considerará plagio la reproducción o apropiación de ideas o frases de otros autores o artículos, presentándolas como trabajo original y sin citar la fuente o citándola de manera incorrecta, y la utilización abusiva de frases e ideas de otros autores aunque se cite su procedencia.

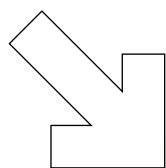
Por otra parte, se considerará mala conducta científica la invención de la totalidad o parte de los datos de la investigación de un estudio remitido para publicación, la falsificación o manipulación de los mismos, los conflictos de autoría y la autoría ficticia.

En el supuesto de que detecte algún caso de malas prácticas o plagio y las explicaciones de los autores no sean satisfactorias, el Consejo de Redacción propondrá a la Dirección del IVAP la adopción de las medidas que crea oportunas, recayendo en los autores la responsabilidad que corresponda por vulnerar derechos ajenos o los principios éticos reflejados en este documento.

Gestión editorial

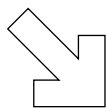
Los artículos son evaluados en la medida que van llegando, mediante el siguiente procedimiento: a) tras la recepción del artículo se remite acuse de recibo a la dirección de correo electrónico indicada por el o la remitente; b) la Redacción de la revista decide rechazarlo (en el caso de trabajos que se salgan de las materias abordadas por la revista) o iniciar el proceso de evaluación externa, lo que será comunicado debidamente; c) evaluación anónima por evaluadores expertos en la materia (*peer review*) mediante el procedimiento de doble ciego (en caso de evaluaciones discrepantes el Consejo de Redacción podrá enviar el texto a un evaluador/a adicional) y d) a la vista de los informes de los evaluadores/as, el Consejo de Redacción elaborará un dictamen final de aceptación o rechazo del artículo, decisión que será comunicada al autor/a. Este proceso tiene una duración media de 16 semanas, desde la recepción del artículo en la Secretaría Técnica (rvgpop@ivap.eus) hasta que es publicado. Durante este tiempo, se pide a los autores que se abstengan de postular su artículo en otras revistas.

La revista no cobra ni por el envío de manuscritos ni por su publicación. Los autores no habrán de satisfacer cantidad alguna por la publicación de su artículo. Los costes de la edición serán asumidos por el IVAP y la cesión de los derechos de propiedad intelectual por parte de los autores al IVAP será retribuida a los autores de conformidad con los honorarios previstos en la normativa vigente.



IVAP

LA REVISTA VASCA DE GESTIÓN DE PERSONAS Y
ORGANIZACIONES PÚBLICAS EN BASES DE DATOS
PERTSONAK ETA ANTOLAKUNDE PUBLIKOAK
KUDEATZEKO EUSKAL ALDIZKARIA DATU BASEETAN





La Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas se halla incluida en las siguientes Bases de datos:

Pertsonak eta Antolakunde Publikoak kudeatzeko Euskal Aldizkaria honako datu base hauetan jasotzen da:

BASE DE DATOS	DIRECCIÓN
CARHUS PLUS (Sistema de Clasificación de Revistas Científicas de los ámbitos de Ciencias Sociales y Humanidades)	http://agaur.gencat.cat/web/.content/Documents/CARHUS/CARHUS_2018/Carhus_total_cast2018.pdf
CIRC (Clasificación integrada de revistas científicas)	http://www.clasificacioncirc.es/
CCUC (Catàleg Col·lectiu de les Universitats de Catalunya)	http://ccuc.cbuc.cat/
DIALNET	http://dialnet.unirioja.es/
DOAJ (Directory of Open Access Journals)	https://doaj.org/toc/2531-2103
DULCINEA	www.accesoabierto.net/dulcinea
EBSCO (Open Science Directory)	https://atoz.ebsco.com/titles/searchresults/8623?GetResourcesBy=TitleNameSearch&Find=Revista+vasca+de+gesti%C3%B3n+de+personas&SearchType=Contains
ERIH Plus (European Reference Index for the Humanities and Social Sciences)	https://dbh.nsd.uib.no/publiseringsskanaler/erihplus/about/index
EZB (Elektronische Zeitschriftenbibliothek)	http://ezb.uni-regensburg.de/index.phtml?bibid=AAA&colors=7&lang=de
ISOC (Biblioteconomía y documentación, Ciencias Sociales y Humanidades)	www.investigacion.cchs.csic.es/isoc
LATINDEX (Sistema regional de información en línea para revistas científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal)	http://www.latindex.unam.mx/
MIAR (Matriu d'Informació per a l'Avaluació de Revistes)	http://miar.ub.edu/
Psicodoc	http://www.psicodoc.org/acerca.htm
REBIUN (Red de Bibliotecas Universitarias)	http://rebiun.baratz.es/rebiun/record/Rebiun00292483WorldCat https://www.worldcat.org/
ULRICHS (Global Serials Directory)	https://www.ulrichsweb.serialssolutions.com
ZDB (Zeitschriftendatenbank)	http://zdb-opac.de/LNG=DU/DB=1.1/



Europar Batasuneko
zuzenbidearen aplikazio
judizialari buruzko
IV. Jardunaldiak
**«Kontsumitzaileen
babesa. Europar
Batasunaren barruan»**

2020ko maiatzaren 21 eta 22a

Zuzendariak:

Ricardo Alonso García eta
Juan Ignacio Ugartemendia Eceizabarrena

Miramar Jauregia

Miraconcha Pasealekua, 48
Donostia-San Sebastián

IV Jornadas sobre
aplicación judicial del
Derecho de la Unión
Europea **«La protección
de los consumidores
en el marco de la Unión
Europea»**

21/22 de mayo de 2020

Directores:

Ricardo Alonso García y
Juan Ignacio Ugartemendia Eceizabarrena

Palacio de Miramar

Paseo de Miraconcha, 48
Donostia-San Sebastián

IVAP - CGPJ - ERASMUS + JEAN MONNET KATEDRA

IVAP

HERRI ARDURALARITZAREN
EUSKAL ERAKUNDEA

EUSKO JAURLARITZA



GOBIERNO VASCO

www.ivap.euskadi.net