

Lan

REVISTA DE RELACIONES LABORALES

Harremanak

ABERASTASUNAREN BANAKETA ZUZEN BATEN ALDE
POR UN REPARTO JUSTO DE LA RIQUEZA

36

ASPECTOS JURÍDICOS-LABORALES EN EL MARCO
DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

ADMINISTRAZIO PUBLIKOETAN
LANEKO ALDERDI JURIDIKOAK

2017-I



Universidad del País Vasco Euskal Herriko Unibertsitatea

LAN HARREMAN
ETA GIZARTE LANGINTZA
FAKULTATEA
FACULTAD
DE RELACIONES LABORALES
Y TRABAJO SOCIAL



© Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco
Euskal Herriko Unibertsitateko Argitalpen Zerbitzua

ISSN: 1575-7048
e-ISSN: 2444-5819

Fotocomposición / Fotokonposizioa: Ipar, S. Coop. - Bilbao

Lan

REVISTA DE RELACIONES LABORALES

Harremanak

36

ASPECTOS JURÍDICOS-LABORALES EN EL MARCO
DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

ADMINISTRAZIO PUBLIKOETAN
LANEKO ALDERDI JURIDIKOAK

eman ta zabal zazu



Universidad
del País Vasco

Euskal Herriko
Unibertsitatea

CONSEJO DE REDACCIÓN:

Directora: MIREN EDURNE LÓPEZ RUBIA,
Profesora de la Facultad de Relaciones
Laborales y Trabajo Social (Campus de Bizkaia)
de la UPV/EHU
(Departamento de Derecho de la Empresa)

Secretaria: ELIXABETE ERRANDONEA ULAZIA,
Profesora de la Facultad de Relaciones
Laborales y Trabajo Social (Campus de Bizkaia)
de la UPV/EHU
(Departamento de Derecho de la Empresa)

Vocal: M.^a ÁNGELES DÍEZ LÓPEZ,
Profesora de la Facultad de Relaciones
Laborales y Trabajo Social (Campus de Bizkaia)
de la UPV/EHU
(Departamento de Economía Aplicada I)

Vocal: ISABEL OTXOA CRESPO,
Profesora de la Facultad de Relaciones
Laborales y Trabajo Social (Campus de Bizkaia)
de la UPV/EHU
(Departamento de Derecho de la Empresa)

Vocal: ITZIAR UGARTEBURU GASTAÑARES,
Profesora de la Facultad de Relaciones
Laborales y Trabajo Social (Campus de Bizkaia)
de la UPV/EHU
(Departamento de Psicología Social y Metodología
de las Ciencias del Comportamiento)

Vocal: LUIS BELAUSTEGI IBARLUZEA,
Profesor de la Facultad de Relaciones
Laborales y Trabajo Social (Campus de Bizkaia)
de la UPV/EHU
(Departamento de Sociología II)

Vocal: AINHOA SAITUA IRIBAR,
Profesora de la Facultad de Relaciones
Laborales y Trabajo Social (Campus de Bizkaia)
de la UPV/EHU
(Departamento de Economía Financiera I)

Vocal: ÁNGEL ELÍAS ORTEGA,
Profesor de la Facultad de Relaciones
Laborales y Trabajo Social (Campus de Bizkaia)
de la UPV/EHU
(Departamento de Derecho de la Empresa)

ERREDAKZIO KONTSEILUA:

Zuzendaria: MIREN EDURNE LÓPEZ RUBIA,
UPV/EHUko Lan Harreman eta Gizarte Langintza
Fakultateko irakaslea (Bizkaiko Campusa)
(Enpresa Zuzenbidea Saila)

Idazkaria: ELIXABETE ERRANDONEA ULAZIA,
UPV/EHUko Lan Harreman eta Gizarte Langintza
Fakultateko irakaslea (Bizkaiko Campusa)
(Enpresa Zuzenbidea Saila)

Kidea: M.^a ÁNGELES DÍEZ LÓPEZ,
UPV/EHUko Lan Harreman eta Gizarte Langintza
Fakultateko irakaslea (Bizkaiko Campusa)
(Ekonomia Aplikatua I Saila)

Kidea: ISABEL OTXOA CRESPO,
UPV/EHUko Lan Harreman eta Gizarte Langintza
Fakultateko irakaslea (Bizkaiko Campusa)
(Enpresa Zuzenbidea Saila)

Kidea: ITZIAR UGARTEBURU GASTAÑARES,
UPV/EHUko Lan Harreman eta Gizarte Langintza
Fakultateko irakaslea (Bizkaiko Campusa)
(Gizarte Psikologia eta Portaera Zientzien
Metodologia Saila)

Kidea: LUIS BELAUSTEGI IBARLUZEA,
UPV/EHUko Lan Harreman eta Gizarte Langintza
Fakultateko irakaslea (Bizkaiko Campusa)
(Soziologia II Saila)

Kidea: AINHOA SAITUA IRIBAR,
UPV/EHUko Lan Harreman eta Gizarte Langintza
Fakultateko irakaslea (Bizkaiko Campusa)
(Finantza Ekonomia I Saila)

Kidea: ÁNGEL ELÍAS ORTEGA
UPV/EHUko Lan Harreman eta Gizarte Langintza
Fakultateko irakaslea (Bizkaiko Campusa)
(Enpresa Zuzenbidea Saila)

CONSEJO ASESOR:

JAVIER ALONSO SANTOS, Coordinador del Precio del Consejo de Relaciones Laborales

JON BILBAO, Director de Relaciones Laborales de CONFEBASK

CRISTINA CARRASCO, profesora titular de Teoría Económica de la Universidad Autónoma de Barcelona

LUIS CASTELLS, catedrático de Historia Contemporánea de la UPV/EHU

MANUEL DÍAZ DE RÁBAGO, Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco

MARCELA ESPINOSA PIKE, Profesora Titular de Economía Financiera y Contabilidad de la UPV/EHU

AGUSTÍN GONZÁLEZ CRESPO, presidente de Aedipe Norte

JUAN PABLO LANDA ZAPIRAIN, catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UPV/EHU

TERESA LAESPADA MARTÍNEZ, Diputada foral del Departamento de Empleo, Inserción Social e Igualdad, Diputación Foral de Bizkaia

JON LANDETA RODRÍGUEZ, profesor titular de Dirección de Personal de la UPV/EHU

JOSÉ LUIS MONEREO, catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada

CARLOS PRIETO, codirector de la revista *Sociología del Trabajo* y Profesor Titular de Sociología de la UCM

ALBERT RECIO, profesor titular de Economía Aplicada de la Universidad Autónoma de Barcelona

JAVIER RODRÍGUEZ ALBUQUERQUE, director de Ingalalde, organismo autónomo local para el desarrollo de Barakaldo

JAVIER SAN JOSÉ BARRIOCANAL, Responsable de Comunicación de la Agrupación de Sociedades Laborales de Euskadi (ASLE)

NEKANE SAN MIGUEL, Magistrada de la Audiencia Provincial de Bizkaia

AHOLKULARITZA:

JAVIER ALONSO SANTOS, Lan Harremanen Kontseiluko Precoren Koordinatzailea

JON BILBAO, CONFEBASKeko Lan Harremanen Zuzendaria

CRISTINA CARRASCO, Bartzelonako Unibertsitate Autonomoko Ekonomia Teoriako irakasle titularra

LUIS CASTELLS, UPV/EHUko Historia Garaikideko katedraduna

MANUEL DÍAZ DE RÁBAGO, Euskal Herriko Justizia Auzitegi Nagusiko Lan Arloko Magistratua

MARCELA ESPINOSA PIKE, UPV/EHUko Finantza Ekonomia eta Kontabilitateko irakasle titularra

AGUSTÍN GONZÁLEZ CRESPO, Aedipe Norteko lehendakaria

JUAN PABLO LANDA ZAPIRAIN, UPV/EHUko Lana eta Gizarte-Segurantzaren Zuzenbideko katedraduna

TERESA LAESPADA MARTÍNEZ, Enplegua, Gizarteratzea eta Berdintasuna Sustatzeko Saileko foru diputatua, Bizkaia Foru Aldundia

JON LANDETA RODRÍGUEZ, UPV/EHUko Langile Zuzendaritzako irakasle titularra

JOSÉ LUIS MONEREO, Granadako Unibertsitateko Lana eta Gizarte-Segurantzaren Zuzenbideko katedraduna

CARLOS PRIETO, *Sociología del Trabajo* aldizkariko zuzendarikidea eta UCMeko Soziologiako irakasle titularra

ALBERT RECIO, Bartzelonako Unibertsitate Autonomoko Ekonomia Aplikatuaren irakasle titularra

JAVIER RODRÍGUEZ ALBUQUERQUE, Barakaldoko garapenerako erakunde autonomo lokala den *Ingalaldeko* zuzendaria

JAVIER SAN JOSÉ BARRIOCANAL, Euskadiko Lan Elkarteen Taldeko Komunikazio Arduraduna

NEKANE SAN MIGUEL, Bizkaiko Probintzia Auzitegiko Magistratua

IMANOL ZUBERO, profesor titular
de Sociología de la UPV/EHU

JOSÉ MARÍA ZUFIAUR, profesor
de la Universidad Carlos III de Madrid

JUAN HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, profesor
de la Facultad de Relaciones Laborales y Trabajo
Social (Campus de Bizkaia) de la UPV/EHU

IMANOL ZUBERO, UPV/EHUko
Soziologiako irakasle titularra

JOSÉ MARÍA ZUFIAUR, Madrilgo
Carlos III Unibertsitateko irakaslea

JUAN HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, UPV/EHUko
Lan Harreman eta Gizarte Langintza Fakultateko
irakaslea (Bizkaiko Campusa)

AURKIBIDEA / ÍNDICE

Prólogo / Hitzaurrea , por M. Eurne López Rubia.	9
---	---

Monográfico / Monografikoa

<i>El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el impacto de su reciente jurisprudencia en la regulación de la contratación temporal en España y el derecho a indemnización por extinción del contrato (notas a tres sentencias y tres autos)</i> Eduardo Rojo Torrecilla.	000
<i>Las particularidades del contrato de trabajo en el empleo público / Peculiarities of the work contract in the public employment</i> Alba García Torres.	000
<i>Los contratos laborales de los profesores y de los investigadores en las universidades públicas / Employment contracts of university teaching staff and researchers at public universities</i> Josep Moreno Gené.	000
<i>La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la posibilidad de exigir la aplicación del convenio colectivo del lugar de ejecución en la contratación pública / Jurisprudence of the Supreme Court on the possibility of demanding compliance with the collective agreement of the place of execution in the public procurement</i> Eider Larrazabal Astigarraga.	000
<i>La negociación colectiva conjunta de los empleados públicos en el ámbito supra-municipal: la experiencia de la administración local vasca / Joint collective negotiation of public employees in local institutions above municipalities: the experience of the basque local administration</i> M. ^a Nieves Martínez Gayoso.	000
<i>Cuestiones críticas en los criterios de selección de trabajadores afectados por los despidos colectivos en el sector público / Critical issues related to the selection criteria in the designation of the workers affected by collective dismissals in public sector</i> María Isabel Ribes Moreno.	000

<i>El teletrabajo en las Administraciones Públicas / Telework in Public Administrations</i>	
Alicia Villalba Sánchez	000
<i>El acoso en la administración pública: una propuesta de intervención a través de la mediación / Labor bullying in the public administration: a proposal of intervention through mediation</i>	
Esther Gómez Jiménez	000

Sección Abierta / Atal Irekia

<i>Lan arriskuen prebentzioak behar al du estandar pribaturik? ISO 45001 estandarra aztergai / Does the Occupational Health and Safety Field Need a Private Standard? Shedding light on the ISO 45001</i>	
Ander Ibarloza Arrizabalaga, Erlantz Allur Aranburu, Iñaki Heras Saizarbitoria	000

PRÓLOGO

DOI: 10.1387/lan-harremanak.17925

El 14 de septiembre de 2016 vieron la luz tres sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que daban respuesta a peticiones de decisiones prejudiciales planteadas por diferentes órganos judiciales españoles sobre la interpretación del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999 (anexo a la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada)

La primera de ellas (Martínez Andrés) se dicta en el marco de los litigios entre, *«por un lado, la Sra. Florentina Martínez Andrés y el Servicio Vasco de Salud, en relación con las renovaciones de su nombramiento de duración determinada y con la legalidad de la resolución por la que se puso fin a dicho nombramiento, y, por otro, entre el Sr. Juan Carlos Castrejana López y el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, en relación con la calificación jurídica de su relación de servicio y con la legalidad de la resolución mediante la que finalizó dicha relación»* (C-184/15 y C-197/15, casos acumulados). La segunda sentencia se dicta en el marco del litigio suscitado entre la *«Sra. María Elena Pérez López y el Servicio Madrileño de Salud (Comunidad de Madrid), en relación con la calificación jurídica de su relación de servicio, que ha adoptado la forma de sucesivos nombramientos de duración determinada como miembro del personal estatutario temporal eventual de dicho Servicio»* (C-16/15, Pérez López). Y la última sentencia, conocida como De Diego Porras, da respuesta a la petición realizada en el marco del litigio entre *«la Sra. Ana de Diego Porras y el Ministerio de Defensa, relativo a la calificación de la relación laboral que vincula a las partes y al abono de una indemnización como consecuencia de la extinción de dicha relación»* (C-596/14).

Estos pronunciamientos han supuesto un gran impacto en el mercado laboral español, tal y como adelantaba Ignasi Beltrán de Heredia en su blog (<http://ignasibeltran.com/2016/09/20/contratos-indefinidos-y-temporales-prohibicion-de-desigualdad-en-indemnizacion-por-extincion-caso-tjue-de-diego-porras/>), ya

que todas ellas son, en palabras de Eduardo Rojo Torrecilla, «*de indudable importancia para el devenir de las relaciones laborales en el sector público y con especial afectación a la protección de los trabajadores, personal estatutario y funcionarios interinos en caso de extinción de la relación laboral, con indudable afectación, sin duda alguna al sector privado*» (<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/09/>).

Por todo ello, pensamos que podía ser interesante centrarnos en las relaciones jurídico-laborales que podemos encontrar en las Administraciones Públicas y dedicar este número de la revista *Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales*, precisamente a algunas de esas relaciones.

El primer tema que se aborda es el relativo a las sentencias antes citadas, que con el título «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el impacto de su reciente jurisprudencia en la regulación de la contratación temporal en España y el derecho a indemnización por extinción del contrato (notas a tres sentencias y tres autos)» nos presenta D. Eduardo Rojo Torrecilla, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Autónoma de Barcelona. En segundo lugar, Dña. Alba García Torres, Profesora Ayudante Doctora de la Universidad Complutense de Madrid, tratará sobre las «Las particularidades del contrato de trabajo en el empleo público» y, a continuación, D. Josep Moreno Genè, Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Lleida, nos presenta una visión del conjunto de la contratación laboral en las Universidades Públicas con su artículo «Los contratos laborales de los profesores y de los investigadores en las universidades públicas».

En otro orden de cuestiones, tenemos el artículo titulado «La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la posibilidad de exigir la aplicación del convenio colectivo del lugar de ejecución en la contratación pública», cuya autora es Eider Larrazabal Astigarraga, Profesora Adjunta de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la EHU/UPV. A continuación, también dentro del tema genérico de la negociación colectiva, Dña. María Nieves Martínez Gayoso, TEU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (UPV/EHU) y Responsable territorial del PRECO-CRL/LHK en Gipuzkoa, nos hace partícipes de una experiencia de negociación colectiva conjunta en la administración local vasca mediante su artículo «La negociación colectiva conjunta de los empleados públicos en el ámbito supramunicipal: la experiencia de la administración local vasca».

Por último, presentamos un tercer bloque de temas más concretos. El primero de ellos relativo a los despidos colectivos en el sector público, presentado por María Isabel Ribes Moreno, profesora ayudante doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cádiz y que lleva por título «Cuestiones críticas en los criterios de selección de trabajadores afectados por los despidos colectivos en el sector público»; el segundo, de Dña. Alicia Villalba Sánchez, profesora contratada interina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Santiago de Compostela, trata sobre «El

teletrabajo en las Administraciones Públicas»; y, por último, Dña. Esther Gómez Giménez, mediadora civil y mercantil, nos presenta una propuesta para intervenir a través de la mediación en una cuestión que, por desgracia, sigue siendo muy actual: el acoso; y lo hace mediante el artículo «El acoso en la administración pública: una propuesta de intervención a través de la mediación».

En cuanto a la Sección abierta de nuestra revista, D. Ander Ibarloza Arrizabalaga D. Erlantz Allur Aranburu y D. Iñaki Heras Saizarbitoria, profesores de la Facultad de Economía y Empresa (UPV/EHU) nos presentan un trabajo sobre la norma ISO 45001 y la necesidad o no de un estándar privado en el marco de la prevención de riesgos. Dicho trabajo lleva por título «Lan arriskuen prebentzioak behar al du estandar pribaturik? ISO 45001 estandarra aztergai».

Espero que la variedad de temas tratados en este número 36 de *Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales* resulte de vuestro interés.

M. Edurne López Rubia

HITZAURREA

DOI: 10.1387/lan-harremanak.17926

2016ko irailaren 14an, Europar Batasuneko Justizia Auzitegiak hiru sententzia argitaratu zituen. Horietan, Espainiako auzitegi desberdinek 1999eko martxoaren 18ko denbora baterako lanari buruzko Akordioaren (1999eko ekainaren 28ko 1999/70/CE Zuzentaraua) interpretazioaren inguruan eskatutako epaitu aurreko erabakiei erantzuten zaie.

Lehenengo sententzian (Martínez Andrés, C-184/15 y C-197/15, metatutako kasuak) bi kasu aztertzen dira: batean, behin-behineko izendapena eta gerora izendapen horren amaiera dela eta, Florentina Martínez Andrés andereak Osakidetzarekin izandako gatazka azaltzen da; bigarrenean, Juan Carlos Castrejana López jaunaren eta Vitoria-Gasteizeko Udalaren arteko eztabaida daukagu, lehenak bigarrenarekiko duen harremanaren izaera juridikoa eta horren amaiera dela eta. Bigarren sententzian, arazoa María Elena Pérez López anderearen eta Madrilgo Osasun Zerbitzuaren artekoa da. Lehenengoaren harremanaren izaera juridikoa zein den aztertzen da, denbora baterako pertsonal estatutario gisa, bat bestearen atzetik denbora baterako izendapenak eduki ondoren (C-16/15, Pérez López Kasua). Azkeneko sententzian, De Diego Porras izenarekin ezagutzen dena, Ana De Diego Porras andereak, bere lan harremana eta horren amaieraren ondoriozko kalte-ordaina dela eta, Defentsa Ministerioarekin izandako gatazka aztertzen da (C-596/14).

Ebazpen horiek sekulako eragina izan dute Espainiako lan merkatuan, Ignasi Betrán de Herediak bere blog-ean aurreikusi zuen bezala (<http://ignasibeltran.com/2016/09/20/contratos-indefinidos-y-temporales-prohibicion-de-desigualdad-en-indemnizacion-por-extincion-caso-tjue-de-diego-porras/>).

Horren guztiaren ondorioz, interesgarria iruditu zitzaigun Administrazio Publikoetan dauden harreman juridiko ezberdinen azterketa egitea eta *Lan Ha-*

rremanak. Revista de Relaciones Laborales aldizkariaren zenbaki hau harreman horien azterketan oinarritzea.

Horrela, aurkezten dugun lehenengo artikulua aipatutako sententziak ditu aztergai eta Bartzelonako Unibertsitate Autonomoan Lan eta Gizarte Segurantzaren Zuzenbidean katedraduna den Eduardo Torrecilla Rojo jaunak idatzi du. Haren izenburua da: «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el impacto de su reciente jurisprudencia en la regulación de la contratación temporal en España y el derecho a indemnización por extinción del contrato (notas a tres sentencias y tres autos)». Bigarren artikulua izenburua «Las particularidades del contrato de trabajo en el empleo público» da eta, horretan, Madrilgo Unibertsitate Complutensean irakasle laguntzaile gisa aritzen den Alba García Torres anderea administrazioan dauden lan kontratuen ezaugarriei buruz arituko da. Ondoren, Lleidako Unibertsitateko Josep Moreno Genè, Lan eta Gizarte Zuzenbideko unibertsitateko irakasle titularrak, unibertsitate publikoetan dauden lan kontratu mota ezberdinak aurkeztuko dizkigu «Los contratos laborales de los profesores y de los investigadores en las universidades públicas» izenburua duen artikulua bitartez.

Ale honetan, bigarren aztergai nagusia Administrazio publikoko negoziazio kolektiboa da. Bi gai zehatz aztertuko dituzte bi autoreek. Alde batetik, UPV/EHU irakasle laguna den Eider Larrazabal Astigarraga andereak Auzitegi Gorenaren jurisprudenzian oinarritutako artikulua idatzi du: «La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la posibilidad de exigir la aplicación del convenio colectivo del lugar de ejecución en la contratación pública». Bestetik, Euskadiko Lan Harremanen Kontseiluan aritzen den PRECOren lurralde arduradunak (Gipuzkuan), hau da Nieves Martínez Gayoso andereak, enplegatu publikoek udaletxe gaineko eremuetan burutzen duten negoziazio bateratuari buruz hitz egingo digu, zehazki euskal administrazio lokalaren esperientzia aurkeztuz. Bere artikulua izenburua «La negociación colectiva conjunta de los empleados públicos en el ámbito supramunicipal: la experiencia de la administración local vasca» da.

Azkenik, hirugarren atal gisa, zehatzagoak diren gaiak topatuko dituzue. «Cuestiones críticas en los criterios de selección de trabajadores afectados por los despidos colectivos en el sector público» izenburua daraman artikuluan, Cadizeko Unibertsitatean irakasle gisa aritzen den María Isabel Ribes Moreno andereak sektore publikoan gertatzen diren kaleratze kolektiboak izango ditu aztergai. Ondoren, Compostelako Santiagoko Unibertsitateko irakaslea den Alicia Villalba Sánchez andereak «teletrabajo» delakoari buruzko artikulua aurkezten digu: «El teletrabajo en las Administraciones Públicas». Eta amaitzeko, Esther Gómez Giménez andereak, zibil eta merkatal arloko bi-tartekariak, administrazio publikoan gerta daitekeen jazarpenaren kontra bi-tartekaritza erabiltzea proposatzen digu. Bere lanaren izena «El acoso en la

administración pública: una propuesta de intervención a través de la mediación» da.

Aldizkariaren Atal irekian, EHU/UPVko Ekonomia eta Enpresa Fakultatean irakasle diren Ander Ibarzola Arrizabalaga, Erlantza Allur Aranburu eta Iñaki Heras Saizarbitoria jaunek ISO 45001 araua eta lan arriskuen prebentzioak arau horren beharra duen ala ez aztertuko dute. Aurkezten diguten artikulua izenburua «Lan arriskuen prebentzioak behar al du estandar pribaturik? ISO 45001 estandarra aztergai» da.

Ikus dezakezuenenez, aldizkariaren zenbaki honetan aztergai ugari eta ezberdinak daude; gustukoak izan ditzazuela espero dut.

M. Edurne López Rubia

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN
EUROPEA Y EL IMPACTO DE SU RECIENTE
JURISPRUDENCIA EN LA REGULACIÓN
DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL EN
ESPAÑA Y EL DERECHO A INDEMNIZACIÓN
POR EXTINCIÓN DEL CONTRATO
(NOTAS A TRES SENTENCIAS Y TRES AUTOS)

The Court of Justice of the European Union and the Impact
of its Recent Jurisprudence in the Regulation
of the Temporary Recruitment in Spain and the Right
to Compensation for Termination of the Contract
(Study of Three Judgments and Three Judicial Decrees)

EDUARDO ROJO TORRECILLA

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
de la Universidad Autónoma de Barcelona

Orcid: 0000-0002-7840-6532
DOI: 10.1387/lan-harremanak.17927

Recibido el 24 de abril de 2017
Aceptado el 5 de mayo de 2017

ABSTRACT

El artículo estudia la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre contratación laboral temporal y nombramientos temporales de personal en el sector público. Son objeto de atención tres sentencias dictadas el 14 de septiembre de 2016, y tres autos que tratan la misma temática. El TJUE ha puesto de manifiesto el incumplimiento de la normativa europea por parte de la normativa española, y abre camino a los tribunales españoles para su correcta aplicación. También

pone de relieve que es necesaria una modificación legislativa, tanto en el ámbito laboral como en el funcionarial.

Palabras clave: TJUE, contrato, indemnización, funcionario.

■ *The article studies the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union on temporary employment contracts and temporary appointments of personnel in the public sector. Three judgments handed down on September 14, 2016, and three cases dealing with the same subject matter are under consideration. The CJEU has revealed the non-compliance of European legislation by Spanish law, and opens the way to the Spanish courts for its correct application. It also highlights the need for legislative changes, both in the workplace and in the civil service.*

Keywords: CJEU, contract, compensation, worker, civil servant.

SUMARIO

Sumario: 1. Introducción. 2. Estudio de la jurisprudencia del TJUE. Sentencias dictadas el 14 de septiembre de 2016. 2.1. Nombramiento de personal estatutario temporal eventual en el ámbito sanitario público. Sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016 (asunto C-16/15). 2.2. ¿Nombramientos indefinidos no fijos? Sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016 (asuntos C-184/15 y C-197/15). 2.3. Sobre la protección de los trabajadores temporales en caso de extinción contractual. Sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016 (asunto C-596/14). 2.3.1. El supuesto fáctico. 2.3.2. La respuesta del TJUE. Análisis crítico. 3. Estudio de tres autos dictados por el TJUE (14 y 21 de septiembre de 2016, y 9 de febrero de 2017). 3.1. Discriminación del personal docente interino por no poder participar en el plan de evaluación docente. Nota al auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de septiembre de 2016 (asunto C-631/15). 3.2. Medidas que prevengan el recurso abusivo a contratos de duración determinada. Auto del TJUE de 21 de septiembre de 2016 (asunto C-614/15). 3.3. Universidades. Los recortes presupuestarios y el título de doctor no son causas objetivas para tratar de diferente condición a un profesor funcionario interino que a un profesor funcionario de carrera. Notas al auto del TJUE de 9 de febrero de 2017, que sigue la saga De Diego Porras. 4. Sigue la saga De Diego Porras..., aunque sea por omisión o silencio. Sentencia del TS de 28 de marzo de 2017. Indemnización de 20 días/año para personal indefinido no fijo en caso de cobertura de la plaza y subsiguiente extinción contractual.

1. Introducción

Bajaban tranquilas las aguas judiciales españolas respecto a los litigios derivados de la finalización de una relación laboral de duración determinada, y señaladamente la de los contratos de interinidad, hasta que llegaron las tres sentencias del TJUE de 14 de septiembre de 2016, en especial la dictada en el asunto C-596/14, ya archiconocido como Caso De Diego Porras.

En efecto, la discusión en sede judicial, en caso de producirse, versaba sobre el cumplimiento de la normativa sobre contratación temporal del art. 15 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en la actualidad Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre; en adelante, TRLET), y del RD 2720/1998, de 20 de noviembre. Más exactamente, de si estábamos en presencia de un auténtico contrato temporal o bien de una contratación que no respetaba la normativa citada y que por haberse celebrado en fraude de ley debía

considerarse un contrato indefinido, y derivar de tal decisión las consecuencias pertinentes en orden a declarar la improcedencia del despido y fijar la indemnización a abonar, es decir 45 o 33 días de salario por año de servicio, según que la contratación se formalizara o no antes de la reforma laboral de 2012, y con los límites marcados en el art. 56 TRLET y la disposición transitoria quinta del RDL 3/2012, de 10 de febrero (y posterior Ley 3/2012, de 6 de julio), que actualmente ha pasado a ser la disposición transitoria undécima del TRLET.

No había discusión sobre la cuantía de la indemnización (repito sobre contratación temporal, aunque sí la habría para trabajadores indefinidos no fijos a partir de 2013 en la jurisprudencia del TS y el reconocimiento de su derecho a percibir una indemnización semejante a la de los trabajadores temporales en el momento de la extinción del contrato), dado que el art. 15.6, que daba cumplimiento a la normativa comunitaria (Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada), había fijado el principio de igualdad de derechos entre trabajadores con contratos temporales e indefinidos, si bien *«sin perjuicio de las particularidades específicas de cada una de las modalidades contractuales en materia de extinción del contrato y de aquellas expresamente previstas en la ley en relación con los contratos formativos»*.

Pues bien, las *«particularidades específicas»* se concentraban en la indemnización a la finalización del contrato, reconocida a partir de 2001 a los contratos para obra o servicio y a los eventuales por necesidades de la producción (arts. 15.1.a y b del TRLET), pero no *«en los casos del contrato de interinidad y de los contratos formativos»*. De la indemnización inicial de ocho días se ha pasado en la actualidad a los doce días por año de servicio.

Por consiguiente, parecería que respecto a los contratos de interinidad no había conflicto entre el marco normativo interno y el comunitario, o dicho más correctamente no se había planteado en sede judicial hasta que se presentó por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid la cuestión prejudicial que daría lugar a la sentencia del caso De Diego Porras.

Pues bien, la semana del 14 al 21 de septiembre de 2016 fue muy movida, jurídicamente hablando, para la normativa española estatal y autonómica, reguladora de las relaciones de trabajo en las Administraciones Públicas. El TJUE dictó tres sentencias y dos autos en los que queda constancia (en todas las sentencias y en un auto) de la vulneración por aquellas de la Directiva 1990/70/CE, en cuyo anexo se transcribe el acuerdo marco suscrito el 18 de marzo de 1999 por las organizaciones sindical y empresarial europea (CES, UNICE y CEEP) sobre el trabajo de duración determinada. Resoluciones que deberán ineludiblemente conducir a una modificación de la normativa laboral y administrativa de aplicación, para evitar que se sigan produciendo decisiones judiciales como las dictadas, y también para evitar dejar en manos de la judicatura todos y cada uno

de los problemas que se planteen y correr así el riesgo de interpretaciones diversas, y en más de una ocasión contradictorias, hasta llegar a la posible unificación de doctrina por parte de la Sala de lo Social del TS.

¿Qué tesis contienen con carácter general, dichas sentencias? Que la normativa española sobre extinción de los contratos o nombramientos de personal interino, no es conforme con la citada Directiva. Que no puede tratarse de diferente (= peor) condición a estos trabajadores en el momento de extinción de su contrato que a los trabajadores indefinidos con los que se puedan comparar. Que el nombramiento de interinos puede estar justificado, pero que deja de ser tal cuando se acumulan nombramientos durante varios años, y que las plazas que ocupan dichas personas deberían salir a concurso público para su adecuada provisión, y mientras tanto que no puede extinguirse la relación de forma unilateral por decisión del empleador.

¿Se refieren las sentencias del TJUE a los restantes trabajadores temporales, por ejemplo los contratados para obra o servicio, o por necesidades de la producción? Concretamente no tratan sobre su situación, porque la normativa europea no regula la posible discriminación entre trabajadores temporales según su modalidad contractual, sino sólo entre trabajadores temporales e indefinidos comparables. Pero, una vez hecha esta afirmación jurídica, no cabe duda de que sí tienen un impacto indudable sobre todas las relaciones de trabajo de duración determinada, abriendo el camino para una necesaria reforma de la normativa laboral que proteja adecuadamente a todos ellos.

Cabe preguntarse si era necesario esperar al tirón de orejas del TJUE para reconocer que la normativa española necesitaba revisión. La respuesta es claramente que no, porque ya hace más de dos años, el 26 de marzo de 2015, la Comisión Europea había enviado una «carta de emplazamiento» al gobierno español por infracción de la normativa comunitaria, en concreto sobre la aplicación de la cláusula 4 del acuerdo marco y la discriminación operada en la regulación de las condiciones de trabajo entre el personal fijo o indefinido comparable y «*los funcionarios con contrato de duración determinada o interinos en el sector público español*». Además, ¿quién puede sorprenderse del tirón de orejas cuando los casos que han llegado al TJUE en las tres sentencias se refieren a personal estatutario, funcionarios interinos, o contratados laboral por contrato de interinidad, que venían prestando sus servicios en «interinidad permanente» desde hacía bastantes años? En cualquier caso, y también es muy importante reseñarlo, no se afirma en las sentencias del TJUE que la regulación de la contratación de duración determinada en España, en concreto de las causas que la justifican, sea incorrecta jurídicamente hablando, sino que aquello que realmente lo es versa sobre su flagrante incumplimiento en numerosas ocasiones, y que las diferencias de trato entre trabajadores temporales (laborales, estatutarios e indefinidos) no pueden estar nunca justificada por la mera duración temporal de los contratos,

sino que debe existir una causa o razón objetiva vinculada al tipo de trabajo y a las condiciones de su desempeño.

Mi artículo, de carácter general¹, se centrará en el estudio de las tres sentencias dictadas el 14 de septiembre de 2016 por el TJUE, así como también en tres autos (14 y 21 de septiembre, y 9 de febrero de 2017) que abordan la misma temática, sin olvidar una referencia a la primera sentencia dictada en unificación de doctrina en que el TS (reunido en Pleno) se pronuncia, aunque sea por omisión, sobre el impacto de aquellas en su jurisprudencia².

Dichas sentencias han generado desde el momento de su publicación un importante debate en sede doctrinal, y han tenido su aplicación en sede judicial, con diferentes criterios. Igualmente, dichas sentencias han activado el interés judicial de dichos juzgados y tribunales en la presentación de cuestiones prejudiciales. En fin, además del intenso, muy intenso debate, en la doctrina laboralista académica y en la doctrina judicial (cuando sus señorías se pronuncian sobre cuestiones jurídicas pero no actúan investidos de su potestad jurisdiccional), no cabe olvidar, ni mucho menos, el interés del gobierno en abordar la cuestión, con el nombramiento de un grupo de expertos que elevó el mes de febrero sus «Conclusiones provisionales» y que fueron remitidas por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social a la Mesa del Diálogo Social para la Agenda Integral por la calidad en el empleo.

¹ Para un seguimiento exhaustivo de todas las sentencias que se han dictado en relación con la temática objeto de la presente ponencia, es obligada la remisión al blog del profesor Ignacio Bertrán de Heredia <http://ignasibeltran.com/2016/12/19/guia-practica-para-el-seguimiento-de-la-evolucion-judicial-de-la-doctrina-de-diego-porras-dic16/> (documento consultado el 22 de abril).

² Desde la publicación de las sentencias y los autos del TJUE he prestado especial atención, en artículos doctrinales, ponencias y conferencias, y en mi blog (<http://www.eduardorojotorrecilla.es/>) tanto a su análisis muy detallado como a su acogimiento por las sentencias de los jueces y tribunales españoles. Por todo ello, el texto que sigue a continuación es un reflejo, como no podría ser de otra forma, de ese esfuerzo investigador realizado desde hace varios meses, convenientemente revisado y actualizado.

Las muchas, ricas, extensas e intensas aportaciones de la doctrina académica y judicial han sido objeto de atención en varias entradas de mi blog por lo que me permito remitir al mismo a todas las personas interesadas en su conocimiento y consulta. Cabe ahora añadir la referencia a dos artículos doctrinales de indudable interés, publicados recientemente y que por ello no han podido ser objeto de atención anterior. Sala Franco, Tomás. «Acerca de la Directiva comunitaria 1999/70, sobre el trabajo de duración determinada y de la sentencia del Tribunal de Justicia comunitario de 14 de septiembre de 2016, sobre las indemnizaciones no previstas en la normativa nacional española relativa a los contratos de trabajo temporal de los trabajadores interinos». *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 3, marzo 2017, págs. 217 a 225. Martínez Miranda, Macarena: «La tutela antidiscriminatoria en la doctrina del TJUE. algunos pronunciamientos recientes», ponencia presentada en las XXVIII jornadas catalanas de Derecho Social, 16 y 17 de febrero de 2017 (disponible en <http://www.iuslabor.org/jornades-i-seminaris/ponencies/any-2017/>), documento consultado el 22 de abril de 2017).

Y todo ello, siempre teniendo en consideración, como he expuesto y defendido en muchas ocasiones, que los debates sobre las sentencias del TJUE, que han girado principalmente sobre el derecho a indemnización de los trabajadores interinos en concreto y de los trabajadores temporales más en general, no nos impida ver el que a mi parecer es el más importante, el de la calidad y estabilidad en el empleo. Y en este punto, no sólo es necesaria una reforma laboral sino también cambios importantes en el modelo productivo de nuestro país. Aquí está, creo, la verdadera apuesta de cambio.

2. Estudio de la jurisprudencia del TJUE. Sentencias dictadas el 14 de septiembre de 2016

2.1. Nombramiento de personal estatutario temporal eventual en el ámbito sanitario público. Sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016 (asunto C-16/15)

El TJUE procede en primer lugar al estudio de la normativa europea e interna del Estado que sea de aplicación. Dado que el conflicto versa sobre la interpretación de tres cláusulas, números 3, 4 y 5, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada recogido en el anexo de la Directiva 1999/70/CE de 28 de junio de 1999, recuerda cuál es el objeto de la Directiva («aplicar el acuerdo marco»), algunos apartados (6, 7 y 8) de las consideraciones generales del acuerdo marco previas a sus cláusulas, y las cláusulas 2, 3, 4 y 5, interesándome destacar ahora que el acuerdo se aplica a trabajadores «*con contrato de trabajo o relación laboral*», que el concepto de trabajador con contrato de duración determinada se refiere a «*un trabajador con un contrato de trabajo o una relación laboral*», y que el apartado 1 de la cláusula 5 se refiere a la regulación de las medidas que deben adoptar los Estados miembros destinadas a evitar la utilización abusiva «*de contratos o relaciones laborales de duración determinada*». Subrayo que el acuerdo marco no sólo se refiere a la contratación laboral temporal, sino también a otras relaciones laborales que, lógicamente, serán reguladas por otra normativa, pero a las que los firmantes del acuerdo marco, y posteriormente la Directiva, acuerdan conceder los mismos derechos en punto a la estabilidad en el empleo cuando la prestación laboral se desarrolla al margen de la legalidad.

En segundo término, el TJUE procede al estudio de la normativa interna española; en primer lugar, el art. 9 de la Ley 55/2003; a continuación, la normativa laboral propiamente dicha, es decir la LET y más concretamente su art. 15.3, que establece la presunción de la consideración de indefinidos de los contratos temporales que se celebren en fraude de ley, y el art. 49.1.c) regulador de la indemnización de determinados contratos de duración determinada

en el momento de su finalización, así como también el Real Decreto 2720/1990 de 18 de noviembre, que desarrolla el art. 15 de la LET, mencionando que el art. 3, regulador del contrato eventual *«está pensado para dar respuesta a necesidades coyunturales»*.

El TJUE procede, al entrar en la resolución jurídica del conflicto, al examen de las cuestiones prejudiciales primera y tercera, es decir a determinar si la cláusula 5 del acuerdo marco se opone a una normativa como la del art. 9 de la Ley 55/2003, porque la norma interna no daría respuesta favorable a la necesidad de justificar la temporalidad de una prestación laboral *«por causas objetivas»*. A partir de aquí, el TJUE recuerda los ejes principales de su consolidada doctrina sobre cómo deben interpretarse algunas cláusulas del acuerdo marco. La más relevante a mi parecer, es que el acuerdo engloba a todos los trabajadores, *«sin establecer diferencias en función del carácter público o privado del empleador para el que trabajan y ello independientemente de la calificación de su contrato en Derecho interno»*. El acuerdo no excluye ningún sector particular, por lo que, ya respondiendo a la cuestión prejudicial planteada, *«un trabajador como la demandante en el litigio principal, que presta servicios como enfermera y forma parte del personal estatutario temporal eventual de un servicio público de salud, está incluido en (su) ámbito de aplicación»*.

EL TJUE repasa su amplia y consolidada doctrina sobre la interpretación del apartado 1 de la cláusula 5, que tiene por finalidad fijar unas reglas generales, y de aplicación concreta por parte de cada Estado en los términos que estime más oportunos, para evitar que una persona trabajadora se vea afectada por una sucesión injustificada de contratos temporales, persiguiendo la Directiva *«evitar la precarización de los asalariados»*, en cuanto que la protección de cualquier persona trabajadora debe ir dirigida a garantizar su estabilidad en el empleo, de tal manera que los contratos de duración determinada *«sólo pueden responder simultáneamente a las necesidades de los empleadores y los trabajadores en ciertas circunstancias»* De ahí que delimite con claridad la obligación de que existan *«razones objetivas»* (como la enumeradas en la propia cláusula) para justificar la formalización de *«contratos o relaciones laborales»* de duración determinada. En suma, cada Estado tiene un amplio margen para elegir los medios que considere oportuno para alcanzar el resultado perseguido por la Directiva, de tal manera que las decisiones normativas adoptadas no deben, ni pueden, poner en peligro *«el efecto útil»* del acuerdo, adoptando además medidas adecuadas para garantizar la plena eficacia de las normas protectoras, medidas que deben ser *«proporcionadas, efectivas y disuasorias»* para garantizar la plena efectividad de la regulación legal.

Tras este amplio recordatorio de la doctrina del TJUE sobre la protección de quienes trabajan en virtud de la existencia de un contrato o relación laboral de duración determinada, el tribunal también recuerda que la interpretación del ordenamiento jurídico interno es competencia de los tribunales de cada Estado,

por lo que será el juzgado remitente de la cuestión prejudicial quien deberá valorar si las medidas existentes en el derecho español, en el caso concreto enjuiciado constituyen *«una medida apropiada para prevenir y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada»*, sin perjuicio de poderse facilitar por parte del TJUE *«precisiones destinadas a orientar al órgano jurisdiccional nacional en su apreciación»*.

Tales precisiones, y yo diría que algo más, consistirán en el litigio en cuestión, en comprobar

si las disposiciones de la norma nacional controvertida en el litigio principal, que permiten la renovación de nombramientos de duración determinada en el ámbito de los servicios de salud, pueden constituir medidas enunciadas en la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco, y, más concretamente, razones objetivas que justifican la renovación de contratos o de relaciones laborales de duración determinada.

Sigue recordando su doctrina el TJUE, cual es que el concepto de razón o causa objetiva *«se refiere a las circunstancias específicas y concretas que caracterizan una determinada actividad y que, por tanto, pueden justificar en ese contexto particular la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada»*, y que tales circunstancias *«pueden tener su origen, en particular, en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran tales contratos y en las características inherentes a las mismas o, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro»*. Ahora bien, no se ajusta a esos requisitos una disposición nacional que se limite a autorizar *«de manera general y abstracta, a través de una norma legal o reglamentaria, la utilización de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada»*, porque sería un cumplimiento meramente formal pero en absoluto real del acuerdo, ya que no permitiría saber si en efecto existe esa razón o causa objetiva, y en consecuencia entrañaría *«un riesgo real de dar lugar a una utilización abusiva de este tipo de contratos»*, por lo que no sería en absoluto compatible *«ni con el objetivo ni con el efecto útil del Acuerdo marco»*.

Tras este largo, extenso y detallado recordatorio de las notas principales de su doctrina en materia de protección de las personas con contrato o relación laboral de duración determinada, el TJUE pasa revista al contenido del art. 9.3 del Estatuto marco, concluyendo que sí limita la utilización de una prestación laboral (la sentencia ya utiliza el término contrato en el apartado 43) a casos en principios debidamente objetivos y que responden a necesidades provisionales, por lo que, en principio, cumple con el requisito antes señalado de *«no establecer una autorización general y abstracta para utilizar sucesivos contratos de duración determinada»*.

Las razones del art. 9.3 pueden entenderse razonable en el marco de un sector de actividad, sanidad y más en concreto la pública, en el que existe una am-

plia rotación del personal por muy diversos motivos, y el legislador tiene un margen de maniobra para regular esa actividad laboral de duración determinada a fin y efecto de garantizar «*la adecuación constante entre el personal sanitario y el número de pacientes*». Pero esa flexibilidad que acepta el TJUE decae, desaparece y por tanto no es aceptada cuando, tal como dispone la normativa española, los «nombramientos de duración determinada» (terminología ahora utilizada correctamente) pueden renovarse «*para desempeñar de modo permanente y estable funciones de los servicios de salud incluidas en la actividad normal del personal estatutario fijo*». De aceptarse tal posibilidad se iría frontalmente en contra de aquello que es la finalidad del acuerdo marco, es decir «*que los contratos de trabajo de duración indefinida constituyen la forma más común de relación laboral*», y sin cuestionar en modo alguno que «*los contratos de duración determinada sean característicos del empleo en algunos sectores o para determinadas ocupaciones y actividades*».

La ayuda o «precisiones» que puede realizar el TJUE para facilitar la tarea del juzgado interno van a ir a mi parecer un paso más allá en cuanto que el TJUE deduce de los datos facilitados en el auto de remisión de la cuestión prejudicial que los sucesivos nombramientos de la recurrente como personal estatutario temporal eventual «*no parece responder a meras necesidades temporales del empleador*», basándose, y de ahí la importancia de una buena motivación y fundamentación del auto de planteamiento de la cuestión prejudicial, que el juzgador español ha aportado datos que ponen de manifiesto la muy elevada precariedad de las personas trabajadoras en el sector sanitario público, siendo muy relevantes los datos recogidos en el apartado 51, que estaban expuesto en el auto del juzgador interno, en el que

califica de «mal endémico» la cobertura de puestos en el sector de los servicios de salud mediante nombramientos de personal estatutario temporal y que considera que alrededor del 2 % de las 50 000 plazas de plantilla de personal facultativo y sanitario de la Comunidad de Madrid están ocupadas por personal con nombramientos de carácter temporal, llegando en algunos casos extremos a rebasar los 15 años de prestación ininterrumpida de servicios, con una duración media de entre 5 y 6 años.

Por todo ello, el TJUE llega a la conclusión de que la normativa europea se opone a que una norma nacional como el art. 9.3 de la Ley 55/2003 introduzca tal flexibilidad en los nombramientos de duración determinada que en la práctica los mismos se utilicen para cubrir puestos de trabajo que en realidad deberían estar ocupados por personal estable, en cuanto que resuelven necesidades que «*son permanentes y estables*».

¿Qué ocurre con el margen de discrecionalidad otorgado por el art. 9 a la Administración para crear puestos de trabajo estructurales cuando se comprueba que hay determinadas renovaciones temporales de nombramientos de duración determinada en un determinado lapso de tiempo? Dicha creación puede ser una

buena herramienta para luchar contra la utilización abusiva de contratos temporales y así lo reconoce el TJUE, siempre y cuando el tránsito desde una causa o razón objetiva que posibilita una prestación laboral temporal hasta la creación de dicho puesto de trabajo estructural se ajuste a las exigencias del acuerdo marco. Pues bien, de la redacción del art. 9.3, y de los datos facilitados en el auto de remisión de la cuestión prejudicial, el TJUE concluye que no existe ninguna obligación para la administración sanitaria española de la creación de tales puestos de trabajo estructurales con los que debería darse por finiquitada el nombramiento de personal laboral temporal eventual, y ello es así porque aunque puedan crearse, la norma posibilita que sean ocupados por personal estatutario temporal interino, sin límite de duración ni de número de posibles renovaciones, por lo que *«la situación de precariedad de los trabajadores se convierte en permanente»*. Sería contrario al acuerdo marco un texto normativo, como el español, que posibilita los nombramientos de duración determinada, con mucha flexibilidad, para cubrir puestos de trabajo permanentes y estables, cuando en el Estado al que pertenece el juzgador existe, debidamente constatado, *«un déficit estructural de puestos de personal fijo»* en la administración pública sanitaria.

Sentada doctrina sobre el núcleo duro y relevante de las cuestiones planteadas por el juzgador, la Sala aborda la segunda cuestión prejudicial, esto es si la cláusula quinta se opone a una norma como la española, de 2013, que obliga a finalizar la relación de servicio en la fecha prevista inicialmente por el nombramiento, y la pertinente liquidación de haberes, aun cuando sin solución prácticamente de continuidad se lleve a cabo un nombramiento para seguir desempeñando la misma actividad. Es ciertamente, y coincido con el tribunal, una cuestión muy concreta que no encontrará respuesta específica en el acuerdo marco, en cuanto que el mismo fija criterios generales de actuación para todos los Estados y deja un amplio margen de actuación para que estos lo cumplan en los términos que estimen más adecuados, siempre y cuando se evite la discriminación y el trato abusivo hacia las personas que tienen contrato o relación laboral de duración determinada. Deberá ser el juzgador nacional el que habrá de comprobar si ello es así o no, en el bien entendido, y me parece muy importante destacarlo que sería contrario al acuerdo marco, por verse completamente privado de su objeto, *«si el mero hecho de que una relación laboral se considere nueva en Derecho nacional pudiera constituir una «razón objetiva», en el sentido de dicha cláusula, que permitiera autorizar una renovación de un contrato de trabajo de duración determinada»*.

La última cuestión prejudicial analizada por el TJUE es la cuarta planteada por el juzgador español, y responde a la posible existencia de diferencia de trato no justificada, y por ello discriminatoria, entre el personal *«con nombramiento estatutario temporal»* y el personal *«con contrato de duración determinada»*, ya que los segundos, en los términos dispuestos en el art. 49.1.c) de la LET, tienen derecho a una indemnización por finalización de contrato, mientras que no recibe

ninguna indemnización el personal estatutario temporal al finalizar el período fijado en su nombramiento.

El TJUE se declarará incompetente para responder esta cuestión tras el estudio de la cláusula 4 del acuerdo marco y de su propia doctrina, y concluir que no se da el supuesto que permitiría su conocimiento.

¿Cuál es su argumentación? Que el principio de no discriminación ha sido aplicado en cuanto se ha debatido sobre las diferencias de trato entre trabajadores con contratos temporales e indefinidos «*que se encuentren en situación comparable*», mientras que no está contemplado para debatir sobre las diferencias entre personal trabajador en razón de su carácter funcional o laboral, y en ambos casos tratándose de situaciones estatutarias o contractuales de duración determinada. Para el TJUE sólo sería posible entrar a conocer de un litigio, por ser de aplicación la cláusula 4 del acuerdo marco, cuando existiera una diferencia de trato entre personal estatutario con relación de servicios por tiempo indefinido y personal estatutario con nombramiento temporal y que realizaran «*un trabajo comparable*», diferencia consistente en que el primero grupo percibiera una indemnización al finalizar su prestación y no el segundo, pero ello no ocurre, y tal como afirma el TJUE

en la medida en que ningún elemento de los autos en poder del Tribunal de Justicia deja ver que en el litigio principal exista una diferencia de trato entre el personal estatutario temporal eventual y el personal estatutario fijo, la diferencia de trato objeto de la cuarta cuestión prejudicial planteada por el juzgado remitente no está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión.

En definitiva, la sentencia lleva a plantear la necesidad de resolver una situación laboral fáctica en la sanidad pública en la que el grado de incumplimiento de la normativa europea se ha demostrado de forma clara y fehaciente, y que requerirá a mi parecer que se adopten las medidas normativas oportunas, tratando de buscar fórmulas jurídicas que permitan que el personal con nombramiento temporal que en realidad no es tal por cubrir necesidades permanentes y estables puede tener mayor estabilidad en su vida laboral, con acercamiento a la situación del personal indefinido no fijo en el ámbito laboral en sentido estricto.

2.2. ¿Nombramientos indefinidos no fijos? Sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016 (asuntos C-184/15 y C-197/15)

La sentencia se dicta, sin conclusiones del abogado general, para dar respuesta a dos peticiones de decisión prejudicial planteadas por dos autos de la misma fecha, 9 de marzo de 2015, dictados por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Los dos litigios que merecen la atención especial del TSJ vasco se refieren a los pro-

blemas derivados de nombramientos y relación de servicios de duración determinada que son extinguidos por decisión de la Administración y para los que el TSJ plantea que la normativa española podría no tener una protección adecuada frente a la actuación abusiva de aquella, siendo así que se vulneraría el acuerdo marco recogido en la Directiva 1999/70/CE que establece el principio de igualdad de trato para los trabajadores con contratos de duración determinada en relación con los trabajadores con contrato indefinido que puedan ser comparables. En el primer caso el empleador es el servicio vasco de salud, y en el segundo el ayuntamiento de Vitoria. En efecto, según puede leerse en el apartado 2 de la sentencia, el primer conflicto versa *«en relación con las renovaciones de su nombramiento de duración determinada y con la legalidad de la resolución por la que se puso fin a dicho nombramiento»*, mientras que el segundo trata *«en relación con la calificación jurídica de su relación de servicio y con la legalidad de la resolución mediante la que finalizó dicha relación»*.

En el asunto C-184/15, se trata de una persona que presta sus servicios para el servicio vasco de salud con un nombramiento como personal estatutario temporal eventual de fecha 2 de febrero de 2010 y prorrogado en trece ocasiones hasta su finalización el 1 de octubre de 2012. El nombramiento se produjo, al amparo del art. 9.3 del Estatuto marco del personal estatutario de los servicios médicos de salud (Ley 55/2003), para prestar servicios *«de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria»*, mientras que en las prórrogas sólo hay una referencia a *«las necesidades del servicio»*. Contra la decisión de dar por finalizada la relación estatutaria, la trabajadora (y utilizo el término en sentido material y no formal, incluyendo a toda persona que desarrolla una actividad remunerada para otra y con independencia de que esté regulada o no en la Ley del Estatuto de los trabajadores), interpuso recurso contencioso-administrativo, desestimado por el juzgado C-A núm. 6 de Bilbao, y posteriormente recurso ante el TSJ vasco, por considerar que los tres supuestos recogidos en el citado precepto *«no pueden fundirse en una categoría global para motivar la existencia de un nombramiento de duración determinada»*.

En el asunto C-197/15, la relación del trabajador con el ayuntamiento vitoriano se inició el 1 de diciembre de 1993 mediante la formalización de un contrato de duración determinada, al que siguió dos años más tarde un nuevo contrato temporal. La relación jurídica del trabajador con el ayuntamiento pasó a ser de funcionario interino por nombramiento efectuado el 22 de enero de 1998, para llevar a cabo la misma tarea que la asignada en el segundo contrato y hasta la finalización del programa. Desde entonces, y hasta catorce años más tarde, el trabajador siguió prestando sus servicios, notificando la administración su cese con efectos de 31 de diciembre de 2012, justificado (vid apartado 22) en que el programa *«había sido ejecutado en su totalidad y que el contexto actual de crisis imponía la reducción de gastos de las Administraciones Públicas»*. Al igual que

en el primer supuesto, el recurso contencioso-administrativo fue desestimado en instancia, interponiendo posteriormente recurso de apelación ante el TSJ vasco en el que puso de manifiesto que el juzgado no se había pronunciado sobre la naturaleza jurídica de su relación con la administración, es decir si era de carácter laboral o administrativa.

¿Cuáles son las «precisiones» que realiza el TJUE, con respecto a su ya consolidada doctrina, en los casos ahora enjuiciados? Tras recordar el contenido del auto del TSJ y subrayar la diferente protección según la naturaleza jurídica de la relación que vincula al trabajador con la administración, el TJUE concluye que si, tras las pertinentes averiguaciones, el tribunal interno formara su convicción de no existir una medida que permita evitar y que sancione la actuación abusiva del empleador con quienes prestan sus servicios en régimen de derecho administrativo *«tal situación podría menoscabar el objetivo y el efecto útil del acuerdo»*, y por consiguiente debería adoptar las medidas adecuadas para lograr dicho efecto útil, en cuanto que, con reiteración de su doctrina, el TJUE recuerda que la obligación de alcanzar un resultado previsto por una Directiva se impone a todas las autoridades del Estado, *«incluidas, en el marco de sus competencias, las autoridades judiciales»*.

Es aquí cuando llega la respuesta del TJUE que debe merecer especial atención, dado que concreta la protección que deben tener todas las personas que trabajan en régimen de derecho administrativo en una Administración que actúa de manera abusiva con sus nombramientos como personal temporal eventual o funcionario interino: si no hay ninguna medida (y así es) equivalente y eficaz de protección,

la asimilación de dicho personal con relaciones de servicio de duración determinada a los trabajadores indefinidos no fijos, con arreglo a la jurisprudencia nacional existente, podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción de lo dispuesto en el Acuerdo marco.

Con respecto a la tercera cuestión prejudicial, únicamente aplicable al caso del trabajador que prestaba sus servicios para el ayuntamiento de Vitoria, el TJUE recuerda que la resolución de litigios y quejas que resulten de la aplicación del acuerdo marco debe ajustarse a la normativa, legal y convencional, regulada en el ámbito de cada Estado, debiéndose adoptar las medidas oportunas para garantizar la plena eficacia de aquellas normas, y que tales medidas *«deben ser conformes con los principios de equivalencia y efectividad»*. En el marco normativo español vigente, el TJUE constata que el tribunal que conoce del litigio en el que debe resolverse si la Administración ha actuado de forma abusiva mediante sucesivos nombramiento de duración determinada sin causa o razón debidamente justificada, *«no puede pronunciarse sobre una posible solicitud*

de reparación del daño sufrido por el empleado afectado». Para el TJUE, en otra importante manifestación a la que habrá que prestar mucha atención por los cambios normativos que pudiera implicar en la jurisdicción contencioso-administrativa,

la obligación que incumbe al trabajador con contrato de duración determinada de ejercitar una nueva acción, en su caso ante un tribunal diferente, para determinar la sanción apropiada cuando una autoridad judicial ha declarado la existencia de utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada no muestra ser conforme con el principio de efectividad, en la medida en que de ella se derivan necesariamente para dicho trabajador inconvenientes procesales, en forma, en particular, de costes, de duración y de normativa de representación procesal,

por lo que concluye que la normativa comunitaria se opone a las normas procesales nacionales que obliguen a ello.

En definitiva, esta importante sentencia confirma una vez más la importancia de la jurisprudencia del TJUE en la regulación de las relaciones de trabajo en el marco nacional español, ya estén sometidos a régimen laboral o a régimen administrativo.

2.3. Sobre la protección de los trabajadores temporales en caso de extinción contractual. Sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016 (asunto C-596/14)

2.3.1. *El supuesto fáctico*

Pasemos al estudio del caso, a partir de los datos disponibles en la sentencia. La relación contractual laboral entre la trabajadora y el Ministerio de Defensa (estamos, en consecuencia, en el ámbito público) se inicia en febrero de 2003, y se nos informa que formalizó varios contratos de interinidad hasta el 17 de agosto de 2005, fecha en la que formalizó el que mantendría su vigencia hasta el 30 de septiembre de 2012, encontrando su fundamento jurídico en la sustitución de una trabajadora fija de plantilla que se encontraba en situación de excedencia, con reserva de puesto de trabajo, por ocupación de cargo de representante sindical. La extinción de la reserva de puesto de trabajo, que conllevó el cese de la trabajadora interina, se produjo con arreglo a lo dispuesto en el Real Decreto-Ley 20/2012 de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

Es decir, estamos en presencia de una relación laboral temporal casi indefinida, y no lo digo ahora desde el plano jurídico en sentido estricto sino desde la constatación de que nueve años y medio de antigüedad en una empresa es un período muy dilatado en la realidad actual de las relaciones laborales, y calificar

la relación de temporal lleva necesariamente a pensar que bajo la cobertura jurídica se encubre una realidad que requiere de una modificación normativa que la corrija. En realidad, creo que la sentencia pone blanco sobre negro la existencia de una práctica consistente en la utilización de la normativa sobre contratación temporal para cubrir necesidades productivas permanentes.

En conclusión, la trabajadora interina, que me atrevería a calificar como «interina permanente», estuvo en dicha situación contractual laboral, al amparo de diferentes contratos suscritos con el Ministerio de Defensa, nueve años y medio. Más allá de la respuesta concreta al litigio planteado, cabe plantearse la necesidad de una modificación legislativa que ponga fin a esta situación de estabilidad interina (permítanme los juegos de palabras) y devuelvan la razón de ser de esta modalidad contractual a los supuestos concretos, tasados y limitados en el tiempo, muy en especial en el sector público.

2.3.2. *La respuesta del TJUE. Análisis crítico*

Analicemos a continuación las respuestas del TJUE a las cuestiones prejudiciales planteadas por el TSJ de Madrid; respuestas que sólo serán dos, en cuanto que en primer lugar sí responderá por separado a la primera planteada, esto es si la cláusula 4.1 del Acuerdo marco debe interpretarse de tal manera que el concepto de condiciones de trabajo incluya «*la indemnización que un empresario está obligado a abonar a un trabajador como consecuencia de la finalización de su contrato de duración determinada*», mientras que más adelante responderá de forma conjunta a las preguntas segunda, tercera y cuarta.

Al igual que en ocasiones anteriores en que el TJUE ha debido pronunciarse sobre la interpretación de algunas cláusulas del Acuerdo Marco, formula unas consideraciones generales previas para destacar la importancia de su contenido en orden a garantizar la protección de los trabajadores con contrato de duración determinada y la evitación de actuaciones discriminatorias hacia ellos basadas únicamente en la duración del vínculo contractual, no siendo contraria a derecho una diferencia de trato con los trabajadores indefinidos que esté basada en una causa o razón objetiva, dejando, recuerdo ahora, un amplio margen de libertad a los Estados miembros para que adopten las medidas que consideren más adecuadas para la incorporación de la Directiva al ordenamiento jurídico interno.

Estas consideraciones se recogen en los apartados 25 y 26 de la sentencia, con apoyo de anteriores resoluciones en las que el TJUE se ha manifestado en los mismos términos. Pero sin duda es especialmente relevante, por la importancia que ello tiene en orden a defender la aplicación de la sentencia a las relaciones entre particulares, es el recordatorio efectuado en el apartado 27 de que la cláusula 4 expresa «*un principio de Derecho Social de la Unión que no puede ser interpretado de manera restrictiva*». En una anterior sentencia, también de in-

dudable importancia para el derecho español, caso Del Cerro Alonso (asunto C-307/05), el TJUE ya puso de manifiesto que

habida cuenta de la importancia de los principios de igualdad de trato y de no discriminación, que forman parte de los principios generales del Derecho comunitario, a las disposiciones previstas por la Directiva 1999/70 y el Acuerdo marco a efectos de garantizar que los trabajadores con un contrato de duración determinada disfruten de las mismas ventajas que los trabajadores por tiempo indefinido comparables, salvo que esté justificado un trato diferenciado por razones objetivas, debe reconocérseles un alcance general, dado que constituyen normas de Derecho social comunitario de especial importancia de las que debe disfrutar todo trabajador, al ser disposiciones protectoras mínimas.

El TJUE incluirá la indemnización que debe ser abonada a un trabajador a la finalización de su contrato en el concepto de condiciones de trabajo, y lo hará partiendo de su criterio, defendido ya en anteriores sentencias, que aquello decisivo *«para determinar si una medida está incluida en este concepto es precisamente el del empleo, es decir, la relación laboral entre un trabajador y su empresario»*. En anteriores resoluciones judiciales, el TJUE ya había incluido, a los efectos de garantizar la igualdad de trato a los trabajadores temporales, a los trienios, *«que constituyen uno de los elementos retributivos que deben concederse a un trabajador con contrato de duración determinada del mismo modo que a un trabajador con contrato de duración indefinida»*, así como también *«las normas relativas a la determinación del plazo de preaviso aplicable en caso de finalización de los contratos de duración determinada»*, y es ahora del parecer que dichas tesis *«pueden ser íntegramente traspuestas a una indemnización como la controvertida en el litigio principal»*, en cuanto que la indemnización se concede al trabajador por razón de la finalización del contrato de trabajo que le vincula a su empresario, y es por ello que está englobada dentro de la relación laboral empresario-trabajador y debe estar incluida en el concepto de «condiciones de trabajo» enunciado en la cláusula 4.1 del acuerdo marco.

En cualquier caso, la tesis del TJUE en la sentencia objeto de comentario nos obliga a incorporar la indemnización entre las condiciones de trabajo, lo que tendrá importancia relevante, como veremos más adelante, a la hora de reconocer el derecho a indemnización a los contratos de trabajo de duración determinada, y a su cuantía, a su finalización.

Pasa a continuación el TJUE a responder conjuntamente a las cuestiones prejudiciales segunda, tercera y cuarta. Dicho sea incidentalmente, no tengo muy claro cuál era la finalidad del TSJ al plantearlas, si saber si un interino debe cobrar la misma indemnización que un trabajador con contrato indefinido comparable, o bien la misma que cobra otro trabajador temporal contratado por obra o servicio o por necesidades de la producción, y puestos a manifestar mi parecer me inclinaría más por la segunda, pero es obvio que el TJUE no podía responder a dicha cuestión en atención a los términos en que está redactada

la cláusula 4.1 del acuerdo marco. De ahí que el TJUE recuerde en sus apartados 37 y 38 de la sentencia que

el principio de no discriminación se ha aplicado y concretado mediante el Acuerdo marco únicamente en lo que respecta a las diferencias de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores con contratos por tiempo indefinido que se encuentren en una situación comparable,

por lo que

las posibles diferencias de trato entre determinadas categorías de personal con contrato de duración determinada, como la que menciona el tribunal remitente en la cuarta cuestión prejudicial, no están incluidas en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación consagrado por dicho Acuerdo marco.

Por ello, el fallo de la sentencia sí cierra la puerta al debate de saber si los interinos tienen derecho a indemnización a la finalización de su contrato, con respuesta positiva sin duda alguna, y la mantiene abierta para determinar si aquella debe ser idéntica a la de un trabajador indefinido comparable que vea extinguido su contrato por causas objetivas, es decir 20 días de salario por año de servicio, o bien ser la de 12 días que se abona actualmente a la finalización de otros contratos de duración determinada, y al mismo tiempo deja abierta la puerta al debate de cuál ha de ser la indemnización que perciban los que ahora la tienen fijada en doce días.

Nuevamente, y al igual que al responder a la primera cuestión, el TJUE formula unas consideraciones generales previas sobre el contenido de la cláusula 4.1 y el principio de no discriminación entre trabajadores con contrato o relación laboral de duración indefinida y aquellos cuyo contrato o relación laboral es de duración determinada. La tesis central del TJUE, y sobre la que pivotará posteriormente su respuesta al caso De Diego Porras, es que las situaciones comparables no pueden tratarse de forma diferente, salvo que exista una causa o razón objetiva que lo posibilite, es decir que dicha diferencia de trato «*esté objetivamente justificada*». Por consiguiente, la primera pregunta que debemos hacernos, y que en efecto también se hace el TJUE, es si el marco normativo español establece una diferencia de trato entre trabajadores interinos y trabajadores indefinidos en el momento de la extinción de sus contratos, y ya sabemos que la respuesta es afirmativa: los primeros no perciben ninguna indemnización, y tal como recuerda el TJUE, «*con independencia de la duración de los servicios prestados*» (y recordemos que en el caso enjuiciado la interinidad se prolongó durante nueve años y medio, y que las tareas de la trabajadora interina, a la luz de la información disponible, eran sustancialmente idénticas o comparables a las de otros compañeros y compañeras que prestaran la misma actividad pero con relación contractual estable), mientras que los indefinidos sí la perciben cuando hay

una causa de extinción de las previstas en el art. 52 de la LET, y ello con independencia de la mayor o menor duración de su contrato.

Una vez constatada la diferencia de trato, ha de comprobarse si las situaciones controvertidas pueden ser comparables a los efectos de aplicación del acuerdo marco, y en un segundo momento debe comprobarse si existe «una posible justificación objetiva» que permita la diferencia de trato en el supuesto, repito, de encontrarnos ante situaciones comparables.

¿Cuál es el *tertium comparationis* del TJUE? ¿Estamos en presencia de un trabajo «idéntico o similar» entre los trabajadores indefinidos y los trabajadores interinos (y temporales en general)? El TJUE acude a las cláusulas 3.2 y 4.1 del Acuerdo marco, que listan (en modo alguno, a mi parecer, de forma exhaustiva) un conjunto de factores que permitan determinar la existencia o no de tal comparabilidad, como son «*la naturaleza del trabajo, los requisitos de formación y las condiciones laborales*», que ya ha tomado en consideración en anteriores resoluciones judiciales de las que se deja debida constancia en el apartado 40.

¿Estamos o no ante situaciones diferentes? Si la respuesta es afirmativa, la diferencia estará objetivamente justificada, y ello ocurriría cuando «*las funciones desempeñadas por un trabajador como la recurrente en el litigio principal en el marco de los diferentes contratos de duración determinada no correspondieran a las de los trabajadores fijos*», ya que de no existir tal diferencia objetiva, el trato dispensado a los trabajadores temporales respecto a la indemnización a la finalización de su contrato (0 euro para los interinos, 12 día de salario por año de servicios para otras modalidades contractuales) sería contrario a la normativa comunitaria, más exactamente a la cláusula 4 del acuerdo marco.

Aunque el TJUE recuerda que corresponde al tribunal nacional determinar si existió esa situación de comparabilidad durante la vigencia de la relación contractual de la Sra. De Diego Porras con el empleador Ministerio de Defensa, con respecto a la de un trabajador con contrato indefinido durante el mismo período de tiempo, ya le da prácticamente la respuesta afirmativa, algo que tendrá importancia determinante en la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 5 de octubre al conocer nuevamente del litigio, al afirmar que «*es preciso no obstante señalar que, en el caso de autos, se desprende de los autos obrantes en poder del Tribunal de Justicia que la recurrente en el litigio principal efectuaba un trabajo análogo o idéntico al de un trabajador fijo*», por lo que se trata de una situación que puede ser comparable a los efectos de la aplicación del principio de no discriminación.

El TJUE lo justifica por la duración de su último contrato de interinidad y las tareas desarrolladas, aun cuando creo que esta tesis es perfectamente extrapolable a los varios contratos de interinidad que la trabajadora había suscrito con

la misma empleadora (Administración Pública) con anterioridad. Tal como expone en el apartado 43,

... el propio hecho de que la mencionada recurrente ocupara durante siete años consecutivos el mismo puesto de una trabajadora en situación de dispensa de obligaciones laborales vinculada a su condición sindical no sólo permite concluir que la interesada cumplía los requisitos de formación para acceder al puesto de trabajo de que se trata, sino también que efectuaba el mismo trabajo que la persona a la que reemplazó de forma permanente durante este largo período de tiempo, aplicándosele también las mismas condiciones de trabajo.

Afirmada la existencia de situaciones comparables, la diferencia sólo estará justificada si existe una razón, causa o justificación objetiva que la permita, y a averiguar su existencia o no se dirige el análisis y razonamiento del TJUE en los apartados posteriores de la sentencia. En primer lugar, acudiendo a su doctrina general sobre el concepto de «razones objetivas», para lo que se requiere que la desigualdad de trato apreciada

esté justificada por la existencia de elementos precisos y concretos, que caracterizan la condición de trabajo de que se trata, en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes, a fin de verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto,

resaltando, con amplio apoyo en resoluciones judiciales dictadas con anterioridad que

tales elementos pueden tener su origen, en particular, en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran los contratos de duración determinada y en las características inherentes a las mismas o, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro.

Tal tesis general lleva a concluir, en la misma línea que la defendida en anteriores sentencias, que la diferencia de trato no estará en modo alguno justificada por el simple hecho de que se encuentre recogida en «*una norma nacional general y abstracta como una ley o un convenio colectivo*»; es obvio que en el caso enjuiciado así ocurre, ya que la diferencia está prevista con carácter general en la LET, diferenciando por una parte a los trabajadores indefinidos, por otra a los trabajadores temporales con contratos para obra o servicio, o por necesidades de la producción, y por una tercera a los trabajadores interinos (y no sólo a ellos, sino también a los trabajadores con contrato formativo y a los acogidos al contrato indefinido de fomento de empleo y de apoyo a los emprendedores).

La conclusión de todo lo anteriormente expuesto para el TJUE es que no basta la existencia de una norma general abstracta en la que se recoja la diferen-

cia de trato en punto al percibo de una indemnización por la extinción contractual, ni tampoco la mera naturaleza temporal de la relación (que repito que en muchas ocasiones, y los repertorios jurisprudenciales dan debida cuenta de ello, pueden encubrir auténticas relaciones contractuales de duración indefinida), para poder justificar la diferencia entre trabajadores indefinidos y temporales con respecto al percibo de la indemnización por fin del contrato.

Mucho menos apoyo tiene la «*mera naturaleza temporal de la relación*» en un caso como el enjuiciado, en el que la duración de la vida laboral de la trabajadora en su empresa ha tenido una antigüedad superior a la de muchos trabajadores indefinidos, pues no es poca cosa en la actualidad tener una antigüedad de nueve años y medio. Por ello, es perfectamente comprensible la tesis «adicional» a las consideraciones defendidas con anterioridad por la Sala de que

la alegación basada en la previsibilidad de la finalización del contrato de interinidad no se basa en criterios objetivos y transparentes, siendo así que, en realidad, no sólo tal contrato de interinidad puede perpetuarse, como en la situación de la recurrente en el litigio principal, cuyas relaciones contractuales se extendieron durante un período de más de diez años, sino que además contradice tal alegación el hecho de que, en circunstancias comparables, la normativa nacional pertinente prevea la concesión de una indemnización por finalización del contrato a otras categorías de trabajadores con contrato de duración determinada.

Tesis que, en su segunda parte, refuerza la argumentación de que debe abonarse en todo caso una indemnización a los trabajadores interinos y que puede fortalecer la de quienes defienden que la indemnización debe ser la misma para todos los trabajadores temporales (y aquí se abre otro debate de indudable calado político, cual es la cuantía de la indemnización)³.

La doctrina laboralista no parece discrepar en que la sentencia del caso De Diego Porras reconoce el derecho de una trabajadora con contrato de interinidad a no ser discriminada, cuando se produzca la finalización de su contrato, con respecto al trato que se otorgue a un trabajador fijo «*comparable*», a menos, dice el acuerdo marco objeto de interpretación, que se justifique un trato diferente «*por razones objetivas*». Insisto en algo que he destacado a lo largo de mi

³ Por el interés, y la polvareda jurídica y social que ha levantado, que tiene a los efectos de una mejor comprensión de la resolución del caso, y de su impacto sobre las posibles modificaciones de la normativa laboral, reproduzco el segundo apartado del fallo de la sentencia: «*La cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que deniega cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización, en particular, a los trabajadores fijos comparables. El mero hecho de que este trabajador haya prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva que permita justificar la negativa a que dicho trabajador tenga derecho a la mencionada indemnización*».

exposición: la demandante prestó sus servicios como trabajadora interina durante casi diez años, una contratación que tiene muy poco de temporal, aunque pueda ser, y así lo manifiesta el tribunal español que eleva la cuestión prejudicial, plenamente conforme a derecho.

¿Cuándo puede empezar el debate, hasta convertirse en discrepancia? En concreto, en la aplicación de la sentencia a toda la contratación temporal regulada en la normativa laboral española, y no sólo a la contratación interina. Si se acepta la primera tesis, también debería verse modificada la indemnización actual de 12 días y experimentar una subida hasta los 20 días que se abona a un trabajador indefinido que ve extinguido su contrato por causas objetivas. Ya he puesto de manifiesto que hay discrepancias al respecto, y que el debate se centra en qué debe entenderse por causa o razón objetiva que justifica la contratación temporal, y qué debe entenderse por trabajador indefinido comparable, así como también qué reglas tener en consideración para aplicar la comparación.

¿En qué punto sigue, como consecuencia de la discrepancia anterior, el análisis de la sentencia? En la cuantía de la indemnización a percibir por un trabajador interino, postulándose dos tesis perfectamente diferenciadas, la de abono de la misma indemnización que a los restantes temporales, o la que se abona a los trabajadores indefinidos por una extinción objetiva conforme a derecho. Se abre aquí, además, un nuevo frente: ¿todos los contratos de duración determinada deben tener derecho a indemnización a su finalización? Si acudimos a la literalidad de la sentencia, tanto en sus argumentos jurídicos como en su fallo, la respuesta debe ser afirmativa, pero ya he dicho que el parecer no es unánime al respecto.

Volvemos al acuerdo, aunque no se manifieste con tanta claridad que en los supuestos anteriores. Un trabajador interino siempre tiene derecho a indemnización en el actual marco normativo si la contratación es no conforme a derecho, de tal manera que percibiría la misma indemnización (33 días de salario/año) que un trabajador indefinido cuya extinción objetiva o disciplinaria fuera declarada improcedente y la empresa optara por el abono de la indemnización. Conviene dejarlo bien claro porque en el fragor del debate sobre la indemnización debida a un trabajador temporal interino se ha dejado de lado que las extinciones contractuales en España son causales, y que el incumplimiento de la causa, o su no debida justificación, supone la obligación del abono de una indemnización como la indicada más arriba (siempre que la parte empresarial no haya optado por la readmisión del trabajador)

¿Dónde vuelve a situarse el debate, que puede llegar al desacuerdo? En qué debe entenderse por una diferencia de trato justificada «por razones objetivas». No es lo mismo, por ejemplo, un contrato eventual por necesidades de la producción, con plazo estipulado, que una extinción por causas económicas o productivas. Pero en este segundo caso, ¿puede llegar a entenderse que una finalización de un contrato de trabajo interino puede constituir una causa objetiva en

los mismos términos que el despido de un trabajador indefinido al amparo del art. 52.c) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Voces autorizadas así lo manifiestan, con argumentos de no poca consideración (y sigue el debate).

¿Hacia dónde intentan algunos llevar sus tesis, y por ello existe un claro desacuerdo con quienes piensan lo contrario? Pues en la afirmación de que la sentencia abre la puerta al mal llamado contrato único. Pero no: todo despido, toda extinción contractual debe estar justificada, y si se quiere descausalizar, que el gobierno denuncie el Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo. ¡Ah! Sin olvidar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho al trabajo y a la protección contra una extinción injustificada.

Y más aún, en el mismo intento hay quienes defienden que la aplicación de la sentencia pasa por equiparar las indemnizaciones de fijos y temporales, y por ello es posible disminuir la actualmente fijada para los primeros. Craso error jurídico a mi parecer, porque el apartado 3 de la cláusula 8 del acuerdo marco dispone que *«La aplicación de las disposiciones del presente Acuerdo no podrá constituir una justificación válida para la reducción del nivel general de protección de los trabajadores en el ámbito cubierto por el presente Acuerdo»*.

Al final, ¿en qué estamos todos de acuerdo? En que hay que modificar el marco normativo de contratación, aunque aquí se detenga el acuerdo porque quienes creemos que ello pasa por la mayor rigurosidad en la regulación y cumplimiento de la normativa sobre contratación temporal no podemos ni queremos compartir la tesis de quienes creen que un «contrato único o de tutelas crecientes» resolvería por arte de magia todos los problemas de nuestro mercado de trabajo.

3. Estudio de tres autos dictados por el TJUE (14 y 21 de septiembre de 2016, y 9 de febrero de 2017)

3.1. Discriminación del personal docente interino por no poder participar en el plan de evaluación docente. Nota al auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de septiembre de 2016 (asunto C-631/15)

En el caso ahora enjuiciado nos encontramos ante un docente que tiene una antigüedad en la prestación de sus servicios muy superior a las de cinco años requeridos por la normativa autonómica y que puede tener los mismos requisitos de *«formación, dedicación al centro o implicación en la consecución de sus objetivos»*..., pero no es funcionario de carrera. Para el juzgador, no hay razón objetiva alguna, a la luz de los datos disponibles, que pueda justificar la diferencia de trato simplemente por la naturaleza jurídica de la relación (funcionario de carrera, funcionario interino), y mucho más cuando de la normativa aplicable se deduce que la evaluación positiva que puede alcanzar un docente *«en nada va*

ligada a un sistema de ascenso o de progreso profesional, sino que se traduce única y exclusivamente en la obtención de un incentivo económico». Por todo ello, eleva la cuestión prejudicial al TJUE.

El TJUE resuelve mediante auto motivado, al amparo de la posibilidad ofrecida por el art. 99 de su Reglamento de procedimiento Adopta tal decisión porque, como dice textualmente en el apartado 26, *«la respuesta a la cuestión prejudicial puede deducirse claramente de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia»*, listando un amplio número de sentencias y autos en que se ha pronunciado en los mismos términos que lo hará en el auto ahora objeto de comentario.

Antes de entrar a resolver la cuestión prejudicial planteada, el TJUE formula unas consideraciones generales previas sobre la Directiva 1999/70/CE y el Acuerdo marco, sustancialmente idénticas a las expuestas en las tres sentencias de 14 de septiembre y que por ello no reitero ahora. Sólo recuerdo la consolidada doctrina del TJUE respecto a que la cláusula 4.1 del Acuerdo marco *«expresa un principio de Derecho social de la Unión que no puede ser interpretado de forma restrictiva»*, siendo *«incondicional y suficientemente precisa para que los particulares puedan invocarla frente al Estado ante un juez nacional»*. Destaco que, de acuerdo a la consolidada jurisprudencia del TJUE, el funcionario interino con más de 16 años de antigüedad en la prestación de servicios docentes en centros educativos públicos de la comunidad asturiana, *«está incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva 1999/70 y del Acuerdo marco»*.

En virtud de la misma jurisprudencia, el TJUE llegará a la conclusión de que la participación en un plan de evaluación docente, y el incentivo económico derivado de la evaluación positiva que puede obtenerse, están incluidos en el concepto de condiciones de trabajo en el sentido de la dispuesto en la cláusula 4.1 del Acuerdo marco, aun cuando nuevamente recuerde que el juzgador nacional remitente el que debe *«determinar la naturaleza y los objetivos de las medidas controvertidas»*.

¿Cómo llega el TJUE a la conclusión de que estamos en presencia de condiciones de trabajo al amparo de la normativa comunitaria? En primer lugar, porque el requisito de la antigüedad, que cumple el funcionario interino, se integra dentro de las relaciones de trabajo entre empresario y trabajador, y en segundo término porque aquello que realmente importa de la evaluación es la obtención de un complemento económico, es decir una mejora económica del salario percibido. Este incentivo, observa el TJUE debe concederse por igual, y por ello como paso previo habrá que habilitar las condiciones para poder solicitarlo, a trabajadores con relación laboral de duración determinada o indefinida, ya que otra interpretación que abone la diferencia de trato incumpliría el objetivo que persigue la normativa comunitaria al reducir *«el ámbito de aplicación de la protección contra las discriminaciones otorgada a los trabajadores con contrato de duración determinada»*.

Confirmada, pues, la existencia de una condición de trabajo, es el momento de analizar si son comparables las situaciones laborales del personal fijo y personal interino docente, y en el supuesto de que así fuere, y ya adelanto que la respuesta es afirmativa, si existe una causa, razón o justificación objetiva que permita diferenciarlas a los efectos legales. Nuevamente el TJUE acudirá a su consolidada doctrina jurisprudencial para determinar si los funcionarios docentes fijos e interinos desempeñan o realizan un trabajo idéntico o similar y tras volver a recordar que debe ser el juzgador nacional el que se pronuncie si ambos grupos de funcionarios se encuentran en situación comparable, manifiesta con claridad y contundencia que ello es así a su parecer, La redacción del apartado 45 no deja lugar a dudas: no se requieren cualificaciones académicas o experiencias profesionales diferentes; más bien será al contrario, ya que

se desprende de las indicaciones contenidas en el auto de remisión que estas dos categorías de profesores ejercen funciones similares y están sometidos a obligaciones idénticas, en particular en lo que atañe a los criterios aplicados en los planes de evaluación referidos a la formación, a la contribución a los objetivos del centro y a la participación en sus actividades.

Si la comparabilidad queda acreditada en cuanto a las funciones o tareas a desarrollar, la única diferencia que existe entre ambos colectivos es la naturaleza temporal de la relación de servicio, en cuando que el funcionario interino puede ser cesado cuando concurren las circunstancias legales requeridas para que ello sea posible, situación jurídica bien diferente a la del funcionario de carrera y que tiene una plaza en propiedad. ¿Será esta diferencia la causa, razón o justificación objetiva, que posibilita según la normativa comunitaria una diferencia de trato? A ello se apresta a responder el TJUE, y ya adelanto que la respuesta, al igual que en otras sentencias y autos anteriores, es claramente negativa.

Destaco del auto la remisión a la consolidada doctrina de que una diferencia de trato no puede justificarse por el hecho de su previsión, por razón de la naturaleza temporal de la relación de servicio, en una norma general o abstracta. Tras pasar revista a los requisitos previstos en la normativa comunitaria para poder justificarse la existencia de una tal diferencia, el TJUE manifiesta que la administración autonómica se ha limitado en su escrito de alegaciones *«a enunciar la existencia de menores requisitos en lo que atañe al nombramiento de los funcionarios interinos y posibles discriminaciones inversas en detrimento de los funcionarios de carrera»*.

No cuestiona en modo alguno la sentencia el margen de facultad de que disponen los Estados miembros para la aplicación de la Directiva y la posibilidad de establecer requisitos específicos que puedan legalmente diferenciar a colectivos entre los que se citan

requisitos de antigüedad para acceder a determinados puestos, restringir el acceso a la promoción interna a los funcionarios de carrera y exigirles que demuestren tener una

experiencia profesional correspondiente al grupo inmediatamente inferior al que es objeto del proceso selectivo,

si bien la aceptación de tales criterios de diferenciación procederá siempre y cuando se establezcan de manera transparente y se arbitren los mecanismos de control adecuados para evitar la exclusión de algunos trabajadores por el mero hecho de la duración de su relación laboral.

Por consiguiente, y es importante tenerlo presente en el debate generado sobre cómo transponer adecuadamente la normativa comunitaria y las modificaciones que deberán producirse en la normativa interna, si el trato diferente en relación con un proceso selectivo

resulta de la necesidad de tener en cuenta requisitos objetivos, relativos a la plaza que dicho procedimiento tiene por objeto proveer y que son ajenos a la duración determinada de la relación de servicio que vincula al funcionario interino con su empleador, puede estar válidamente justificado, en el sentido de la cláusula 4, apartados 1 o 4, del Acuerdo marco,

pero en modo alguno lo será un requisito general y abstracto como el de un período de antigüedad, que sí cumple el trabajador interino pero que no les de utilidad jurídica al no ser funcionario de carrera.

Es decir, la mera naturaleza temporal de la relación no puede ser un criterio válido de diferenciación si no va acompañado de un examen detallado las tareas que deben desempeñar los trabajadores, en este caso los docentes, y las características inherentes a las mismas. Repárese además en que todo funcionario de carrera que cumpla el requisito de cinco años de antigüedad podrá acceder a la evaluación docente, mientras que un funcionario interino como el del presente caso, con dieciséis años de antigüedad en la actividad docente, y probablemente con un nivel de experiencia y conocimiento superior al de un buen número de funcionarios de carrera, no podrá presentarse a la evaluación únicamente por el requisito de no ser funcionario de carrera.

Por último, tampoco acepta el TJUE el argumento de la Administración asturiana de que, de validarse la tesis del funcionario interino, se estaría produciendo una situación discriminatoria pero a la inversa, es decir hacia el funcionario de carrera. No niega el TJUE que ello podría ser una razón objetiva de acuerdo a la normativa comunitaria, pero tal objetivo que puede perseguir el legislador nacional no podría justificar

una norma nacional desproporcionada, como la del litigio principal, que excluye por completo y en cualquier circunstancia que se tomen en consideración los períodos de servicio prestados por los empleados públicos en el marco de relaciones de servicio de duración determinada para determinar su antigüedad y, por tanto, su nivel retributivo...

3.2. Medidas que prevengan el recurso abusivo a contratos de duración determinada. Auto del TJUE de 21 de septiembre de 2016 (asunto C-614/15).

El auto se dicta con ocasión de una cuestión prejudicial planteada por el tribunal de la localidad rumana de Craiova y que versa sobre la interpretación de la cláusula 5.1 del acuerdo marco. El TJUE dicta auto porque su respuesta se deduce claramente de la jurisprudencia ya existente sobre la materia,

... en particular de las sentencias de 4 de julio de 2006, Adeneler y otros (C 212/04, EU:C:2006:443); de 23 de abril de 2009, Angelidaki y otros (C 378/07 a C 380/07, EU:C:2009:250); de 26 de enero de 2012, Küçük (C 586/10, EU:C:2012:39); de 13 de marzo de 2014, Márquez Samohano (C 190/13, EU:C:2014:146); de 3 de julio de 2014, Fiamingo y otros (C 362/13, C 363/13 y C 407/13, EU:C:2014:2044), y de 26 de noviembre de 2014, Mascolo y otros (C 22/13, C 61/13, C 63/13 y C 418/13, EU:C:2014:2401).

Sólo deseo añadir algunas consideraciones del TJUE que no han merecido mi atención en anteriores comentarios de las tres sentencias y del auto de 14 de septiembre, cuales son que el hecho de que si bien ha de ser el órgano jurisdiccional nacional remitente el que deba comprobar si concurren las causas objetivas para la conformidad a la directiva de un determinado contrato de duración determinada, no es menos cierto que la causa alegada, como necesidad para utilizar la contratación temporal,

... no puede sin embargo deducirse de consideraciones dirigidas a evitar exponer al Estado, como empleador del sector afectado, a cualquier tipo de riesgo financiero... En efecto, aunque las consideraciones de índole presupuestaria puedan ser el motivo de las opciones de política social de un Estado miembro e influir sobre la naturaleza o el alcance de las medidas que éste desea adoptar, no constituyen en sí mismas un objetivo perseguido por esta política y, por lo tanto, no justifican la falta de medidas de prevención de la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco (véanse las sentencias de 24 de octubre de 2013, Thiele Meneses, C 220/12, EU:C:2013:683, apartado 43 y jurisprudencia citada, y de 26 de noviembre de 2014, Mascolo y otros, C 22/13, C 61/13, C 63/13 y C 418/13, EU:C:2014:2401, apartado 110) (apartados 62 y 63).

3.3. Universidades. Los recortes presupuestarios y el título de doctor no son causas objetivas para tratar de diferente condición a un profesor funcionario interino que a un profesor funcionario de carrera. Notas al auto del TJUE de 9 de febrero de 2017 (C-443/16), que sigue la saga De Diego Porras

Se trata de una resolución judicial que tiene especial interés para el mundo universitario por versar sobre la diferencia de trato (ya adelanto que no justifi-

cada según el TJUE) en materia de jornada y salario entre profesorado funcionario interino y profesorado funcionario de carrera. La decisión mediante auto se debe a que en este caso concreto, y siguiendo la consolidada jurisprudencia de la Sala (es particularmente interesante el auto por la amplia relación de sentencias y autos citados que van en la misma línea jurídica), la resolución puede dictarse sin necesidad de acudir a una sentencia ya que la respuesta a las cuestiones prejudiciales *«puede deducirse claramente de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia»*, con cita de seis sentencias (entre ellas, ya incluye la dictada en el caso De Diego Porras) y un auto (caso Álvarez Santiso).

Un profesor funcionario interino, desde el muy lejano 7 de noviembre de 1989, que prestaba sus servicios en la Escuela Técnica Superior de Arquitectura, fue el que «encendió la mecha jurídica». En efecto, su jornada y salario fue modificada como consecuencia de la Resolución Rectoral de 10 de octubre de 2012, pasando de prestar servicios a tiempo completo a hacerlo a tiempo parcial, en cuanto que no disponía del título de doctor. No hay mención alguna a un cambio de las funciones desarrolladas por el citado profesor.

Disconforme con la decisión rectoral (la UPM ha sido un buen laboratorio jurídico para que los tribunales dictasen importantes resoluciones, como la sentencia del TS de 24 de junio de 2014 que dictaminó la obligatoriedad de acudir al procedimiento de despido colectivo para extinguir los contratos de un número de interinos que sobrepasaban los umbrales numéricos del art. 51 de la LET), el profesor interpuso recurso contencioso-administrativo, solicitando su anulación. En su escrito, alegaba (vid apartado 16) que la decisión *«no respondía a necesidades docentes ni del departamento en el que ejercía funciones docentes, sino únicamente a consideraciones relacionadas con la reducción de los gastos de la Universidad»*, y que al aplicarse exclusivamente a los funcionarios interinos, la Resolución tenía como efecto *«tratarles de manera menos favorable que a los funcionarios de carrera»*. En la impugnación del recurso, la UPM argumentó (vid apartado 17) que la medida adoptada era *«una garantía de calidad que permite medir el rendimiento de las actividades docentes, investigadoras y de gestión del profesorado universitario»*, y que se había adoptado en el marco de las facultades de autoorganización de que disponen las Administraciones Públicas, constituyendo *«una reacción adecuada, habida cuenta del descenso de las matrículas observado en estos últimos años»*.

En su auto de planteamiento de la cuestión prejudicial, el juzgador español recuerda que el acuerdo marco impide tratar de forma menos favorable a un trabajador por el solo hecho de tener un contrato (en el caso enjuiciado un nombramiento interino) de duración determinada. Subraya igualmente, y me parece importante la referencia, que la Ley Orgánica de Universidades (en redacción de LO 4/2007, de 12 de abril, que modificó la LO 6/2001 de 21 de diciembre) incluyó una disposición adicional (segunda), hoy ya derogada, referida a cómo se

produciría la integración de los miembros del cuerpo de profesores titulares de Escuelas Universitarias en el de profesores titulares de Universidad, disponiendo su apartado 3 que quienes no accedieran a tal condición, *«permanecerán en su situación actual, manteniendo todos sus derechos y conservando su plena capacidad docente y, en su caso, investigadora»*. Para el juzgador, en realidad esta disposición sólo ha sido aplicada por la Administración Universitaria a los funcionarios de carrera, y no a los interinos, siendo la razón de ser de la diferencia que *«los primeros han superado un proceso selectivo que conduce a la creación de un puesto mientras que el nombramiento de los segundos responde sólo a determinados requisitos, vinculados a la necesidad y la urgencia de proveer una plaza vacante»*.

Va concretando sus dudas el juzgador antes de llegar a concretar la cuestión prejudicial, es decir va dando pistas al TJUE del motivo de su duda-discrepancia con la decisión del Rectorado de la UPM, pistas que sin duda van a tener relevancia en la decisión que adoptará el TJUE, pues si bien este afirma, en el apartado 39, algo que hemos leído en numerosas resoluciones anteriores, esto es que *«corresponde, en definitiva, al órgano jurisdiccional remitente»* determinar si los dos colectivos, temporales e indefinidos (interinos y funcionarios de carrera en el caso enjuiciado) *«se hallan en una situación comparable»*..., inmediatamente añade a continuación (y también algo parecido lo encontramos en la sentencia del caso De Diego Porras) que de las indicaciones contenidas en el auto de remisión *«se deduce claramente que, en lo que respecta a cada una de estas categorías de profesores, las características de los puestos de trabajo ocupados, la naturaleza del trabajo desarrollado, las tareas confiadas y la formación requerida son idénticas»*.

¿Y cuáles son esas pistas de la duda-discrepancia del juzgador español? Pues además de lo que reproduce literalmente el apartado 39, que la única razón real de la reducción de jornada (y salario) del personal interino son las restricciones presupuestarias, la necesidad de reducir o limitar los gastos de personal de las Universidades (en este caso concreto de la UPM), aun cuando a efectos académicos *«las necesidades docentes del departamento de que se trata permanecen inalteradas, y que, además, las convocatorias recientes demuestran la permanencia de la necesidad de ocupar este puesto a tiempo completo»* (apartado 20).

Va concluyendo su argumentación el juzgador nacional, planteándose, antes de formular las cuestiones prejudiciales, si la norma de la UPM, que encuentra su origen en la normativa presupuestaria de la Comunidad de Madrid, que a su vez encuentra su razón de ser en la normativa estatal que estableció restricciones presupuestarias al gasto público a partir de 2012 (y si quieren que sigamos buscando más «orígenes lejanos» nos podemos remontar a la reforma exprés del art. 135 de la CE, consecuencia de decisiones adoptadas por los órganos de gobierno de la Unión Europea) es o no conforme al Acuerdo Marco y en concreto a su cláusula general de no discriminación recogida en el núm.4.1, en cuanto que tiene como consecuencia (más fácil no se lo puede poner, al menos según

mi parecer, al TJUE) *«la reducción a la mitad de la jornada de los profesores funcionarios interinos que no son doctores, mientras que los profesores funcionarios no doctores conservan íntegramente sus derechos y no sufren ninguna desventaja»*.

Antes de abordar la resolución del litigio, el TJUE pasa revista a la normativa europea y española aplicable. De la primera, la Directiva 1999/70/CE, hay una mención expresa al art. 1 y al párrafo primero del art. 2, mientras que del Acuerdo Marco las menciones expresas son a la cláusula 2 (ámbito de aplicación), 3 (definiciones) y 4.1 (principio de no discriminación). De la segunda, los preceptos más arriba explicados de la Ley Orgánica de Universidades (en su redacción de 2007) y la Ley autonómica madrileña 4/2012 de 4 de julio, también objeto de análisis con anterioridad.

El TJUE se adentra en el examen conjunto de las cuatro cuestiones planteadas, pasando a repasar de forma exhaustiva su jurisprudencia en materia de interpretación y aplicación del Acuerdo Marco, y muy especialmente de lo que afecta al principio general de no discriminación recogido en la cláusula 4, una cláusula de la que el TJUE ha reiterado que es *«incondicional y suficientemente precisa para que los particulares puedan invocarla ante un juez nacional»*.

De las consideraciones generales sobre la consolidada jurisprudencia del TJUE hemos de pasar a su aplicación al caso concreto y en razón de las circunstancias también concretas que concurren en el mismo. Debemos preguntarnos en primer lugar si existe una diferencia de trato entre unos profesores (funcionarios interinos) y otros (funcionarios de carrera), y siendo la respuesta afirmativa, ya que la reducción de jornada y salario sólo se aplica a los primeros, *«por la mera razón de que no poseen el título de doctor»* (dicho sea incidentalmente, la tesis del TJUE en este caso concreto no debería llevar, ni creo que desde luego sea su intención, a la desvalorización de la importancia, que es mucha, del título de doctor en la vida universitaria).

¿Se da esta diferencia de trato entre trabajadores (funcionarios) que se encuentran, y por ello puede entrar en juego el principio general de no discriminación, *«en una situación comparable»*? En este punto, la Sala recuerda cuál es el concepto de trabajador con contrato de duración indefinida comparable, y el conjunto de factores que deben tomarse en consideración para efectuar la comparación entre trabajadores (funcionarios) temporales e indefinidos, factores ya referenciados con anterioridad en mi explicación, y que el TJUE ha tomado en consideración en su respuesta dada en el apartado 39, al hilo de las «pistas» dadas por el juez nacional sobre su duda-discrepancia. Pues bien, si la naturaleza de las tareas y actividades del personal académico universitario interino y de carrera son «idénticas», habrá que entrar a examinar y determinar si la naturaleza temporal del vínculo jurídico que une al funcionario interino con su empleador (público), que le diferencia del funcionario de carrera (naturaleza indefinida)

puede justificar la diferencia de trato entre ambos colectivos, así como también si existe una razón objetiva que la justifique (recuerdo que el apartado 3 de la cláusula 4 dispone que «*Las disposiciones para la aplicación de la presente cláusula las definirán los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, según la legislación comunitaria y de la legislación, los convenios colectivos y las prácticas nacionales*»).

Respuesta fácil a la primera cuestión suscitada, esto es la importancia de la naturaleza temporal del vínculo jurídico entre empleador y trabajador, en cuanto que la consolidada jurisprudencia del TJUE ha concluido que no es una razón objetiva el hecho de que la diferencia «*esté prevista por una norma nacional y abstracta, como una ley o un convenio colectivo*», y por ello la naturaleza temporal, que se da en el caso concreto enjuiciado, de la relación de servicio del personal (profesor funcionario interino) de la Administración Pública (Universidad) «*no puede constituir una cláusula objetiva en el sentido de la cláusula 4, apartado 1 del Acuerdo Marco*».

Si pasamos a la segunda cuestión, la jurisprudencia del TJUE es muy clara en el sentido de que la diferencia o desigualdad de trato debe estar justificada «*por la existencia de elementos precisos y concretos*», debe basarse en «*criterios objetivos y transparentes*», debe responder, al objeto de alcanzar el objetivo perseguido, a «*una necesidad auténtica*» y resultar «*indispensable al efecto*», concretando estas pautas generales en la tesis, recogida en numerosas sentencias y autos, de que los elementos de diferenciación «*pueden tener su origen, en particular, en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran los contratos de duración determinada y en las características inherentes a las mismas o, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro*».

¿Cuáles son las razones aducidas por la UPM para justificar la diferencia de trato? Básicamente, razones económicas de restricciones presupuestarias y caída en el número de estudiantes matriculados (o más exactamente a mi parecer del número de créditos matriculados por cada estudiante, una tendencia observable en la mayor parte de las Universidades públicas desde el inicio de la crisis económica y social en 2008 y su exacerbación a partir de 2011), que llevan a su equipo de gobierno a la adopción de medidas que considera más adecuadas para revertir la situación, siempre dentro del marco de su potestad de autoorganización.

¿Puede adoptar medidas las Administraciones Públicas, en el marco autoorganizativo, que establezcan regulaciones que no vulneren la Directiva de 1999 y el acuerdo marco? La respuesta es afirmativa, y el auto recuerda que el TJUE las ha aceptado en casos tales como el establecimiento de «*requisitos de antigüedad para acceder a determinados puestos, restringir el acceso a la promoción interna a los funcionarios de carrera y exigirles que demuestren tener una experiencia profe-*

sional correspondiente al grupo inmediatamente inferior al que es objeto del proceso selectivo». Ahora bien, una vez afirmada la posibilidad de que disponen las Administraciones Públicas, se recuerda que la potestad de autoorganización no está exenta de controles, al objeto de que los criterios utilizados que conllevan una diferencia de trato impliquen una diferencia injustificada, es decir una discriminación, hacia los trabajadores (funcionarios) con contratos (nombramientos) de duración determinada.

Más *finezza* jurídica en la argumentación del TJUE y que conviene ahora recordar: cuando el trato diferente guarda relación con un proceso selectivo puede estar justificada la diferencia de trato, puede ser una razón objetiva prevista en el apartado 4.1 del Acuerdo Marco, si resulta «*de la necesidad de tener en cuenta requisitos objetivos, relativos a la plaza que dicho procedimiento tiene por objeto proveer y que son ajenos a la duración determinada de la relación de servicio que vincula al funcionario interino con su empleador*»; pero, no será en modo alguno conforme a la normativa comunitaria una diferencia, que ha implicado reducción de tiempo de trabajo y de salario, como la que es objeto de enjuiciamiento, y que se basa en la diferencia de disposición de un título académico, el de doctor, y que no toma en consideración «*otros criterios objetivos y transparentes vinculados más concretamente a la naturaleza o al objeto del puesto de trabajo de que se trata*». Estamos en presencia de dos colectivos (funcionarios interinos y funcionarios de carrera) que desempeñan «*funciones similares*» (obsérvese que en alguna ocasión el TJUE se refiere a funciones «*idénticas*» y en este caso efectúa una manifestación *light* al referirse a las mismas), cuya duración del vínculo jurídico y la disposición de un determinado título académico no deben afectar a la aplicación de principio de igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo.

¿Y qué decir de las restricciones presupuestarias? ¿Son o pueden ser una causa objetiva que justifique la diferencia de trato? Es consolidada la jurisprudencia del TJUE que da una respuesta negativa a dicha pregunta, por considerar que ello implicaría una discriminación hacia el colectivo de trabajadores (funcionarios) temporales. Así nos lo recuerda en el apartado 53:

aunque las consideraciones de índole presupuestaria puedan ser el motivo de las opciones de política social de un Estado miembro e influir sobre la naturaleza o el alcance de las medidas que éste desea adoptar, no constituyen en sí mismas un objetivo perseguido por esta política y, por lo tanto, no justifican la aplicación de una normativa nacional que conduce a una diferencia de trato en detrimento de los trabajadores con contrato de duración determinada.

Pero además, y siempre de acuerdo con las «pistas» facilitadas por el juzgador nacional, el TJUE llega a la conclusión de que las alegaciones de la UPM tampoco se basan en criterios objetivos y transparentes, ya que «*los hechos contradicen estas alegaciones, como ha señalado el propio juzgado remitente, ya que las necesidades de los servicios de que se trata han permanecido inalteradas y las recién-*

tes convocatorias para proveer puestos a tiempo completo demuestran lo contrario de lo que se alega».

Colofón de todo lo anteriormente expuesto es el fallo del auto: la cláusula 4.1 debe interpretarse

en el sentido de que se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, que autoriza, en el marco de medidas de reestructuración de la organización universitaria, a las administraciones competentes del Estado miembro de que se trata a reducir a la mitad la jornada laboral de los Profesores Titulares de Escuela Universitaria que sean funcionarios interinos, debido a que no poseen el título de doctor, mientras que los Profesores Titulares de Escuela Universitaria funcionarios de carrera que tampoco poseen el título de doctor no son objeto de la misma medida.

4. Sigue la saga De Diego Porras..., aunque sea por omisión o silencio. Sentencia del TS de 28 de marzo de 2017. Indemnización de 20 días/año para personal indefinido no fijo en caso de cobertura de la plaza y subsiguiente extinción contractual

La sentencia, dictada en Pleno y que obtuvo la unanimidad de sus miembros, desestima los dos recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos por las partes empresarial y trabajadora, y confirma la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 11 de febrero de 2015, de la que fue ponente el magistrado José Ramón Fernández, que había estimado el recurso de suplicación interpuesto por la parte trabajadora contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 20 de Madrid el 16 de abril de 2014.

En apretada síntesis, y por lo que respecta ahora al objeto de mi exposición, el JS desestimó la demanda interpuesta por despido improcedente de una trabajadora del Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC), mientras que el TSJ madrileño estimó parcialmente el recurso y reconoció el derecho de la recurrente a percibir una indemnización de 20 días de salarios/año por la extinción de su contrato como consecuencia de la cobertura de la plaza que ocupaba, con contrato indefinido no fijo, por haber salido a concurso en régimen funcional.

Cabe destacar que el litigio encuentra su origen en la demanda interpuesta por una trabajadora del CSIC, tras la comunicación de la extinción de su contrato de trabajo. Según los hechos probados de la sentencia de instancia, recogidos en el antecedente de hecho primero de la resolución del TS, dicha trabajadora tenía la categoría profesional de titulada superior de investigación y laboratorio, habiendo iniciado la prestación de sus servicios el 1 de abril de

2003, y tras demanda interpuesta en sede judicial obtuvo la condición de trabajadora indefinida no fija, por sentencia del Juzgado de lo Social núm. 9 de Madrid dictada el 16 de marzo de 2009.

El interés del litigio se centra en cómo abordará el Pleno de la Sala Social la argumentación de la abogacía del Estado sobre la cuantía de la indemnización a percibir por la persona trabajadora que ve extinguido su contrato por la cobertura de la plaza que ocupaba.

La sentencia de contraste, que aplicó la indemnización de 8 días de salario/año (art. 49.1 b LET, en la redacción aplicable al momento de producirse el conflicto) fue la dictada por el TSJ madrileño el 26 de mayo de 2014, en un conflicto que afectó a un trabajador de la misma empresa ahora demandada, por lo que la contradicción es clara y evidente (indemnización de 8 o 20 días de salario/año), afirmando con acierto la Sala que

la contradicción exigida por el art. 219.1 LRJS no puede ser aquí más evidente, pues no sólo estamos ante debates análogos, sino que se produce en relación a situaciones fácticas idénticas y, no obstante, las sentencias comparadas llegan a soluciones diametralmente opuestas.

¿Cuál es la fundamentación jurídica de la tesis defendida por la que fuera parte demandada y después recurrente? La vulneración del art. 49.1.b) LET en relación con el apartado c) del mismo precepto y con la disposición transitoria 13.^a (que pasa a ser octava en el texto refundido aprobado por RDLeg. 2/2015, de 23 de octubre). No obstante, parece advertirse una cierta contradicción en la tesis argumental, y así también lo pone de manifiesto la Sala, ya que en primer término cuestiona que la indemnización regulada en el art. 49.1.c) LET sea aplicable a otros supuestos de extinción contractual (por lo que la tesis a defender sería la validez de la decisión del juzgador de instancia de extinguir el contrato sin indemnización alguna), pero inmediatamente cuestiona que la tesis del TSJ madrileño, la fijación de una indemnización de 20 días de salario/año, sea conforme a derecho, por deber serlo la de ocho días prevista en el citado precepto de la LET.

Es partir de aquí cuando la Sala va a proceder a la resolución del caso, y si debiéramos hacer caso a la manifestación contenida en el apartado 3, tercer párrafo, del fundamento de derecho tercero, la respuesta parece que sería la misma que la plasmada en una abundante jurisprudencia consolidada desde hace ya dos años, con un elenco de sentencias que se listan y cuya doctrina se resume en la más reciente de 7 de noviembre de 2016 y que es ampliamente transcrita, en cuanto que la sentencia afirma que la cuestión planteada

viene siendo objeto de múltiples controversias, la mayoría de ellas ya abordadas por esta Sala IV del Tribunal Supremo que ya ha sentado doctrina y establecido criterios

a los que se debe estar con relación con las consecuencias del cese de los trabajadores indefinidos no fijos del sector público, habiéndose resuelto que corresponde el abono de la indemnización al art. 49.1.c) del ET.

Pero, inmediatamente a continuación, la Sala expone que «*un examen más profundo de la cuestión*» (no se conocen más detalles de dicho examen, que ciertamente sería bueno conocer para analizar con conocimiento de causa el cambio de criterio del TS) le ha llevado a la aplicación de un criterio diferente sobre la cuantía de la indemnización, que va a traducirse en un «*nuevo criterio cuantitativo*», que será el del acogimiento de los 20 días de salario año (y no los 8 o más, hasta 12, anteriores en aplicación del art. 49.1.c) LET). Nuevo criterio que se construye a partir de la argumentación que se expone y analiza a continuación:

- a) En primer lugar, la Sala arguye que si bien la figura del trabajador con contrato indefinido no fijo es de construcción jurisprudencial, ya se encuentra recogida en la normativa aplicable al empleado público, actualmente el RDL 5/2015 de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. Al referirse a esta norma, y en concreto a los arts. 8.1 y 11.1, explica que los mismos

... nos muestran que la norma diferencia al personal laboral en función de la duración de su contrato en fijo, por tiempo indefinido o temporal, pues en otro caso no habría empleado el vocablo indefinido y sólo habría distinguido entre fijos y temporales, lo que conlleva que el personal indefinido no sea equiparable al temporal.

Al respecto, sorprende que esta argumentación se realice en esta ocasión y no se haya hecho con anterioridad, ya que los citados preceptos del EBEP datan de su originaria redacción de la Ley 7/2007 de 12 de abril. Por otra parte, esta construcción demuestra la dificultad jurídica de diferenciar entre trabajadores indefinidos no fijos y temporales en caso como el ahora enjuiciado, ya que el hecho de convocarse una plaza y poder significar la extinción del contrato del trabajador indefinido no fijo demuestra que su acercamiento al trabajador temporal es algo más que una mera hipótesis de trabajo, aunque se trate de una temporalidad que puede alargarse en el tiempo en razón de las circunstancias que posibiliten, o no, que la plaza «*provisionalmente ocupada*» salga a concurso para su acceso en régimen funcional.

- b) En segundo lugar, la Sala residencia el origen de esta modalidad contractual, y no le falta razón, «en un uso abusivo de la contratación temporal por parte de algún órgano administrativo», y destaca las diferencias entre la regulación fraudulenta de un contrato temporal en el sector privado y en el sector público (volvemos a la cuestión anterior de la di-

ficultad de diferenciar entre el trabajador «indefinido no fijo» y el «temporal»), ya que en el primero la normativa vigente dispone su conversión en contrato fijo ex art 15.3 y 5 de la LET (si bien el término «fijo» sólo se utiliza en el segundo apartado citado, no es menos cierto, o al menos así lo creo, que el término «indefinido» utilizado en el apartado 3 tiene una connotación equivalente), en el segundo no es posible que ello se produzca ya que el acceso a tal condición de fijeza requiere el acceso con cumplimiento y respeto de los principios constitucionales recogidos en el art. 103.3 de la CE y que lo han sido después en varios preceptos del EBEP, cuales son los de igualdad, mérito y capacidad.

En suma, la diferencia radicaría en que en caso de una contratación fraudulenta (me pregunto si sólo en origen o convertida en irregular por el paso del tiempo y el incumplimiento de los requisitos requeridos para proceder a la extinción de un contrato temporal)

no puede imponerse esa novación sancionadora de la relación jurídica, por cuanto se facilitaría, igualmente, un acceso fraudulento a un empleo público, al eludirse la aplicación de las normas que velan por el acceso a esos puestos funcionariales y laborales, mediante concursos públicos en los que se respeten los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Una tesis cierta, pero incompleta a mi parecer⁴.

- c) Vayamos al tercer argumento, que es consecuencia de los dos anteriores, y que por consiguiente no se formularía si no se hubieran expuesto, argumentado y resuelto en los términos que lo han sido. Si estamos en presencia de una modalidad contractual diferente por una parte de la del contrato temporal, y por otra de la del trabajador fijo, podemos preguntarnos, y así lo hace la Sala, cuál puede ser la indemnización a percibir por un trabajador que ve extinguida la relación laboral por cobertura reglamentaria de la plaza que ocupaba, y en este punto la Sala formula una tesis con la que sin duda se puede estar de acuerdo, y así es por mi parte, pero que nuevamente requeriría de una mayor argumentación jurídica. El hecho de que la extinción se produzca cuando estamos en presencia de un contrato no temporal, que tiene una indemnización actualmente fijada de 12 días de salario/año cuando se trata de un contrato

⁴ Es acertado el planteamiento del profesor Beltrán de Heredia al afirmar que la tesis es sólo parcialmente cierta *«porque una relación indefinida no fija también puede producirse en casos de contratación temporal lícita si se supera un determinado plazo de tiempo»*, tal como he apuntado con anterioridad, *«y también en casos de subrogación de empresa (reversión de servicios públicos)»*, un supuesto por cierto que cada vez más se está planteando por ayuntamientos surgidos de las elecciones municipales de mayo de 2015 que están gobernados por fuerzas políticas de izquierdas. <http://ignasibeltran.com/2017/04/10/que-es-un-indefinido-no-fijo-a-proposito-de-la-sts-28317/> (documento consultado el 22 de abril de 2017).

para obra o servicio o por necesidades de la producción, lleva a la Sala a pensar que tal cuantía *«parece insuficiente»* porque

... dadas las causas que han motivado la creación de esta institución, parece necesario reforzar la cuantía de la indemnización y reconocer una superior a la establecida para la terminación de los contratos temporales, pues el vacío normativo al respecto no justifica, sin más, la equiparación del trabajador indefinido-no fijo a temporal como hemos venido haciendo.

Es decir, por una parte el TS entona un «mea culpa» por no haber actuado de esta forma en casos anteriores (me pregunto si las sentencias del TJUE de 14 de septiembre de 2016, especialmente la del caso De Diego Porras, y los debates académicos, judiciales y mediáticos que han generado, no habrán tenido algo que ver, o mucho, con este cambio, aunque parece que esté casi prohibido citar al TJUE, a la espera, quizás, de nuevas sentencias que clarifiquen las dudas existentes), y por otra no tiene miedo alguno a convertirse en legislador, aunque sea bajo el argumento de que la normativa vigente debe llevar a diferenciar las indemnizaciones a percibir según que la extinción sea de un contrato indefinido no fijo o un contrato temporal.

- d) Por último, la Sala, tras recordar que el EBEP ha incorporado al marco normativo vigente la figura contractual del indefinido no fijo pero sin concretar elementos propios de su regulación, como podría ser, por lo que nos interesa en este caso concreto, el régimen extintivo, es del parecer que debe ser ella la que lo fije (es decir, ejerciendo tareas de legislador), y cree que estamos en presencia de un supuesto que puede encontrar puntos de comparación con otros regulados en la LET, cuales son las extinciones contractuales por causas objetivas, recogidas en el art. 52 de la LET y a las que la propia norma, en su art. 53.1, reconoce el derecho de quien vea extinguido su contrato a percibir una indemnización de 20 días de salario por año de servicio y un máximo de 12 mensualidades.

Pero..., el TS hila muy fino para llegar a la conclusión relativa a la fijación de la cuantía de 20 días, ya que no considera exactamente «encajable» esta extinción en algunas de las reguladas en el art. 52 LET, añadiendo que ese posible encaje *«sería complejo»*, sino *«asimilable»* a las mismas, es decir *«a las que el legislador considera como circunstancias objetivas que permiten la extinción indemnizada del contrato»*. Nuevamente nos quedamos con una tesis que altera las reglas del juego jurisprudenciales anteriores, y que, al margen del reconocimiento de su ajuste al marco normativo vigente, estatal y europeo (aunque reitero que parece que la Sala se haya impuesto la «autoobligación» de no citar la sentencia De Diego Porras), hubiera debido merecer una mayor explicación.

LAS PARTICULARIDADES DEL CONTRATO DE TRABAJO EN EL EMPLEO PÚBLICO

Peculiarities of the Work Contract in the Public Employment

ALBA GARCÍA TORRES

Profesora Ayudante Doctora
Universidad Complutense de Madrid

Orcid: 0000-0002-4826-5097
DOI: 10.1387/lan-harremanak.17928

Recibido el 3 de mayo de 2017
Aceptado el 17 de mayo de 2017

ABSTRACT

Las relaciones de trabajo en el ámbito de la Administración presentan diversas particularidades respecto del empleo privado, tanto a nivel individual como colectivo. Si bien son numerosos los estudios que se han realizado sobre la regulación en este sector, la mayoría de ellos se han limitado a las relaciones colectivas, o al marco general de regulación, desatendiendo las particularidades propias del contrato de trabajo que, en este contexto, proyecta especialidades a lo largo de toda la relación laboral, desde la contratación hasta las propias causas y vías de extinción del mismo.

Palabras claves: Contrato de trabajo, indefinido no fijo, periodo de prueba, despido improcedente.

The work relations in the Administration field present several distinctive features in relation to private employment, both at an individual and collective level. Although there are many studies about the regulation in this sector, most of them have just to do with the collective relations, or with the general framework of regulation, disregarding the peculiarities typical of the work contract, which, in this con-

text, projects specialities throughout all the work relation, from the moment of hiring to the causes and means for its termination.

Keywords: Work contract, indefinite non-permanent, trial period, wrongful termination.

SUMARIO

Sumario: 1. El marco jurídico-organizativo de la relación laboral y el contrato de trabajo. 2. El régimen del indefinido no fijo de plantilla: ¿Una nueva modalidad contractual? 3. El periodo de prueba: entre el libre desistimiento y la extinción causalizada. 4. El despido improcedente: los problemas de aplicación del artículo 96. 2 del EBEP. 5. Bibliografía.

1. El marco jurídico-organizativo de la relación laboral y el contrato de trabajo

El mandato constitucional contenido en el artículo 103 establece que la Administración debe servir siempre con objetividad a los intereses generales. De este precepto se deriva que su naturaleza es instrumental y que su existencia se concibe para llevar a la práctica las directrices y decisiones políticas que garanticen el cumplimiento de aquellos (Santamaría, 1991: 236). Por ello, se puede afirmar que la Administración es una organización que carece de legitimidad propia y, por ende, de libertad de actuación.

Estas especialidades se trasladan a su condición como parte interviniente en un contrato privado, en concreto, al contrato de trabajo. El empleador público no es una empresa privada, por lo que no goza de libertad de empresa (art. 38 Constitución Española, en lo sucesivo CE), y no se rige por la lógica del mercado. El objetivo esencial del empleo público debe ser pues la consecución del interés general, primando, por ello, el principio de servicio a los ciudadanos, que es el que debe regir en todo momento la organización y el comportamiento de sus integrantes. Con ello se quiere significar que todo el régimen jurídico del empleo público está destinado a conseguir el mejor servicio posible a los particulares, pues no es otra la razón de ser de las Administraciones Públicas como instituciones.

Se puede afirmar, por tanto, que la Administración queda al margen del mercado en la medida en que no busca el lucro económico, sino la producción de servicios esenciales para la comunidad, la redistribución de la renta, así como facilitar el crecimiento económico y la prosperidad de todos. De esta manera, la Administración debe prestar siempre los servicios que tiene encomendados, resulten o no rentables desde una perspectiva estrictamente económica. El cumplimiento de estas exigencias constitucionales conlleva la aplicación de los crite-

rios de igualdad, objetividad e imparcialidad en el servicio, así como la eficacia en la planificación, la evaluación y responsabilidad en la gestión y la jerarquía en la atribución y desempeño de las funciones (art. 1.3 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 lo sucesivo EBEP).

Para programar estos fines y recabar los medios con que obtenerlos la Administración se encuentra fuertemente vinculada a las exigencias impuestas por la normativa administrativa. Por ello, cuando actúa como empleadora, tiene un estatuto constitucional diferente al de los empresarios privados. Así pues, el empleo en el sector público debe explicarse como algo más que una mera reemisión a «*técnicas de organización*», referenciándolo a una «*adaptación de los poderes públicos a la evolución del sistema de economía libre de mercado, ateniéndose tanto a la función prestadora de servicios públicos o función administrativa como a la intervención en la actividad económica*» (Palomeque, 2006: 509).

Estas especialidades se proyectan a todos los ámbitos de la relación laboral, y afectan tanto a la selección y colocación, como a la celebración del contrato de trabajo, y el papel que este desempeña como fuente de regulación, así como a otros aspectos de la prestación de servicios, como puede ser la promoción, la movilidad e incluso a la extinción del mismo. También afecta a la fijación de las cuantías retributivas, ya que todos los empleados son retribuidos con fondos públicos y se encuentran vinculados a las disponibilidades financieras del Estado.

En lo que respecta a la contratación del personal a su servicio, las Administraciones Públicas no pueden actuar de forma arbitraria. El acceso al empleo público laboral, en cualquiera de las modalidades previstas, debe realizarse con arreglo a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad —art. 55.1 EBEP— (Rodríguez, 2008: 102-103). Por ello, deberá seleccionar a su personal de acuerdo con las previsiones de su Relación de Puestos de Trabajo, en lo sucesivo RPT (Nieves, 2011: 54 y Arias, 2011: 204), recogidas en una oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre (Jiménez, 2005/2006: 117-119). De un modo semejante, y por efecto del principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), la asignación de funciones y tareas o el reconocimiento de categorías, retribuciones o derechos no pueden ser decididos de manera arbitraria por ninguna autoridad o gestor público, y deben adecuarse a los instrumentos de ordenación previstos en cada Administración.

Por ello, hay autores que consideran que en el empleo público laboral es necesario distinguir entre el contrato de trabajo en sentido estricto —regido por el Derecho del Trabajo pero con las modulaciones introducidas por las leyes de contenido administrativo— y el marco organizativo, jurídico-administrativo, en las que esas contrataciones laborales se inscriben (Montoya, 2011: 20). En esta

línea se puede afirmar que el proceso previo a la celebración efectiva del contrato de trabajo es, en mayor medida que el acto mismo de contratación, la fuente del encuadramiento profesional y la configuración del límite de la movilidad funcional del empleado público.

Ese momento previo a la celebración efectiva del contrato de trabajo con la Administración se compone del cumplimiento de sucesivos estadios, como son la dotación presupuestaria, la inclusión del puesto en la RPT y en la correspondiente oferta de empleo público (De Sande, 2006: 238). La importancia de este procedimiento previo se pone de manifiesto en la medida en que su omisión conlleva que el contrato de trabajo no haya sido válidamente constituido. En efecto, si no se observa el procedimiento descrito se produce un defecto en la formación de la voluntad de la Administración empleadora. De tal modo que falta uno de los elementos fundamentales para que pueda entenderse existente la capacidad necesaria para contratar (De Sande, 2006: 260).

En lo que respecta al contrato de trabajo, en sentido estricto, el EBEP prevé que será *«personal laboral el que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas»* (art. 11.1). En este sentido, algún autor ha defendido que la exigencia de que el contrato de trabajo se celebre siempre por escrito no puede interpretarse como un requisito *«ad solemnitatem»*, sino como un mero trámite destinado a dar cobertura formal al trabajo prestado, en el cual los márgenes para la autonomía de la voluntad son escasos (De la Villa, 2007: 4).

Por tanto, parece que la regulación del contrato de trabajo se rige por el Título I del Estatuto de los Trabajadores. Aún así las especialidades del empleo público como sector introducen especialidades en la regulación del contrato de trabajo, especialmente en lo relativo a materias tales como el *«periodo de prueba»* (art. 14 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 lo sucesivo ET), contratación temporal irregular (art. 15 del ET), y extinción del contrato (art. 96 del EBEP). En efecto, el papel del contrato de trabajo en el ámbito de la Administración es muy residual pues está condicionado por la clasificación profesional establecida en el procedimiento de selección y por la especial incidencia en este ámbito del principio de igualdad y de legalidad.

También se introducen especialidades en lo relativo al objeto del contrato. Si en el ámbito privado la única limitación que se establece en este sentido es que el trabajo convenido sea lícito, posible y determinado (art. 1.271 del Código Civil, en lo sucesivo CC), en el ámbito público las eventuales posibilidades de contratación son más limitadas, ya que todas ellas deben someterse a las necesidades previstas en los distintos instrumentos de ordenación del personal.

Así, la organización del personal de cada Administración se refleja en su correspondiente RPT, que recoge los diversos puestos de trabajo fijos, así como su adscripción a un determinado cuerpo de funcionarios o de personal laboral. En este sentido, la consignación de un puesto de trabajo fijo en la RPT se establece como un requisito legal previo para la formación de ese contrato. De esta manera, los contratos de trabajo que no respondan a una necesidad recogida en el citado instrumento serán nulos, por entenderse que tienen un objeto ilícito o prohibido (Godino, 1996: 122). Del mismo modo, si un puesto asignado al personal funcionario en la correspondiente ley, y por ende en la RPT, es cubierto por personal laboral, se entenderá que esa contratación también es nula. Es más, una vez que se ha decretado el carácter funcional de un determinado puesto no es posible la contratación laboral de manera provisional, ni siquiera en los casos justificados de urgente necesidad. En estos supuestos la contratación laboral queda vedada y si existiera una urgente e inaplazable necesidad de cubrir una vacante se debe acudir a los sistemas previstos legalmente para la provisión de puestos de trabajo de funcionarios (STSJ de Castilla-León n.º 136/2008, de 2 de mayo).

Por otro lado, todos los empleados públicos se encuentran sometidos a un régimen común de incompatibilidades en el desarrollo de su actividad, que no se exige a los trabajadores privados, para los cuales rige el principio de libertad, ya sea a través del pluriempleo o de la pluriactividad. En concreto, se aplica a todos los trabajadores de la Administración la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del Personal al servicio de la Administración Pública, así como su reglamento de desarrollo, el Real Decreto 598/1985, de 30 de abril, sobre incompatibilidades del personal al servicio de la Administración General del Estado, de la Seguridad Social y de los entes y organismos y empresas dependientes.

2. El régimen del indefinido no fijo de plantilla: ¿Una nueva modalidad contractual?

En lo que respecta a las modalidades y duración del contrato, el EBEP prevé que será *«personal laboral el que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas»* (art. 11.1). Por tanto, el EBEP faculta a la Administración para hacer uso de cualesquiera modalidades de contratación prevista en el ET, tanto por tiempo indefinido, como temporales. A estos efectos, el EBEP prevé que *«en función de la duración del contrato éste podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal»*. En este contexto adquiere una especial relevancia el análisis de la contratación temporal, y de las eventuales irregularidades que se pudieran producir, así como sus consecuencias.

Como se sabe, el artículo 15.3 del ET presume realizado «*por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley*». Este artículo, que en principio alcanzaría también a la Administración, no se puede aplicar sin matizaciones, ya que si se hiciera de manera análoga al sector privado se estaría infringiendo, por un lado, el procedimiento previo requerido a la Administración para contratar y, por otro, se produciría una inobservancia de los principios constitucionales de mérito y capacidad.

Así lo entendió la jurisprudencia, que consideró que sin bien los artículos 15.3 y 5 del ET son aplicables en aquellos supuestos en los que el empleador fuera una Administración, sin embargo, no se puede declarar la fijeza del trabajador en el puesto, ya que la consolidación por el mero paso del tiempo, o por las irregularidades realizadas por la Administración, irían en contra de las normas legales sobre reclutamiento del personal laboral fijo, es decir, contravendrían los principios de mérito y capacidad.

Para dar respuesta a esta problemática el Tribunal Supremo acuñó la figura del «*personal indefinido no fijo de plantilla*», mediante la cual se otorgaba a los trabajadores contratados irregularmente la condición de indefinidos —pero no fijos— lo que suponía que estos dejaban de estar sometidos a un término temporal y su extinción solo podría realizarse por la cobertura o amortización de la plaza (20 de enero de 1998, 27 de marzo de 1998, 12 de junio 1998, 22 de septiembre de 1998, 26 de octubre de 1998 [rec. 317/1997; 295/1997; 4116/1997; 768/1998; 1247/1998]).

El resultado de esta jurisprudencia ha sido el reconocimiento legal de la figura, codificado en la actualidad en el artículo 11 del EBEP, que distingue entre personal laboral «*fijo*», personal «*temporal*» y personal «*por tiempo indefinido*» (Rodríguez, 2008: 128-132 y Rodríguez, 2010: 33-42).

Sin embargo, el EBEP no ha establecido una regulación específica para este personal, y se ha limitado a su mero reconocimiento, lo que ha planteado dudas sobre extremos tan importantes como las consecuencias tras la amortización de estos puestos de trabajo. Como se sabe, la consecuencia más inmediata de la amortización es la extinción de la relación laboral, y si bien este hecho no resulta controvertido, la manera jurídica de articular tal extinción sí que ha sido debatida en la sede judicial.

En un estadio inicial, el Tribunal Supremo entendió que cuando se reconoce una relación como indefinida pero no fija, lo que se está constituyendo es un contrato sometido a una condición resolutoria, cuyo cumplimiento determina la extinción del contrato. Si bien ordinariamente dicha condición es la cobertura reglamentaria de la vacante, también debería aplicarse a los supuestos en que el puesto desempeñado desaparece por amortización. No sería necesario pues, para proceder a la extinción de estos contratos, recurrir a las modalidades

de los artículos 51 y 52 del ET, sino que, al concurrir la causa, se produce automáticamente la extinción, conforme a lo previsto en el artículo 49.1.b), del Estatuto de los Trabajadores, y al 1.117 del CC.

El Tribunal Supremo entendió en esta etapa que la amortización actuaba de forma directa, por lo que no era necesario articular la extinción del contrato a través de una causa económica, presupuestaria u organizativa, que justificara un despido objetivo (art.52. e del ET). En este sentido, la amortización suponía el cumplimiento anticipado de la condición, ya que se impedía su posterior cobertura (SSTS 22 de julio de 2012; 21 de enero de 2014; 14 de abril de 2014; 13 de mayo de 2014 [rec. 1380/2012; Rec. 1086/2013]).

Sin embargo, el RD-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral —posteriormente Ley 3/2012—, introdujo la posibilidad expresa de aplicar el despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción al sector público (disposición adicional del ET)¹, lo que propició un cambio en la doctrina judicial —inicialmente en tribunales de ámbito inferior (STSJ de Castilla y León n.º 458/2013, de 26 de septiembre y STSJ de Madrid n.º 297/2014, de 7 de abril)— que finalmente también fue asumida por el Tribunal Supremo (STS 24 de junio de 2014 [rec. 217/2013] y 14 de julio 2014 [rec. 2057/2013]).

En este sentido, el Tribunal Supremo entendió que los contratos de los trabajadores indefinidos no fijos son contratos de duración determinada, cuya extinción se determina por la cobertura de la vacante a través de los procedimientos ordinarios, y ni la norma, ni el contrato contemplan otra causa de extinción del mismo (Purcalla, 2014: 63-64). No se puede considerar que se trate de un contrato sujeto a condición resolutoria, sino un contrato cuya duración está sujeta a un plazo indeterminado que necesariamente llegará, máxime cuando al tratarse de plazas de personal laboral fijo las vacantes deben estar incluidas en la correspondiente Oferta de Empleo Público, en lo sucesivo OEP. De esta manera, si se quiere proceder a la extinción de estos contratos por una causa distinta debe acudir a una de las fórmulas previstas en el ET, y la amortización de puestos solo podría subsumirse en las previsiones del despido objetivo, por causas económicas, técnicas u organizativas [art. 52. 2) ET] (Molina, 2014: 55-80; De Sande, 2014: 234-261 y Esteban, 2014: 147-164).

Aún así, el Tribunal Supremo ha complicado aún más la naturaleza jurídica de esta modalidad contractual al contradecir su propia doctrina en dos recientes sentencias. La STS 28 de marzo de 2017 (rec. 1664/2015) afirma que los trabajadores indefinidos no fijos no pueden asimilarse a los contratos tem-

¹ Actualmente, disposición adicional decimosexta del Real Decreto *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*.

porales, ya que el legislador ha diferenciado entre ambas modalidades contractuales en el propio texto del EBEP. Sin embargo, la STS 30 de marzo de 2017 (rec. 961/2015) vuelve a declarar la naturaleza temporal de dichas contrataciones.

Por último, hay que resaltar que el legislador ha tratado de minimizar la utilización irregular de la contratación laboral en la Administración Pública. Para ello, se ha introducido en la disposición adicional trigésimo quinta del Proyecto de Presupuestos Generales del Estado la exigencia de responsabilidades en las Administraciones Públicas por la utilización de la contratación laboral irregular. En este sentido, se prevé que

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

Además, se establece que

los órganos competentes en materia de personal en cada una de las Administraciones Públicas y en las entidades que conforman su Sector Público Instrumental serán responsables del cumplimiento de la citada normativa, y en especial velarán para evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal que pueda dar lugar a la conversión de un contrato temporal en indefinido no fijo. Asimismo, los órganos de personal citados no podrán atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal, ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva, salvo cuando ello se derive de una resolución judicial.

Las actuaciones irregulares en la materia darán lugar a la exigencia de responsabilidades a los titulares de los órganos competentes en materia de personal.

3. El periodo de prueba: entre el libre desistimiento y la extinción causalizada

Las peculiaridades en el acceso al empleo público, y el debido respeto a los principios de mérito y capacidad, han planteado un debate acerca de la licitud del periodo de prueba en este ámbito, ya que parece difícil conjugar las exigen-

cias constitucionales al respecto, con la posibilidad de rescindir el contrato de manera unilateral y sin necesidad de alegar causa alguna. Cabe señalar que durante el periodo de prueba no es que solo se permita el libre desistimiento, sino que, además, este no tiene porque presentar ningún tipo de requisito formal, ni tiene porque estar motivado (Fernández, 2014: 15-16).

A pesar de que este tema ya había sido debatido en la doctrina con anterioridad a la entrada en vigor del EBEP (Bodas, 2000: 262-265), este no recoge ninguna previsión expresa acerca del periodo de prueba. Aun así, esta posibilidad podría desprenderse de algún precepto del citado Estatuto, ya que todos los artículos que regulan la selección de personal están orientados a tratar de asegurar la objetividad y racionalidad de los procesos de acceso al empleo público, permitiendo pruebas adicionales a las que estrictamente componen el proceso selectivo. Así, el artículo 61.5 del EBEP —«Sistemas Selectivos»—, prevé que *«para asegurar la objetividad y la racionalidad de los procesos selectivos, las pruebas podrán completarse con la superación de cursos, de periodos de prácticas, con la exposición curricular por los candidatos, con pruebas psicotécnicas o con la realización de entrevistas»*.

Más concretamente, el Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado, recoge que *«transcurrido el periodo de prueba que se determine en cada convocatoria el personal que lo supere satisfactoriamente adquirirá la condición de personal fijo»* (art. 33.2)².

La implantación del periodo de prueba en el ámbito de la Administración Pública suscita tres cuestiones fundamentales. Por un lado, cabe plantearse la licitud del pacto en este ámbito. Por otro, si una vez aceptada su existencia es posible su ejercicio en todos los contratos laborales, y sin necesidad de ningún requisito adicional, como la consignación previa en la convocatoria. Y, por último, cuál es el órgano encargado de adoptar la decisión extintiva al amparo de este pacto, y si esta debe ser motivada (Ramos, 2011: 618-619).

Respecto a la existencia del periodo de prueba, la mayoría de las resoluciones judiciales han entendido que su inclusión no vulnera el derecho fundamental de acceso a las funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad (art. 23.2 CE), pues la superación del proceso de selección no garantiza la permanencia de

² En un sentido análogo, el artículo 32 de la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía, establece que *«los puestos de trabajo que vayan a ser desempeñados por personal laboral serán ocupados mediante contrato indefinido de tal carácter, con periodo de prueba que marque la legislación general, y formalizado necesariamente por escrito»*, y la Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la Función Pública Canaria, que prevé que *«los puestos de trabajo que vayan a ser desempeñados por personal laboral deberán estar determinados en las relaciones de puestos de trabajo. A dicho personal se le aplicarán las fórmulas legales de contratación laboral, incluido el periodo de prueba»*.

la relación laboral, la cual puede ser extinguida conforme a las normas de Derecho de Trabajo, entre ellas el periodo de prueba —STSJ de la Comunidad de Madrid n.º 843/2007, de 18 de diciembre— (Campos, 2011: 65-67).

Aun así, existe algún pronunciamiento que descarta esta posibilidad, al entender que la imposición de un periodo de prueba conlleva que quede al libre arbitrio de la Administración la efectividad de la contratación, situación que sería contraria a una valoración objetiva y adecuada a los principios de mérito y capacidad (STSJ de Castilla la Mancha n.º 1239/1996, de 30 de noviembre [rec. 1130/1996]).

Sin embargo, y aun aceptándose su licitud, no se puede aplicar el artículo 14 del ET sin precisiones o matizaciones. En efecto, si el periodo de prueba se articulara en los mismos términos en los que se desarrolla en el ámbito privado, se estaría permitiendo que la Administración considerase que el trabajador no reúne la idoneidad para desarrollar el puesto y, por tanto, rescindiera el contrato, sin necesidad de justificar dicha decisión, y en contra de la opinión del Tribunal de selección que sí que lo consideró apto. Pudiendo producir estas situaciones una merma sobre los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo público.

La existencia del periodo de prueba en este ámbito conlleva la aceptación de que este cumple una finalidad distinta, y compatible, con la asignada al proceso selectivo, porque sino su inclusión sería reiterativa y carecería de operatividad real. En efecto, el proceso selectivo se dirige a la elección del mejor candidato, y esta decisión tiene que confrontarse con el día a día del trabajo, pues solo entonces será posible determinar la adecuación y aptitud del trabajador a las específicas tareas asignadas, su buena respuesta ante ellas y el cumplimiento de las expectativas puestas por el empresario (STSJ del Principado de Asturias n.º 4133/2003, de 26 de diciembre³). Entendido de esta manera, el periodo de prueba se constituye como una prolongación del proceso selectivo, en el que se pueden valorar aspectos tan variados como la adaptación del trabajador al medio, su actitud en el trabajo y su integración en el equipo (Ramos, 2011: 619-621).

En este sentido, se podría afirmar que la rescisión del contrato durante el periodo de prueba en el ámbito de la Administración Pública se asemeja más al concepto de «extinción causalizada» que al de «libre desistimiento», más propio del ámbito privado. En efecto, la doctrina laboralista se ha decantado por entender que en el periodo de prueba del sector privado rige el libre desistimiento, por lo que el juicio de idoneidad que realiza la empresa se basa en razones de confianza y que, por tanto, es personalísimo e incontrolable, sin que sea posible exigir que la decisión se someta a parámetros de verificación y control.

³ Rec. 2314/2003.

Sin embargo, la extinción causalizada obligaría al empresario a realizar un «juicio de aptitud», en el que la única función del periodo de prueba es conocer los datos relativos a las competencias y habilidades profesionales del trabajador, o su puesta en práctica mediante la realización de la actividad laboral y, a lo sumo, aquellos rasgos de la personalidad del trabajador que tuvieran incidencia en su rendimiento profesional, mas solo en la medida estrictamente indispensable para verificar su adaptación a la atmósfera de la empresa y a los requerimientos profesionales del puesto. Además, en este marco, el periodo de prueba no se considera un instrumento idóneo para comprobar la preparación teórica del trabajador, que se examinaría a través de otros mecanismos de indagación de sus méritos y capacidades (Martín, 1976: 111 y 149-151).

De este modo, el juicio sobre las aptitudes del trabajador ya no sería una mera valoración de confianza, sino una operación intelectual objetiva y susceptible de control, de manera que siempre sería posible determinar si el cese del trabajador responde efectivamente a su falta de capacidad conforme a criterios o cánones objetivos (Fernández, 2014: 28-29). Como se puede observar, el planteamiento de la «extinción causalizada» encaja mejor en el ámbito de las relaciones laborales de la Administración Pública. En primer lugar, porque la exigencia de un juicio de idoneidad, asegura el respeto de los principios de mérito y capacidad, sin que sea posible que la Administración los vulnere en este estadio. Y, en segundo término, porque esta doctrina se adecua al procedimiento seguido en el ámbito público, en el que los medios de indagación de los conocimientos teóricos se reservan al proceso selectivo, mientras que la finalidad del periodo de prueba se reduce a comprobar la adecuada adaptación y desarrollo de la actividad laboral por parte del trabajador seleccionado. Además, esta concepción del periodo de prueba, en el que se vierte un juicio objetivo y externamente verificable, explicaría, a su vez, la exigencia de que la decisión extintiva fuera motivada, requisito que se impone en el ámbito público.

A pesar de que la licitud del periodo de prueba no resulta ya controvertida, la doctrina sí que condiciona su existencia a que haya sido previsto de manera expresa en la correspondiente convocatoria (Boltaina, 2007: 3066-3071). También esta exigencia se desprende de las escasas regulaciones normativas existentes, como por ejemplo, el citado artículo 33.2 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, que establece que «*transcurrido el periodo de prueba que se determine en cada convocatoria (...)*». Por tanto, no sería posible incorporar el periodo de prueba posteriormente a la publicación de la convocatoria y de manera discrecional por parte de la Administración (Ballester, 1995: 35-37). En este mismo sentido, la jurisprudencia ha anulado los periodos de prueba cuando la convocatoria preveía expresamente la incorporación definitiva del empleado laboral al puesto de trabajo una vez finalizado el proceso selectivo (STSJ de Navarra, de 10 de enero de 1991 [As 1991/225]).

Sin embargo, todavía no se ha alcanzado unanimidad respecto a qué órgano debe de ser el encargado de tomar, en su caso, la decisión extintiva. Así, hay pronunciamientos que entienden que el órgano encargado de tomar la decisión debe ser la comisión de selección, para garantizar que se cumplen los principios de mérito y capacidad. Sin embargo, otros entienden que el encargado debe de ser la propia Administración empleadora.

En la primera dirección, la STSJ de Madrid n.º 107/2007, de 7 de febrero, consideró que trasladar a la Administración la facultad de decidir si el trabajador ha superado el periodo de prueba es tanto como convertir en «*estéril*» y «*superfluo*» todo el proceso selectivo y la propia función del tribunal. Por ello, rechaza que la Administración sea la competente para dar por resuelto el contrato, y atribuye tal potestad al Tribunal u órgano selectivo, instituyéndose el periodo de prueba como la última fase del proceso. De esta manera, prosigue el tribunal, se salvaguarda el respeto a los principios de mérito y capacidad.

No obstante, esta solución no es pacífica, y hay autores que consideran que la exigencia de que la decisión se atribuya al órgano de selección no se corresponde con la distinta finalidad que, como se vio, ostentan el procedimiento de selección y el periodo de prueba (Ramos, 2011: 622).

Entendido de esta manera, ambas figuras responden a dos momentos distintos, uno el selectivo, el cual persigue la elección del aspirante más capaz entre todos los presentados y otro, que nace con la prestación de servicios, y que está orientado a comprobar la idoneidad del trabajador seleccionado para el puesto de trabajo. Si se asume esta distinción lo lógico es que la decisión de extinguir el contrato corresponda a la Administración, más en concreto el superior jerárquico del trabajador, que es el único que se encuentra en disposición de valorar el trabajo desarrollado por el empleado público.

En este sentido, jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo ha avalado que sea la propia Administración la que decida la extinción del contrato, al entender que

no es contrario a los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad e interdicción de la arbitrariedad el que sea la propia empresa y no el Tribunal calificador el que decide si el trabajador ha superado o no el periodo de prueba. Únicamente en el supuesto de que quedase acreditado que la decisión sobre no superación del periodo de prueba es contraria a los preceptos constitucionales proclamados en el artículo 103 de la Constitución, procedería a declararse su nulidad (...) (STS de 3 de diciembre de 2013 y 23 de enero de 2014 [rec. 2858/2012 y 1181/2013]).

En todo caso, lo que si resulta unánime es la necesidad de que la decisión extintiva, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito privado, sea motivada, ya que en caso contrario se desvirtuarían los mandatos constitucionales sobre el acceso al empleo público. En efecto, la decisión extintiva debe respetar —tanto en

la forma, como en el contenido— la interdicción de la arbitrariedad, así como la sujeción al principio de legalidad y, sobre todo, asegurar que no se lesione el derecho fundamental a la igualdad en el acceso al empleo público, lo que exige tanto la forma escrita del acuerdo resolutorio, como una motivación suficiente.

En este sentido, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas prevé en su artículo 35.1.a) y i), la exigencia de motivar suficientemente los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos, así como aquellos que sean una manifestación de un poder discrecional. A mayor abundamiento, el artículo 35.1.c) de la Ley 39/2015 establece la obligación de motivar aquellos actos que «*se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes*». De esta manera, se podría entender que la decisión extintiva de la Administración durante el periodo de prueba se ajusta a las previsiones de este precepto, en la medida en que lo que hace el órgano administrativo al desistir del contrato es separarse del criterio seguido por el tribunal de oposición, en concreto, de la propuesta de contratación de la comisión de selección, que consideraba al trabajador idóneo para desarrollar el puesto conforme a los principio de mérito y capacidad (Campos, 2011: 72-73).

La necesidad de motivación se fortalece si se tiene en cuenta que la extinción podría estar contraviniendo el principio de igualdad en el acceso al empleo público, ya que es contraria a la opinión de la comisión de selección, que consideró que el trabajador era idóneo conforme a los principios de mérito y capacidad. Esta idea reforzaría la interpretación antes expuesta de que la extinción durante el periodo de prueba en el ámbito del empleo público responde a una concepción de «*extinción causalizada*» en vez del libre desistimiento, típico de la figura en el empleo privado.

Además, cabe recordar que ningún empleador, tampoco los privados, puede proceder a un desistimiento durante el periodo de prueba por una causa discriminatoria de las tipificadas en el artículo 14 de la CE y en el artículo 17 del ET (Ballester, 1995: 50-53). En este sentido, la exigencia de motivación impuesta a la Administración dificulta que la decisión de desistir del contrato tenga su razón real en una causa de discriminación o se hubiera practicado con vulneración de derechos fundamentales (Fernández, 2014: 27).

4. El despido improcedente: los problemas de aplicación del artículo 96.2 del EBEP

Por último, también hay que señalar las especialidades relativas a la extinción del contrato de trabajo. El EBEP no contiene ninguna referencia a su extinción en la Administración Pública, con la sola excepción del despido discipli-

nario declarado improcedente (art.96.2 EBEP) y, por tanto, serán de aplicación las causas previstas en el ET.

No obstante, las causas de extinción previstas en el ET están pensadas para empresas privadas, regidas por el principio de libertad de empresa (art. 38 de la CE), y que se encuentran orientadas a la consecución de un beneficio económico. Sin embargo, las Administraciones Públicas tienen como fundamento de actuación el servicio a los ciudadanos y a los intereses generales, así como la obligación de guardar y respetar los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso y la promoción profesional, por lo que no parece apropiado aplicar unas reglas pensadas para empresarios que actúan en un mercado regido por la libertad de empresa, y cuyo fin es la obtención de beneficios.

Los diferentes principios perseguidos por la Administración respecto del empresario privado hubieran justificado la inclusión de alguna referencia a las causas de extinción de la relación laboral en el EBEP, en especial en relación con el despido por causas económicas, organizativas, técnicas o de producción o el cese de los trabajadores indefinidos no fijos de plantilla (Aguilera, 2011: 318).

Aun así, las sucesivas reformas laborales acaecidas tras la aprobación del EBEP han ido matizando la posición de la Administración en las extinciones contractuales, al menos respecto de los despidos colectivos. Si bien la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, no despejaba las dudas sobre la licitud de su utilización en el sector público, tampoco la prohibía de manera expresa. No fue hasta la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, cuando se introdujo expresamente la posibilidad de llevar a cabo despidos objetivos en la Administración Pública, desarrollado el procedimiento en el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despidos colectivos y de suspensión de contratos y reducción de jornada (Purcalla, 2014: 41-49).

También hay que destacar ciertas especialidades que se plantean en relación con el despido disciplinario del personal laboral fijo. Aunque este en principio se rige por lo expuesto en el ET (art. 54), el EBEP establece consecuencias diferentes a las previstas en el ET en aquellos supuestos en los que el despido sea declarado improcedente⁴.

En efecto, el EBEP prevé que en aquellos supuestos en los que el despido disciplinario de un empleado laboral fijo sea declarado improcedente se pro-

⁴ Para un análisis sobre las consecuencias de la declaración de improcedencia de un despido en el ámbito de la Administración Pública y su tratamiento por la doctrina científica y judicial anterior a la aprobación del EBEP, *vid.* Sánchez (2010: 153-159).

cederá a su readmisión (art. 96.2), perdiendo así la Administración la facultad otorgada ordinariamente al empresario (art. 56.1 del ET) de optar entre la readmisión o el pago de una indemnización en tales casos (García, 2011: 343-359 y Montoya, 2008: 516).

La decisión de esta supresión se fundamenta en el estatuto constitucional de la Administración, mediante el cual la actuación administrativa debe de estar orientada siempre a la consecución del interés general, con sometimiento pleno a la ley y al derecho, lo que impide que sea permisible la existencia de una decisión no ajustada a Derecho, como es la de un despido declarado improcedente⁵.

Esta medida es coherente con los principios constitucionales que informan el acceso al empleo público (art. 23.2 de la CE), ya que el citado derecho se extiende también al derecho a permanecer en las mismas condiciones previstas para el acceso. Por esta razón, la Administración no puede decidir discrecional y unilateralmente el cese de un trabajador una vez demostrado el mérito y la capacidad requeridos para desarrollar el puesto de trabajo, mediante la superación de las correspondientes pruebas selectivas, sino hay una razón que lo justifique (López, 2009: 345). Es necesario resaltar que el artículo 96.2 del EBEP no ha trasladado al trabajador el derecho de elección de los despidos improcedentes, como recogían diversos convenios del sector antes de la entrada en vigor del EBEP, sino que ha fijado como consecuencia inexorable su reincorporación (Gascón, 2012: 83-93).

La doctrina ha destacado que el artículo 96.2 del EBEP es una norma de Derecho necesario absoluto, por lo que no cabe que la negociación colectiva altere dicho régimen jurídico y otorgue la opción entre la readmisión o la indemnización al trabajador (Vivero, 2007: 72). Por tanto, tras la entrada en vigor del EBEP todas las cláusulas convencionales que otorgaban la capacidad de elección al trabajador estarán viciadas por una nulidad sobrevenida. Sin embargo, existen pronunciamientos del Tribunal Supremo discrepantes, que parecen acercarse más a una postura contraria, y entender que el artículo 96.2 del EBEP es disponible para la negociación colectiva. En concreto, la STS 2 de febrero de 2009 (rec. 7828/2008) estableció que el artículo 96.2 del EBEP «*es una regla de carácter general que queda sin efecto cuando un convenio colectivo dispone lo contrario, al remitirse el propio EBEP en su artículo 7 a la legislación laboral en general*».

A pesar de que exista alguna opinión discrepante, la doctrina —incluso con anterioridad a la entrada en vigor del EBEP— mayoritariamente entiende que el despido improcedente en el ámbito de la Administración Pública debe de ser considerado radicalmente nulo, ya que, al tratarse de un despido sin causa se

⁵ Esta propuesta ya se recogía en el informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado, *vid. Informe para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*, 25 de abril de 2007, pág. 140.

vulnera el principio de igualdad, al que la Administración se encuentra vinculado positivamente (Del Saz, 1995: 80).

Además, la indemnización derivada de un despido improcedente resultaría contraria al principio de legalidad presupuestaria. Como se sabe, la legalidad presupuestaria recoge los gastos que cada Administración tiene autorizados en cada ejercicio presupuestario, sin que se puedan rebasar los topes máximos establecidos, si bien se admite la asunción de gastos derivados de la ejecución de sentencias condenatorias. Sin embargo, esta excepción no es predicable en aquellos casos en los que la condena deriva de un acto volitivo⁶ y arbitrario (Palomar, 2011: 744).

En la legislación laboral general, cuando un despido es declarado improcedente, se está reconociendo la acausalidad de la decisión y, por tanto, se está permitiendo que el empresario actúe, más que de manera discrecional, de manera arbitraria, en la medida en que la discrecionalidad supone elegir entre varias opciones lícitas la que más convenga y, sin embargo, el despido sin causa es una infracción del ordenamiento. Por tanto, se puede decir que, con carácter general, el ET otorga a los empresarios privados una cierta capacidad de arbitrariedad a este respecto, ya que permite mantener su decisión de prescindir de los servicios de un determinado trabajador a pesar de que haya sido declarado improcedente (Toscani, 2007: 53).

Sin embargo esta posibilidad está prohibida en el ámbito de la Administración Pública, por el art. 9.3 de la CE, que de manera expresa recoge la interdicción de la arbitrariedad (López, 2009: 345). En efecto, la discrecionalidad es legítima, mientras que la arbitrariedad está constitucionalmente prohibida. Por ello, se exige a la Administración que motive sus decisiones discrecionales, como demostración de que no se trata de la mera voluntad de quien las emite, aprovechando el espacio que la ley deja libre, sino que son el resultado consciente de una elección racional, sostenida por razones objetivas, consistentes con la realidad y externamente verificables (Fernández, 2012: 146-147).

No obstante, esta previsión solo es aplicable a los trabajadores fijos en los casos de despido disciplinario improcedentes, pero no es de aplicación a los despidos objetivos improcedentes, ni al personal laboral temporal (Miñambres, 2001: 150). La exclusión de estos supuestos no parece encontrar justificación constitucional alguna (Sala, 2007: 2417), pues como ya se dijo, todo despido declarado improcedente supone una infracción del ordenamiento jurídico que la Administración tiene prohibida por la Constitución (art.9.3). En este sentido se había pronunciado la Comisión de expertos, que abogaba por la supresión del despido

⁶ No obstante, cabe señalar que no todos los supuestos en los que un despido ha sido declarado improcedente conllevan que la Administración haya actuado de manera arbitraria, ya que la declaración de improcedencia puede haberse producido por una mera cuestión de procedimiento o forma.

improcedente en el sector público. Por esta razón, la propuesta no se planteaba en el capítulo dedicado al régimen disciplinario, sino en lo relativo a la extinción de la relación de empleo público, tanto de funcionarios como de laborales⁷.

En lo que respecta al despido improcedente de personal laboral fijo, pero no disciplinario, una parte de la doctrina aboga por una interpretación extensiva del artículo 96.2 del EBEP. Así, los partidarios de esta interpretación entienden que la el artículo 96.2 del EBEP debe aplicarse a todos los casos de despido improcedente, en la medida en que así se deriva de las exigencias constitucionales y, además, porque con carácter general el régimen jurídico del despido disciplinario improcedente se aplica supletoriamente a cualesquiera decisiones empresariales extintivas injustificadas y carentes de cauce de impugnación judicial propio (Vivero, 2007: 72-74). Sin embargo, los pronunciamientos judiciales existentes hasta el momento descartan la posibilidad de extender la readmisión más allá del despido disciplinario, bajo el fundamento del tenor literal de la norma, expresivo de la voluntad del legislador (STSJ de Islas Canarias, n.º 1483/2008, de 30 de octubre y STSJ de Cataluña, n.º 6062/2014, de 19 de septiembre) (Sánchez, 2010: 163).

Por su parte, en el caso de los trabajadores temporales la dudas de constitucionalidad se plantean por una doble vía. Por un lado, por la ya referida infracción del artículo 9.3 de la Constitución y el mandato de interdicción de la arbitrariedad y, por otro, por una vulneración del principio de igualdad respecto de los trabajadores fijos (art.14 CE). Sin embargo, en este caso la doctrina descarta la posibilidad de proceder a una interpretación extensiva del artículo 96.2 del EBEP y aboga por una intervención de la negociación colectiva para equiparar el régimen al de los despidos improcedentes del personal laboral fijo (Vivero, 2007: 75). Así lo ha entendido también la negociación colectiva y la jurisprudencia. En este sentido, la STSJ de Andalucía n.º 1179/2013, de 20 de junio reconoce la obligatoriedad de reincorporar a un trabajador cuyo despido disciplinario había sido declarado improcedente no por aplicación del art. 96.2 del EBEP que, insiste la sentencia, solo rige para el personal fijo, sino por aplicación del convenio colectivo del personal laboral de la Junta de Andalucía. En concreto, el artículo 46.4 del citado convenio traslada la opción entre la readmisión y la indemnización en caso de despido improcedente al trabajador.

Debe recordarse que la doctrina constitucional sobre el derecho de igualdad ha determinado que el artículo 14 de la Constitución incluye

una cláusula general de igualdad, habiendo sido configurado este principio general de igualdad como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual,

⁷ *Vid.* Informe para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, de 25 de abril de 2005, pág. 127.

que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias jurídicas entre ellos, tenga que existir una justificación de tal diferencia que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable de acuerdo con criterios jurídicos de valor generalmente aceptados y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas (STC 200/2001, de 4 de octubre; 9/2002, de 14 de febrero; 214/2006, de 3 de julio; 3/2007, de 15 de enero; 233/2007, de 5 de noviembre; 59/2008, de 14 de mayo).

En palabras de la STC 22/1992, de 14 de febrero

los condicionamientos y límites que, en virtud del principio de igualdad, pesan sobre el legislador se cifran en una triple exigencia, pues las diferenciaciones normativas habrán de mostrar, en primer lugar, un fin discernible y legítimo, tendrán que articularse, además, en términos no inconsistentes con tal finalidad y deberán, por último, no incurrir en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir a los diferentes grupos y categorías derechos, obligaciones o cualesquiera otras situaciones jurídicas subjetivas.

Requisitos que no parece que se cumplan en la exclusión del personal temporal del artículo 96.2 del EBEP.

Esta problemática acerca de la adecuación constitucional del artículo 96.2 del EBEP ha llegado a los tribunales. En concreto, las SSTSJ de Castilla-La Mancha n.º 781/2009, de 8 de mayo, y n.º 782/2009, de 11 de mayo, estimaron los recursos de suplicación interpuestos contra dos sentencias de instancia que habían condenado a la Administración a la readmisión obligatoria en un supuesto de despido improcedente de un trabajador temporal, considerando que su exclusión del artículo 96.2 era inconstitucional. El TSJ de Castilla-La Mancha estimó los recursos alegando que mientras no se plantee una cuestión de inconstitucionalidad que confirme la vulneración del texto constitucional, no cabe sino aplicar el artículo 96.2 del EBEP en su tenor literal⁸.

Más allá de este argumento formal, el TSJ de Castilla-La Mancha considera que las diferencias entre ambos colectivos —indefinidos y temporales— no pueden considerarse injustificadas o irrazonables desde el momento en que para los

⁸ Finalmente la cuestión de inconstitucionalidad ha sido planteada por el Auto de 16 de marzo de 2011 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (rec. 2071/2010). El Tribunal planteó la cuestión de constitucionalidad, ya que consideró que el artículo 96.2 del EBEP podría vulnerar el artículo 14 de la Constitución. En concreto, el TSJ de Castilla y León entendió que el derecho de opción entregado a los empresarios privados solamente se encuentra limitado por la prohibición de discriminación o por represalia contra el ejercicio de los derechos fundamentales, pero en los casos en los que el empleador es una Administración Pública esta se halla limitada en el ejercicio de su opción por un principio mucho más exigente, como es el de interdicción de la arbitrariedad, que impone una obligación de respetar la igualdad ante la Ley, lo que constitucionalmente concede a las personas un derecho subjetivo de alcanzar de los poderes públicos un trato idéntico para supuestos iguales.

trabajadores fijos la readmisión obligatoria garantiza la estabilidad en el empleo que, conforme a la opinión del Tribunal, es propio de su vinculación, mientras que para el personal temporal la permanencia en el puesto no constituye un elemento definitorio de la relación, lo que a su juicio justifica que al legislador no le haya parecido oportuno privar a la Administración empleadora de la facultad de opción que legalmente tiene reconocida (art. 56.1 ET).

Este argumento esgrimido por el Tribunal debe descartarse, ya que a pesar de que los trabajadores temporales no tengan como nota definitoria de su vinculación la permanencia en el puesto de trabajo, sí tienen derecho a que su contrato se cumpla en toda su extensión temporal, sin que pueda quedar al arbitrio de la Administración Pública, que debe actuar en todo caso con objetividad y sometimiento pleno a la legalidad, anticipar su terminación (Campos, 2011: 138-140).

Además, este trato injustificado entre el personal laboral fijo y temporal puede contravenir el Derecho de la Unión Europea, en concreto, la Directiva 1999/70/CE, del Consejo de 28 de junio, sobre el trabajo de duración determinada. El alcance de esta directiva se cuestionó en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión, caso Gavieiro, de 22 diciembre de 2010 (asuntos acumulados C-444/09 y C-456/09) —un asunto además de procedencia española tras la aprobación del EBEP—, que dictaminó que los trabajadores con contratos de duración determinada no pueden ser tratados de manera menos favorable que los trabajadores fijos que se encuentren en una situación comparable si no existe una causa justificada. El Tribunal añadió, a este respecto, que el hecho de que exista una disposición legal que imponga diferencias entre ambos colectivos no es de por sí una causa lícita para profesar un trato desigual entre ambos colectivos. La sentencia recalcó, además, que aunque una norma nacional no establezca que es transposición de una directiva, si materialmente lo es, tiene a todos los efectos tal consideración (Nogueira, 2011: 6-7).

Más recientemente, la Sentencia de 14 de septiembre de 2016, caso De Diego Porras (asunto C-596/14), prohíbe la desigualdad entre las indemnizaciones por despido del personal laboral fijo y el temporal. Si bien el supuesto de hecho formulado es diferente, ya que se trata de supuestos de despidos por causas objetivas, si que parece que el Derecho de la Unión Europea aboga por la eliminación de todas las diferencias de trato entre trabajadores temporales y permanentes que no tenga una causa justificada.

No obstante, hay autores que abogan por el mantenimiento de esta diferencia de trato entre el personal laboral fijo y el temporal en cuanto a su estabilidad en el empleo, al entender que es una consecuencia derivada de la diferencia de los procesos selectivos, siendo el del personal laboral fijo mucho más exigente que el del personal laboral temporal, en el que los principios de mérito y capacidad se aplican pero de manera menos intensa (Sánchez, 2010: 164).

Aun aceptando esta premisa, el distinto trato entre el personal laboral temporal y el fijo seguiría planteando dudas de constitucionalidad. Si bien se podría descartar la tacha antes vista por vulneración del principio de igualdad, al entenderse que el distinto trato estaría justificado, no pasaría igual respecto del necesario sometimiento de la Administración a los principios constitucionales, ya que estos vinculan a la Administración en cuanto sujeto de Derecho Público —también en su vertiente de empleadora— con independencia de qué tipo de trabajador sea al que afecte su decisión extintiva.

Asimismo, debe de tenerse en cuenta que sobre los empleados públicos pesa el principio de objetividad —o neutralidad— en su actuación, cuyo objetivo esencial es garantizar la subordinación de los derechos e intereses legítimos de quienes forman parte de la organización al interés general. Si bien es verdad que este sometimiento alcanza a todos los empleados públicos, tiene una especial significación respecto de los funcionarios, en la medida en que solo ellos tienen asignado el desarrollo de actividades que implican ejercicio de autoridad.

Además, los deberes que pesan sobre los funcionarios públicos por su condición y por las funciones que realizan son también exigibles a los empleados públicos con contrato laboral que realicen funciones equivalentes, aunque no esté así establecido legalmente de manera expresa.

5. Bibliografía

- AGUILERA IZQUIERDO, Raquel (2011), «La extinción del contrato de trabajo del personal al servicio de las Administraciones Públicas», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n.º 93.
- ARIAS MARTÍNEZ, María Antonia (2011), «EBEP: ¿modernización o continuidad en la regulación de los procesos de selección de los empleados públicos?», *Dereito. Revista Xurídica da Universidade de de Santiago de Compostela, Monográfico: Estudios sobre la modernización administrativa*, n.º Extra 1.
- BALLESTER PASTOR, Amparo (1995), *El periodo de prueba*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- BODAS MARTÍN, Ricardo (2000), «Particularidades del régimen jurídico de los trabajadores en régimen laboral de las Administraciones Públicas», en MOLINER TAMBORERO, Gonzalo (Dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial: La Administración como empresario, aspectos laborales y sindicales. Convenio Único para el personal laboral de la Administración Pública*, Madrid.
- BOLTAINA BOSCH, Xavier (2007), «El período de prueba en los contratos de trabajo en las Administraciones Públicas, órgano competente para establecer la superación o no del mismo: comentario de la STSJ de Madrid, de 7 de febrero de 2007», *Aranzadi Social*, n.º 3.
- CAMPOS DAROCA, José María (2011), *Empleo Público laboral. Puestos de trabajo, clases de empleados públicos laborales y extinción de la relación laboral*, Málaga, Editorial Fundación Asesores locales.

- DE LA VILLA GIL, Luis Enrique (2007), «El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario de urgencia a los aspectos laborales de la Ley 7/2007, de 12 de abril», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 14.
- DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, María (2006), *Empleo y prestación de servicios en la Administración Pública*, Valladolid, Lex Nova.
- DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, María (2014), «La extinción del contrato de trabajo indefinido no fijo fundada en la amortización de plazas en la Administración Pública», *Revista de Información Laboral*, n.º 4.
- DEL SAZ CORDERO, Silvia (1995), *Contrato laboral y función pública*, Madrid, Marcial Pons.
- ESTEBAN MIGUEL, Alfonso (2014), «La amortización de plazas en la administración pública no extingue los contratos de interinos por vacante y de indefinidos no fijos. Novedades en la interpretación judicial», *Revista de Información Laboral*, 2014, n.º 9.
- FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, Óscar (2014), *El periodo de prueba en el contrato de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón (2012), «Sobre los límites constitucionales del poder discrecional», *Revista de Administración Pública*, n.º 187, enero-abril.
- GARCÍA PIÑEIRO, Nuria P. (2011), «La responsabilidad disciplinaria del personal laboral de las Administraciones Públicas», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n.º 93.
- GASCÓN VERA, Luis (2012), «Constitucionalidad del art. 96.2 del EBEP en relación con el personal temporal o indefinido al servicio de la Administración Pública», *Aranzadi Social*, n.º 9.
- GODINO REYES, Martín (1996), *El contrato de trabajo en la Administración Pública*, Madrid, Civitas.
- JIMÉNEZ GARCÍA, Juan, y Rodríguez Sánchez, Rafael Víctor (2005/2006), «Las Administraciones Públicas y la contratación laboral temporal», *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas*, n.º 10/11.
- LÓPEZ GÓMEZ, José Manuel (2009), *La relación laboral especial de empleo público. Estudio sobre su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*, Pamplona, Aranzadi.
- MARTÍN VALVERDE, Antonio (1976), *El periodo de prueba en el contrato de trabajo*, Madrid, Montercorvo.
- MIÑAMBRES PUIG, César (2001), *La estabilidad de funcionarios y trabajadores: ¿una gran distancia entre ambas relaciones de empleo?*, Madrid, CES.
- MOLINA NAVARRETE, Cristóbal (2014), «Reforma laboral y amortización de la plaza del indefinido no fijo: ¿«cesantía» o «despido objetivo»?», *Revista Aranzadi Social*, n.º 9-10.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo (2008), «Las Administraciones Públicas como empresarios laborales (un estudio a la luz del nuevo Estatuto del Empleado Público)», *Cuadernos de Derecho Judicial: Relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, Madrid.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo (2011), «Las relaciones laborales en el ámbito de las Administraciones Públicas», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n.º 93.
- NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena y Miranda Boto, José María (2011), «Sentencias sociales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, octubre 2010-febrero 2011», *Actum social*, n.º 49.
- NIEVES NIETO, Nuria (2011), «El acceso al empleo público laboral», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n.º 93.
- PALOMAR OLMEDA, Alberto (2011), *Derecho de la Función Pública*, Madrid, Dykinson.
- PALOMEQUE LÓPEZ, MANUEL CARLOS y PALOMEQUE ÁLVAREZ de la Rosa, Manuel (2006), *Derecho del Trabajo*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces.

- PURCALLA BONILLA, Miguel Ángel (2014), «La extinción colectiva de los contratos de trabajo en las Administraciones Públicas y en el sector público», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 162.
- RAMOS MORAGUES, Francisco (2011), *El personal laboral de las Administraciones Públicas*, Madrid, La Ley.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana (2008), «Artículo 11. El personal laboral», en PALOMAR OLMEDA, Alberto, SEMPERE NAVARRO, Antonio V. (Dir.), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Navarra, Aranzadi.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana (2010), «Trabajador indefinido no fijo al servicio de la Administración e interino por vacante: similitudes y diferencias», *Revista Aranzadi Social*, n.º 12.
- SALA FRANCO, Tomás (2007), «La nueva relación laboral especial de los empleados públicos», *Actualidad Laboral*, n.º 20.
- SÁNCHEZ PARRA, Ana Belén (2010), «El reconocimiento de la improcedencia del despido por parte de las Administraciones públicas. El despido improcedente después de la entrada en vigor del EBEP», *Fundación Democracia y Gobierno Local*, n.º 23.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (1991), *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Madrid, Editorial Centro Ramón Areces.
- TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel (2007), «La necesidad de reabrir el debate de la nulidad de los despidos arbitrarios o en fraude de ley», *Estudios Financieros: Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n.º 292.
- VIVERO SERRANO, Juan Bautista (2007), «El despido improcedente de los empleados públicos en el Estatuto Básico del Empleado Público», *Revista de Derecho Social*, n.º 40.

LOS CONTRATOS LABORALES DE LOS PROFESORES Y DE LOS INVESTIGADORES EN LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS*

Employment Contracts of University Teaching Staff and Researchers at Public Universities

JOSEP MORENO GENÉ**

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Lleida

Orcid: 0000-0001-7908-0231

DOI: 10.1387/lan-harremanak.17929

Recibido el 23 de marzo de 2017

Aceptado el 16 de mayo de 2017

ABSTRACT

En este artículo se analizan las principales modalidades contractuales a las que pueden acudir las universidades públicas a la hora de vincular laboralmente a su personal, ya se trate de profesores o de investigadores. A tal efecto, este estudio se centra en las modalidades de contratación laboral específicas previstas en la Ley Orgánica de Universidades y en la Ley de la Ciencia, sin perjuicio de analizar también otras modalidades contractuales que, aunque se encuentran reguladas con carácter general en el Estatuto de los Trabajadores, tienen un gran predicamento en el ámbito universitario, como sucede, por ejemplo, con el contrato para obra o servicio determinado.

Palabras clave: universidades públicas, profesorado universitario, personal investigador, contratación laboral, precariedad laboral.

* Este trabajo se ha elaborado en el marco del proyecto de investigación DER2013-47917-C2-1-R, concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad que lleva por título «Edad, empleo y vulnerabilidad social».

** El autor es miembro del grupo de investigación consolidado reconocido por la Generalitat de Cataluña «Social and Business Research Laboratory» (SBRLab). Ref. 2014 SGR 241.

■ *This article analyzes the main contract types that public universities can use when creating labour links with their personnel, whether university teaching staff or researchers. To this end, this study focuses on the specific forms of labour recruitment envisaged in the Organic Law on Universities and in the Law on Science. It also analyzes other contract types which, although regulated in general by the Workers' Statute, maintain a strong hold in the university sphere, such as, for example, the contract for a specific job or service.*

Keywords: public universities, university teaching staff, research staff, labour recruitment, job insecurity.

SUMARIO

Sumario: 1. La laboralización de los profesores y de los investigadores contratados por las universidades públicas. 2. Las modalidades de contrato de trabajo específicas del personal docente e investigador previstas en la LOU. 2.1. El contrato de ayudante. 2.2. El contrato de profesor ayudante doctor. 2.3. El contrato de profesor contratado doctor. 2.4. El contrato de profesor asociado. 2.5. El contrato de profesor visitante. 2.6. El contrato de profesor emérito. 3. Las modalidades de contratación laboral específicas del personal investigador previstas en la Ley de la Ciencia. 3.1. El contrato predoctoral. 3.2. El contrato de acceso al sistema español de ciencia, tecnología e innovación. 3.3. La contratación laboral indefinida del personal investigador contratado. 3.4. El contrato de investigador distinguido. 4. Las modalidades de contratación previstas en el Estatuto de los Trabajadores a las que se remiten de forma expresa la LOU y la Ley de la Ciencia. 4.1. El contrato para obra o servicio determinado. 4.2. El contrato de interinidad para la sustitución de trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo. 5. La excesiva temporalidad y precariedad en la contratación de profesores y de investigadores por las universidades públicas. 6. Bibliografía.

1. La laboralización de los profesores y de los investigadores contratados por las universidades públicas

La aprobación de la Ley 6/2001, de 21 de diciembre, Orgánica de Universidades (en adelante, LOU) comportó una modificación radical del régimen jurídico del personal docente e investigador de las universidades públicas existente con anterioridad a su aprobación, siendo una de las principales novedades introducidas el carácter laboral de la contratación de este personal. La posterior reforma de la LOU, llevada a cabo por la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril (en adelante, LOMLOU), no afectó al carácter laboral del régimen del personal docente e investigador contratado por las universidades, habiéndose limitado únicamente a resolver algunas de las principales carencias planteadas a partir de la aprobación de la LOU¹.

Tras la entrada en vigor de la LOU se implantó, por tanto, un modelo o sistema mixto, en el que coexisten dos regímenes jurídicos diversos en relación con

¹ Sobre este proceso de laboralización del personal docente e investigación de las universidades públicas vid. Moreno (2010: 9-48).

el personal docente e investigador, con las consecuentes dificultades de gestión que ello supone: el funcional o estatutario, por el que se rigen los docentes e investigadores integrados en los cuerpos docentes y el laboral aplicable sobre todos los contratados. Así, el art. 47 LOU prevé al respecto que «*el personal docente e investigador de las universidades públicas estará compuesto de funcionarios de los cuerpos docentes universitarios y de personal contratado*». Entre los primeros, actualmente, el art. 56.1 LOU únicamente incluye a los catedráticos de universidad y a los profesores titulares de universidad.

Entre los segundos, el redactado actual del art. 48.1 establece que

las universidades podrán contratar personal docente e investigador en régimen laboral, a través de las modalidades de contratación laboral específicas del ámbito universitario que se regulan en esta Ley o mediante las modalidades previstas en el Estatuto de los Trabajadores para la sustitución de trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo. También podrán contratar personal investigador, técnico u otro personal, a través del contrato de trabajo por obra o servicio determinado, para el desarrollo de proyectos de investigación científica o técnica. Asimismo, las universidades podrán nombrar profesoras y profesores eméritos en las condiciones previstas en esta Ley².

Entre las modalidades específicas del ámbito universitario, el redactado vigente del art. 48.2 LOU incluye las figuras de ayudante, profesor ayudante doctor, profesor contratado doctor, profesor asociado y profesor visitante.

La LOU no se limita a enumerar las distintas figuras de personal docente e investigador contratado, sino que, por el contrario, también contempla el régimen jurídico por el que deben regularse dichas figuras. A tal efecto, el citado art. 48.2 LOU indica que «*el régimen de las indicadas modalidades de contratación laboral será el que se establece en esta Ley y en sus normas de desarrollo, supletoriamente, será de aplicación lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores (...), y en sus normas de desarrollo*». A lo que cabe añadir lo previsto en el art. 48.6 LOU en virtud del cual «*en los términos de la presente ley y en el marco de sus competencias, las Comunidades Autónomas establecerán el régimen del personal docente e investigador contratado de las universidades*»; previsión que posibilita la intervención de las Comunidades Autónomas en este ámbito, siempre claro está, dentro de sus competencias de ejecución de la legislación laboral previstas en el art. 149.1.7 CE³.

En consecuencia, el legislador ha optado por introducir modalidades contractuales nuevas y distintas a las previstas en el ET, con la única excepción de los contratos de trabajo por obra o servicio determinado para el desarrollo de

² Un análisis exhaustivo de este precepto en Moreno y Romero (2011).

³ Sobre el papel de la normativa autonómica en esta materia vid. Capodiferro (2016: 19-57).

proyectos de investigación científica o técnica y del contrato para la sustitución de trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo que sí se corresponden respectivamente con el contrato para obra o servicio determinado y con el contrato de interinidad previstos en el art. 15.1 a) y c) ET. Ahora bien, ello no impide la función supletoria en este punto del ET, que deberá ser aplicado en lo que no contradiga la regulación específica prevista por la LOU. En otros términos, se ha mantenido que la LOU únicamente pretende conformar para el personal docente e investigador contratado un régimen laboral dotado de ciertas particularidades o especialidades, pero en modo alguno «*excluir la introyección o integración del régimen de PDI contratado en el ámbito del ordenamiento laboral, cuya supletoriedad para corregir contradicciones o anomias y cubrir lagunas resultará incuestionable en lo teórico y utilísimo en lo práctico*» (Molina, 2004: 100)⁴.

Posteriormente, este de por sí ya amplio abanico de figuras contractuales a las que pueden acudir las universidades públicas a la hora de contratar al personal docente e investigador se ha visto incrementado notablemente tras la aprobación de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (en adelante, Ley de la Ciencia), que ha procedido a añadir un nuevo apartado 3 bis al art. 48 LOU, en virtud del cual, las universidades podrán contratar personal investigador conforme a lo previsto en dicha norma. Recuérdese en este punto que el art. 20 de la Ley de la Ciencia, tras enumerar en su apartado primero las nuevas modalidades de contrato de trabajo específicas de personal investigador que dicha norma introduce, señala, en su apartado segundo, que «*podrán contratar personal investigador a través de las modalidades de contrato de trabajo específicas que se establecen en esta sección las siguientes entidades: (...) las universidades públicas, únicamente cuando sean receptoras de fondos cuyo destino incluya la contratación de personal investigador o para el desarrollo de sus programas propios de I+D+I*». En consecuencia, las universidades públicas también podrán acudir a las siguientes modalidades contractuales previstas por la Ley de la Ciencia para contratar a su personal investigador: el contrato predoctoral, el contrato de acceso al Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación y el contrato de investigador distinguido⁵.

La principal novedad que introduce la Ley de la Ciencia respecto a los recursos humanos dedicados a la investigación consiste en que, por primera vez, se sitúa en un cierto plano de igualdad a la carrera funcional y a la carrera laboral del personal investigador. A tal efecto, ahondando en el camino ya transitado por la LOU, que con mayor o menor fortuna también parece contemplar

⁴ En la misma dirección, Baylos (2008: 51), mantiene que a la contratación laboral de personal docente e investigador contratado le resulta de aplicación supletoria la legalidad laboral ordinaria del Estatuto de los Trabajadores.

⁵ Un análisis de la contratación laboral de los investigadores a partir de la Ley de la Ciencia en Moreno (2011).

dos carreras profesionales paralelas, una funcionarial y otra laboral, la actual Ley de la Ciencia, al tiempo que sigue manteniendo la tradicional carrera funcionarial, incorpora una carrera laboral, en la que, tras pasarse por diferentes contratos laborales de carácter temporal, puede finalizar con la contratación laboral de carácter indefinido del investigador.

La Ley de la Ciencia no se limita a prever en este punto la posibilidad de que las universidades públicas recurran a las modalidades de contrato específicas que la misma introduce, sino que, por el contrario, también contempla el régimen jurídico por el que las mismas deben regirse. A tal efecto, el art. 20.1 de la referida norma establece que *«el régimen jurídico aplicable a estas modalidades de contrato de trabajo será el que se establece en esta ley y en sus normas de desarrollo, y en su defecto será de aplicación lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y en sus normas de desarrollo»* (González, 2016: 133-134). El art. 20 de la Ley de la Ciencia habilita, además, a las Comunidades Autónomas para que puedan definir y regular el régimen de contratación del personal de investigación de sus propios centros, siempre en el marco de la legislación laboral vigente.

Pero además, por si no fuera poco, el art. 20.2 de la Ley de la Ciencia contiene una última previsión relativa a las posibilidades de contratación laboral de personal investigador por parte de las universidades públicas, al prever que *«además, las entidades citadas podrán contratar personal investigador a través de las modalidades de contrato de trabajo establecidas por el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores»*; entre estas modalidades cabe destacar el habitual recurso al contrato para obra o servicio determinado para la contratación de personal investigador vinculado a proyectos, contratos o convenios de investigación.

En este contexto expansivo del recurso a la contratación laboral en el ámbito universitario deben tomarse en cuenta, sin embargo, las limitaciones introducidas en los apartados 4 y 5 del art. 48 LOU; de acuerdo con la primera,

el personal docente e investigador contratado, computado en equivalencias a tiempo completo, no podrá superar el 49 por ciento del total de personal docente e investigador de la universidad. No se computará como profesorado contratado a quienes no impartan docencia en las enseñanzas conducentes a la obtención de los Títulos oficiales así como el personal propio de los institutos de investigación adscritos a la universidad y de las escuelas de doctorado;

y, de acuerdo con la segunda, *«el personal docente e investigador con contrato laboral temporal no podrá superar el 40 por 100 de la plantilla docente»*.

Ambas previsiones deberían suponer un cierto freno al recurso indiscriminado a la contratación laboral, especialmente de carácter temporal, de profesores e investigadores, si bien, en la práctica estas limitaciones no siempre se acaban respetando.

A partir de estas premisas, en los próximos apartados vamos a analizar las diferentes modalidades contractuales a las que las universidades públicas pueden acudir a la hora de vincular laboralmente a su personal, ya sea personal docente e investigador o, exclusivamente, personal investigador. A tal efecto, nos centraremos en las modalidades de contratación laboral específicas previstas al respecto en la LOU y en la Ley de la Ciencia, sin perjuicio de analizar también algunas modalidades contractuales, como es el caso del contrato para obra o servicio determinado y del contrato de interinidad que, aunque se encuentran reguladas con carácter general en el Estatuto de los Trabajadores, a las mismas se remiten de forma expresa la LOU y la Ley de la Ciencia.

2. Las modalidades de contrato de trabajo específicas del personal docente e investigador previstas en la LOU

2.1. El contrato de ayudante

La figura del ayudante constituye el primer paso de la carrera universitaria, ya que normalmente va a suponer la primera contratación laboral de aquellos que pretenden dedicarse a la actividad universitaria en su doble vertiente docente e investigadora. En consecuencia, este primer estadio de la carrera del profesor universitario tiene como finalidad básica la obtención de la necesaria formación docente e investigadora del ayudante, que ineludiblemente debe traducirse en la elaboración y defensa de la tesis doctoral. Por ello, dicha figura, a diferencia de las otras previstas en la LOU, no recibe la consideración de profesor, sino simplemente de ayudante, aunque no se especifique de quién (San Martín, 2012: 21).

El redactado actual de la LOU ha procedido a flexibilizar el acceso a esta figura o modalidad contractual, al exigir únicamente que las universidades puedan contratar como ayudantes a quienes hayan sido admitidos o a quienes estén en condiciones de ser admitidos en los estudios de doctorado, de modo que ya no es necesario que los mismos hayan superado todas las materias de estudio del correspondiente programa de doctorado. Con esta modificación, se adapta esta figura a la configuración actual de los estudios de postgrado. En consecuencia, la figura del ayudante ya no se configura necesariamente como el eslabón que necesariamente sucede al disfrute de una beca de investigación predoctoral, sino que se sitúa en plano de igualdad respecto a la misma, puesto que cualquier titulado universitario puede cumplir tanto los requisitos exigidos para acceder a una beca de investigación predoctoral como a una plaza de ayudante, siendo en última instancia las disponibilidades presupuestarias de la universidad y la política de personal adoptada por la misma la que determine si se deberá seguir una u otra vía, lo cual puede provocar no pocos agravios comparativos (San Martín, 2012: 22 y Capodiferro, 2016: 30). De producirse la contratación como ayudante de alguien que no cumpla con los requisitos de titulación exigidos,

ello determinará que el contrato sea declarado nulo, con los efectos previstos en el art. 9.2 ET, tanto si la ausencia de este requisito se debe a error de las partes contratantes como si se trata de un error inducido por el propio candidato (González, 2016: 136). Por otra parte, tampoco parece admisible que puedan acceder a la figura de ayudante aquellos que ya se encuentran en posesión del título de doctor en la misma rama o área de conocimiento⁶.

La regulación inicial de la figura de los ayudantes preveía que la contratación de estos ayudantes tendría como finalidad principal la de completar su formación investigadora, esencialmente, elaborar la tesis doctoral y proceder a su defensa. La regulación actual de esta figura, sin embargo, de forma coherente con el primer eslabón de la carrera universitaria que la misma supone, ha ampliado y complementado esta finalidad de formación investigadora con la finalidad de formación docente de estas personas contratadas, no en vano, es de prever que a la finalización de la contratación como ayudante, el mismo pase a ocupar una plaza, ahora ya sí de profesor universitario y, en consecuencia, tenga también entre sus obligaciones las tareas docentes. Como consecuencia de esta doble finalidad de la figura de los ayudantes, desde su aparición se ha permitido que los mismos puedan colaborar en tareas docentes. Actualmente y con la voluntad de garantizar la finalidad formativa de esta figura, esta colaboración docente se ha limitado a tareas docentes de índole práctico y hasta un máximo de 60 horas anuales⁷.

La asignación al ayudante de tareas docentes que vayan más allá de las permitidas por la LOU constituye un incumplimiento laboral que puede ser pertinentemente corregido y sancionado (González, 2016: 137), habiendo llegado a declararse por los tribunales en estos supuestos la conversión del contrato de ayudante en indefinido, si bien, tratándose de administraciones públicas, en su versión de indefinido no fijo (Rivera, 2016: 49 y Solís, 2016)⁸.

De conformidad con el objeto de este contrato —completar la formación docente e investigadora del ayudante— el mismo se configura con dedicación a tiempo o a jornada completa, no siendo posible celebrar contratos a tiempo parcial bajo esta modalidad, sin perjuicio, claro está, de los supuestos en que se proceda a reducir la jornada de trabajo en los supuestos legalmente admitidos⁹.

⁶ Vid. STSJ de Asturias de 14 de septiembre de 2009 (JUR\115084).

⁷ Baylos pone de manifiesto que con esta medida se pone coto a la práctica universitaria según la cual con la excusa de que la «colaboración docente» se considera «*un instrumento de mejora de la formación y adquisición de méritos en el desarrollo de la carrera universitaria, las universidades habían utilizado a los ayudantes como un elemento importante de sostén de la docencia regular de las materias impartidas en las respectivas titulaciones*» (Baylos, 2008: 57).

⁸ Vid. también, STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 26 de junio de 2013 (JUR\2013\252122), STSJ de Madrid de 12 de diciembre de 2014 (AS\2015\297) y STSJ de Andalucía (Sevilla) de 1 de octubre de 2015 (JUR\2016\72986).

⁹ En esta dirección, Del Rey y Martínez (2005), tras recordar que la causa formativa de esta modalidad contractual, justifica la imposibilidad de celebrar contratos a tiempo parcial bajo esta mo-

Por la misma razón que justifica que la figura del ayudante se configure con dedicación a tiempo o a jornada completa, es decir, la finalidad formativa de la misma, el contrato de ayudante se define como un contrato de evidente naturaleza temporal, no en vano, la formación del futuro investigador y, en menor medida, del futuro docente, requieren una delimitación temporal que la LOU fijaba inicialmente en cuatro años improrrogables. La duración del contrato de los ayudantes, sin embargo, se vio ampliada tras la aprobación de la LOMLOU hasta un máximo de cinco años. Como consecuencia del establecimiento de una duración máxima de esta modalidad contractual, una vez extinguido el contrato del ayudante por la finalización de su duración máxima, no podrá contratarse a la misma persona mediante esta misma modalidad contractual.

Nada se establecía respecto a la duración mínima inicial de esta modalidad contractual en la redacción inicial de la LOU, siendo inicialmente la normativa de las Comunidades Autónomas y los estatutos de las universidades los que con carácter general habían procedido a concretar dicha duración, es decir, si la misma debía ser ya inicialmente por la duración máxima de cuatro años o por un período menor con la posibilidad de prórrogas hasta la duración máxima legalmente prevista. La reforma introducida por la LOMLOU, sin embargo, enmendó al menos parcialmente esta situación al concretar un poco más la duración de los contratos de ayudantes, puesto que además de fijar la duración máxima de los mismos en cinco años, estableció que la duración del contrato no puede ser inferior a un año, pudiendo prorrogarse o renovarse si se hubieran concertado por una duración inferior a la máxima, siempre que la duración total no exceda de los indicados cinco años¹⁰. A partir de estas previsiones las normas autonómicas y los convenios colectivos acostumbra a prever el régimen jurídico de las prórrogas del contrato de ayudante, que en todo caso, deben ser razonables, proporcionales y adecuadas¹¹.

Nada prevé la normativa sobre cómo debe computarse la duración máxima de esta modalidad contractual en los supuestos en que se han formalizado diferentes contratos de ayudante con distintas universidades, en concreto, si deben computarse los diferentes contratos formalizados a la hora de determinar si se supera o no la duración máxima prevista para esta figura. Pese a ello, como consecuencia de la finalidad perseguida con esta modalidad contractual, parece razonable considerar que en el cómputo de la duración máxima del contrato de

dalidad contractual, indican que ello no debe impedir la reducción de la jornada en los supuestos legalmente admitidos.

¹⁰ Cairós considera al respecto que «*dado que la duración mínima del contrato es de un año, cabe pensar que las prórrogas serán por la misma duración, de modo que cabrán cuatro prórrogas como máximo*» (Cairós, 2008: 4).

¹¹ La STSJ de Castilla y León de 2 de octubre de 2014 (AS 2014\2931) considera ajustado a derecho un supuesto en que la Universidad decide no prorrogar un contrato de ayudante.

ayudante deben tomarse en consideración todos los contratos de este tipo formalizados con una misma persona aunque sea en diferentes universidades.

También en relación con la duración de la contratación de los ayudantes, la reforma introducida por la LOMLOU incorporó una previsión según la cual las situaciones de incapacidad temporal, maternidad y adopción o acogimiento durante el período de duración del contrato interrumpen su cómputo, previsión que actualmente se corresponde con la contemplada para el contrato en prácticas regulado en el art. 11.1 ET y que debe incluir también otras causas de suspensión del contrato como son el permiso de paternidad y el riesgo durante el embarazo y durante la lactancia.

Asimismo, aunque la figura de los ayudantes está destinada exclusivamente a quienes no se encuentran en posesión del título de doctor, no parece adecuado que la obtención del título de doctor durante la vigencia del contrato deba conducir inexorablemente a la extinción del contrato de ayudante, puesto que ello podría dificultar la carrera profesional del mismo. Por el contrario, es preferible que mediante la negociación colectiva se arbitren fórmulas de transformación de este contrato en el contrato que corresponda según la acreditación o acreditaciones que obren en poder del trabajador, o bien, esperar al transcurso del tiempo máximo de vigencia del contrato, dando tiempo de este modo a que el profesor pueda desarrollar sus tareas investigadoras y/o docentes y obtener las acreditaciones necesarias para continuar con el desarrollo de su carrera profesional (Cairós, 2008: 8).

Finalmente, la extinción del contrato de ayudante por el cumplimiento de su término final no da derecho a percibir indemnización alguna.

2.2. El contrato de profesor ayudante doctor

El segundo eslabón de esta hipotética carrera universitaria lo constituye la figura del profesor ayudante doctor, prevista y regulada en el art. 50 LOU. En este punto, cabe recordar que diferentes normativas autonómicas prevén esta figura con otras denominaciones, como es el caso de la de lector en Cataluña o de adjunto en el País Vasco, lo cual es aceptable siempre que no se altere el régimen jurídico básico previsto por la ley estatal; en caso contrario, de conformidad con la distribución de competencias en esta materia debe prevalecer lo establecido en la norma estatal (González, 2016: 139)¹².

Los requisitos exigidos para la formalización de un contrato de profesor ayudante doctor se vieron sustancialmente flexibilizados tras la aprobación de la LOMLOU. A partir de esta norma, el reformado art. 50 LOU altera las reglas

¹² A tal efecto, el autor cita un supuesto en que la norma autonómica fijaba una duración inferior a la establecida en la LOU y el Tribunal considera que debe prevalecer la ley estatal (STSJ de Cataluña de 14 de junio de 2012 (JUR\2012\295895)).

por las que deberá ajustarse la contratación de profesores ayudantes doctores, de modo que si bien se sigue manteniendo la exigencia de que el contrato se formalice con quienes se encuentren en posesión del título de doctor y hayan obtenido con carácter previo la evaluación positiva de su actividad por parte de la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación o del órgano de evaluación externa que la ley de la comunidad autónoma determine, ya no se exige de forma expresa, aunque pese a ello alguna comunidad autónoma en la práctica lo siga exigiendo, la previa desvinculación durante dos años de quien haya de ser contratado como ayudante respecto de la universidad contratante, acompañada por la acreditación de la realización durante este período de tareas docentes y/o investigadoras en centros no vinculadas a la misma¹³. En contrapartida a la eliminación de este requisito, se introduce como mérito preferente la estancia del candidato en universidades o centros de investigación de reconocido prestigio, españoles o extranjeros, distintos de la universidad que lleve a cabo la contratación.

En caso de producirse la contratación como profesor ayudante doctor de alguien que no cumpla con los requisitos de titulación y acreditación exigidos, ello determinará que el contrato sea declarado nulo, con los efectos previstos en el art. 9.2 ET, tanto si la ausencia de este requisito se debe a error de las partes contratantes como si se trata de un error inducido por el propio candidato (Rivera, 2016: 50)¹⁴.

La contratación de estos ayudantes tendrá como objeto el desarrollo de tareas docentes y de investigación, como así se recoge de forma expresa en la normativa autonómica y en la negociación colectiva. En este punto, parece que una vez finalizada la formación inicial del futuro profesor, adquieren mayor relevancia sus funciones o tareas docentes, pese a lo cual esta figura contractual sigue conservando un importante componente formativo, lo que la asemeja a una modalidad singular de contrato en prácticas (Molina, 2004: 107). En definitiva, bajo esta modalidad contractual se pretende la consolidación de la capacidad investigadora y docente del doctor reciente.

Con la finalidad de garantizar esta doble formación docente e investigadora del profesor ayudante doctor, diferentes normas autonómicas y convenios colectivos han procedido a limitar las obligaciones docentes de este colectivo. En este punto es muy conveniente y recomendable que la negociación colectiva fije límites a las tareas u «obligaciones docentes» de este colectivo en aras a permitirle una dedicación más intensa a la investigación que le permita obtener las acreditaciones necesarias para transitar hacia figuras estables, ya sean laborales o funcionariales¹⁵.

¹³ Baylos (2008: 59) cualifica esta opción como mucho más razonable.

¹⁴ Vid. también, STSJ de Cataluña de 4 de octubre de 2013 (AS\2013\3058).

¹⁵ En esta dirección, Baylos defiende la fijación de estas limitaciones, *«fundamentalmente porque se trata de una situación temporal que obliga al paso a una figura permanente del PDI universitario, lo que requiere un esfuerzo en la investigación y publicación de los resultados de la misma y en la elaboración*

Dado el componente formativo de esta modalidad contractual, al igual que sucedía con la figura de los ayudantes, la contratación de profesores ayudantes doctores se formaliza con dedicación a tiempo completo, no siendo admisible su celebración a tiempo parcial. En cualquier caso, como ya sucedía en relación con los ayudantes, la inadmisibilidad de la celebración a tiempo parcial del contrato del profesor ayudante doctor, lo será sin perjuicio, claro está, de los supuestos en que se proceda a reducir la jornada de trabajo en los supuestos legalmente admitidos.

Asimismo, la figura del profesor ayudante doctor tendrá en todo caso una duración temporal, la cual se concretaba en la redacción inicial de la LOU en una duración máxima de cuatro años, que se vio ampliada hasta cinco años tras la reforma llevada a cabo por la LOMLOU. Transcurrida la duración máxima de dicha contratación, el profesor ayudante doctor no podrá ser contratado nuevamente, ni en la misma ni en distinta universidad mediante la misma modalidad contractual, no en vano, cabe entender que agotada la duración máxima del contrato debe presumirse que ha terminado el período de formación. Para el cómputo de la duración máxima de este contrato, por tanto, deben tenerse en cuenta todos los períodos de contratación como profesor ayudante doctor en la misma o en otras universidades.

La fijación de esta duración máxima del contrato de cinco años, sin embargo, queda inmediatamente matizada por la previsión de que *«el tiempo total de duración conjunta entre esta figura contractual y la figura de ayudante, en la misma o distinta universidad, no podrá exceder de ocho años»*. En consecuencia, un mismo trabajador no podrá ser contratado como ayudante y como profesor ayudante doctor durante más de ocho años, de modo que la duración máxima conjunta de ambas contrataciones resulta equivalente a lo previsto en la regulación inicial de la LOU, que fijaba una duración máxima de cuatro años tanto para el contrato de ayudante, como para el contrato de profesor ayudante doctor, de lo que resultaba también una duración máxima de ambas contrataciones de ocho años.

Este diseño de encadenamiento de contratos de naturaleza temporal con el límite máximo de ocho años, tras los cuales, o se promociona a otra figura o se extingue el contrato, que se diseña en los arts. 49 y 50 de la LOU, contrastaba inicialmente con la previsión que se contiene en el art. 15.5 ET, según la cual se anuda al encadenamiento de determinados contratos laborales durante un determinado período de tiempo la consecuencia de provocar la

de méritos académicos que permitan, después de la tesis, un acrecentamiento de la capacidad académica que pueda ser verificada externamente como acreditación o habilitación para esas figuras estables». A tal efecto, el autor considera que la limitación de su dedicación docente puede parecer una garantía de progreso en su promoción profesional (Baylos, 2008: 59). Vid. también, González (2016: 139).

declaración de fijeza del trabajador. Pese a ello, esta previsión nunca fue de aplicación al encadenamiento del contrato de ayudante y del contrato de profesor ayudante doctor, puesto que la misma no va dirigida al personal que, como es el supuesto enjuiciado, presta sus servicios mediante contratos especiales de trabajo, los cuales, además, tienen una indudable naturaleza formativa¹⁶. En todo caso y para evitar dudas al respecto, la disposición adicional decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores establece que no será de aplicación lo dispuesto en el art. 15.5 ET a las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la LOU, entre las que se encuentran los contratos de ayudante y de profesor ayudante doctor.

La reforma introducida por la LOMLOU vino a concretar un poco más la duración de los contratos de profesores ayudantes doctores, puesto que además de fijar la duración máxima en cinco años, previó que la duración del contrato no puede ser inferior a un año, pudiendo prorrogarse si el mismo se hubiera concertado por una duración inferior a la máxima, siempre que la duración total no exceda de los indicados cinco años.

También, en relación con la duración de la contratación de los profesores ayudantes doctores, el art. 50 d) LOU prevé de forma expresa que las situaciones de incapacidad temporal, maternidad y adopción o acogimiento durante el período de duración del contrato interrumpen su cómputo, a las que, como ya se ha indicado en relación con los ayudantes, deben añadirse otras causas de suspensión del contrato como son el permiso de paternidad y el riesgo durante el embarazo y durante la lactancia.

Finalmente, la extinción del contrato de profesor ayudante doctor por el cumplimiento de su término final no da derecho a percibir indemnización alguna.

2.3. El contrato de profesor contratado doctor

Esta figura constituye una de las principales novedades introducidas por la LOU en la delimitación y en la propia conceptualización del profesorado universitario contratado, puesto que con la previsión de esta figura se incorpora por primera vez una contratación laboral permanente o indefinida en la definición de la carrera universitaria¹⁷. En particular, el profesor contratado doctor se confi-

¹⁶ Vid. sobre esta cuestión, Cairós (2008: 9).

¹⁷ En esta dirección, Nogueira indica que *«quizás la novedad más significativa que introduce la LOU en cuanto a las categorías de profesorado es la creación de la figura del profesor contratado doctor (...) El profesorado contratado doctor es el claro exponente del giro que supone la LOU al crear, por primera vez, una figura de profesorado con vocación de estabilidad y plena capacidad docente e investigadora, no funcionalial»* (Nogueira, 2004: 78). En parecidos términos, Baylos sostiene que *«se trata de la figura central en el modelo contractual del personal docente e investigador de las universidades»* (Baylos, 2008: 52).

gura como una fase o etapa más de una carrera universitaria ordinaria y coherente destinada a ubicarse cronológicamente tras el previo paso por la figura de los ayudantes y de los profesores ayudantes doctores. Pese a ello, como tendremos ocasión de analizar más adelante, no resulta sencilla la determinación del lugar que deba ocupar el profesor contratado indefinido —profesor contratado doctor— dentro del modelo de empleo público diseñado en la LOU para las universidades públicas y, en concreto, si con la aparición de esta figura se pretende incentivar o no una alternativa al modelo de empleo basado preferentemente en los cuerpos docentes universitarios¹⁸.

Tras la reforma introducida por la LOMLOU se ha procedido a flexibilizar los requisitos exigidos inicialmente por la LOU para la contratación como profesores contratados doctores, en tanto que, si bien se sigue exigiendo que el contrato se celebre con doctores que hayan recibido la evaluación positiva por parte de la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación o del órgano de evaluación externo que la ley de la comunidad autónoma determine, ya no se exige de forma expresa que se acrediten tres años de actividad docente e investigadora, o prioritariamente investigadora, posdoctoral como venía sucediendo con la redacción inicial del art. 52 LOU.

Los profesores contratados doctores son contratados para el desarrollo de tareas de docencia e investigación, si bien, únicamente a partir de la reforma introducida por la LOMLOU se les reconoce plena capacidad docente e investigadora, lo cual convierte a esta figura en una pieza clave o central en el modelo de carrera universitaria. La normativa autonómica y la negociación colectiva han concretado más las funciones docentes de este colectivo de profesores, siendo la regla general la equiparación de sus obligaciones docentes a las de los profesores titulares de universidad. En este punto, adquiere especial significación el énfasis que se hace en el art. 52 LOU respecto a la función investigadora de esta figura, cuando se indica que los profesores contratados doctores lo serán para el desarrollo de tareas *«prioritariamente de investigación»*, puesto que por primera vez se contemplaba la voluntad de dotar a la actividad investigadora de una necesaria estabilidad, lejos del carácter temporal e inestable que habitualmente la acompaña. En otras palabras, por primera vez, al margen de las tradicionales vías funcionariales, se contempla la necesidad de articular una figura laboral, con vocación de permanencia, para atender a actividades, en términos de la propia LOU, *«prioritariamente de investigación»*.

La reforma de esta figura de profesorado introducida por la LOMLOU contribuyó a solventar algunas de las lagunas normativas que planteaba la redacción inicial de la misma, estableciéndose de un modo expreso que este contrato debe

¹⁸ Sobre la carrera profesional del personal docente e investigador de las universidades públicas vid. Moreno (2009: 37) y (2010: 247 y ss.).

formalizarse con carácter indefinido y con dedicación a tiempo completo, poniéndose fin de este modo a las heterogéneas regulaciones autonómicas existentes sobre estas materias, las cuales a su vez, se reflejaban ineludiblemente en la negociación colectiva.

Además de regular la duración y la jornada de los profesores contratados doctores, y ante la falta de regulación de esta figura por parte de la LOU, diferentes normativas de las comunidades autónomas se han esforzado en regular otros aspectos esenciales del régimen jurídico aplicable al profesorado contratado doctor y, fundamentalmente, en diseñar la carrera profesional del profesorado contratado doctor, estableciendo al efecto un verdadero derecho de promoción profesional de los mismos¹⁹.

De este modo, bajo distintas denominaciones, se han creado diferentes categorías o niveles profesionales por las que puede transitar el profesorado contratado doctor, previa obtención de las correspondientes acreditaciones, que tienen indudables repercusiones en el plano retributivo y, como no podía ser de otro modo, han sido incorporadas con posterioridad a la negociación colectiva de las universidades públicas. A título de ejemplo pueden citarse entre otros los siguientes supuestos: la normativa catalana establece que el acceso a la universidad en la figura contractual de profesorado contratado doctor, con carácter permanente, puede hacerse a través de una de las siguientes categorías: catedrático o catedrática, que supone una carrera docente e investigadora consolidada y profesor o profesora agregado, que supone una probada capacidad docente e investigadora; la normativa castellano-leonesa distingue entre profesores contratados doctores que reúnan los requisitos básicos (acreditar al menos tres años de actividad docente e investigadora), profesores contratados doctores permanentes (que acrediten al menos seis años de actividad docente e investigadora, o prioritariamente investigadora posdoctoral) y los profesores contratados doctores senior (que acrediten al menos doce años de aquella actividad); la normativa aragonesa crea la figura del profesor contratado extraordinario, cuya contratación tiene por objeto el desarrollo de actividades investigadoras de excelencia o de docencia de alta especialización de profesores de muy reconocido prestigio apreciado por el órgano de evaluación correspondiente; la normativa andaluza distingue entre dos modalidades de profesorado contratado doctor: ordinaria y extraordinaria; la normativa del País Vasco contiene dos categorías distintas: el profesor pleno y

¹⁹ En esta dirección, Del Rey y Martínez (2005) ponen de manifiesto que frente al escaso interés que muestra la LOU en la regulación del estatuto jurídico de la figura del profesor contratado doctor, las normativas autonómicas promulgadas han contribuido a revalorizar la figura. A tal efecto, estos autores ponen de manifiesto la voluntad de reconocer la carrera profesional del profesorado contratado, estableciendo un verdadero derecho de promoción profesional de los contratados laborales indefinidos, a través de la creación de distintas categorías profesionales dentro de la figura laboral del profesorado permanente.

el profesor agregado; la normativa extremeña distingue según las necesidades apreciadas por la universidad entre dos tipos dentro de la categoría de profesores contratados doctores: el tipo 1 y el tipo 2; la normativa murciana prevé dos tipos de contrato, el tipo A, contratado doctor con funciones docentes e investigadoras y el tipo B, contratado doctor con funciones docentes y de dirección de investigación; etcétera²⁰.

A tal efecto, como acertadamente se ha indicado, nada impide esta diversificación interna de la figura por parte de las normas autonómicas y de la negociación colectiva si se respetan las exigencias de la LOU, habiéndose considerado al respecto que la *«razonabilidad de las figuras y el hecho de que tengan en consideración los méritos y la antigüedad como factores a tener en cuenta en la progresión de una carrera profesional que se articula, pueden ser razones materiales suficientes para avalar su legalidad»* (González, 2016: 141-142).

2.4. El contrato de profesor asociado

Esta figura de profesorado, ya clásica en el ámbito universitario, constituye el puente entre la universidad, en especial la docencia y la investigación que en la misma se realiza, y el mundo profesional que se desenvuelve de forma preferente fuera de la misma. Con esta finalidad, el art. 53 LOU prevé que los profesores asociados deberán ser contratados, con carácter temporal, y con dedicación a tiempo parcial, entre especialistas de reconocida competencia que acrediten ejercer su actividad profesional fuera del ámbito académico universitario. A partir de esta previsión, los requisitos que deben cumplir los profesores asociados son los siguientes:

- a) Titulación universitaria adecuada a la especialidad que se ejerza, que no será necesariamente la de doctor, estableciéndose una vez más una relación directa entre la exigencia de funciones investigadores o no y la exigencia de la titulación de doctor.
- b) Debe tratarse de especialistas de reconocida competencia, es decir, se mantiene la tradicional exigencia de que se trate de especialistas de reconocido prestigio, si bien, a diferencia de lo que ocurre con otras figuras de profesorado, salvo lo que se prevea en las normativas autonómicas o convenios colectivos, continúa sin establecerse la exigencia de evaluación alguna que acredite tal condición.
- c) Debe acreditarse el ejercicio de su actividad profesional fuera del ámbito académico universitario. En este punto, la redacción inicial de la LOU exigía que se acreditara el ejercicio de la actividad profesional fuera de la universidad. La reforma introducida por la LOMLOU vino a mati-

²⁰ Vid. un análisis de estos supuestos en Capodiferro (2016: 45 y ss.). Vid. también, Moreno (2010: 114 y ss.).

zar este último requisito, de modo que a partir de ese momento ya no se exige de forma tajante que quienes hayan de ser contratados mediante esta figura acrediten ejercer su actividad profesional fuera de la universidad, sino que es suficiente con que se acredite ejercer dicha actividad fuera del ámbito académico universitario, con lo cual se da cabida dentro de esta figura a profesionales que pese a desarrollar su actividad profesional en la universidad, lo hacen en funciones ajenas al ámbito académico universitario.

A partir de esta exigencia prevista legalmente de acreditar el ejercicio de una actividad profesional fuera del ámbito académico universitario, algunas normativas autonómicas y convenios colectivos han ido añadiendo un requisito subjetivo adicional consistente en que se acredite este ejercicio de la actividad profesional durante un período mínimo previo a la contratación, normalmente de dos o tres años, lo cual no deja de plantear ciertas dudas, puesto que por vía de normativa autonómica y/o negociación colectiva se vienen a añadir requisitos subjetivos a una modalidad de contrato laboral²¹. Pese a ello, también se considera que ante las dudas que plantea el requisito de la profesionalidad externa, el mismo sí puede concretarse mediante la normativa autonómica y la negociación colectiva (González, 2016: 142).

Siendo un requisito para la contratación de los profesores asociados que se trate de especialistas de reconocida competencia que acrediten el ejercicio de su actividad profesional fuera del ámbito académico universitario cabe preguntarse qué sucede cuando dicha exigencia no se satisface, es decir, cuando nos encontramos ante falsos asociados. Esta cuestión ha sido abordada por la STSJ de Cataluña de 19 de junio de 2014 (AS\2014\1865), que al conocer de un supuesto en que en el momento de suscribirse el contrato de profesor asociado de universidad el profesor cumplía el requisito de haber realizado una actividad profesional fuera del ámbito universitario en el período de tiempo anterior fijado por la normativa de aplicación, pero sin que constara durante la vigencia del contrato dicha actividad profesional externa al ámbito universitario, concluye que

²¹ Del Rey y Martínez (2005) se interrogan desde el prisma constitucional sobre la introducción de requisitos subjetivos en la definición de una clase de contrato laboral como es el de profesor asociado. En cualquier caso, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 2 de mayo de 2009 (JUR\2009\32914) aplica una previsión similar introducida por la normativa valenciana sin cuestionarse la validez de la misma. En la misma dirección, la STSJ (contencioso-administrativo) de Navarra de 24 de junio de 2008 (JUR\2008\321544) aplica en este punto el art. 20.2 del Real Decreto 898/1985 pese a tratarse de una contratación laboral, de modo que exige un período mínimo de ejercicio fuera del ámbito universitario de cualquier actividad profesional remunerada. A tal efecto, la citada resolución considera que esta resolución no ha sido derogada por la LOU ni es contraria a sus disposiciones.

si se entiende que dicho requisito debe concurrir no solo en el momento inicial de suscribir el contrato, sino también durante su vigencia, como parece deducirse de la normativa expuesta, en el que dicho requisito es exigible también para sus prórrogas, podría considerarse que el mismo actuaría como requisito constitutivo del contrato.

Y, en tal caso, a criterio de la Sala, el incumplimiento de dicho requisito no supondría la suscripción de un contrato de trabajo celebrado en fraude de ley, en relación a la cláusula de temporalidad, sino que nos encontraríamos ante un contrato que iría contra la ley, por no concurrir uno de los presupuestos esenciales no solo para su celebración, sino también de su mantenimiento. A partir de estas consideraciones, la Sala estima que

la ausencia de los requisitos válidos para poder suscribir el contrato comporta la calificación del mismo como un contrato nulo, con las consecuencias que establece el artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el artículo 1.306.1 del Código Civil, en el sentido de que en casos de nulidad, «el trabajador podrá exigir, por el trabajo, que ya hubiera prestado, la remuneración consiguiente a un contrato válido», (...), pero no supondría la conversión del contrato suscrito en indefinido.

Ahora bien, frente a este razonamiento puede mantenerse que el hecho de que el contrato de profesor asociado se configure como una modalidad específica o particular del ámbito universitario no debe impedir la función supletoria en este punto del Estatuto de los Trabajadores, que deberá ser aplicado en lo que no contradiga la regulación específica prevista por la LOU. A partir de estas premisas, a la hora de abordar la cualificación que debe merecer la contratación de falsos profesores asociados por parte de las universidades públicas, parece más adecuado reconducir el incumplimiento del requisito de que el profesor asociado acredite una actividad profesional fuera del ámbito académico universitario a la figura del fraude de ley, con el consecuente efecto de transformar en estos supuestos el contrato del profesor asociado en indefinido, no en vano, no parece que dicha exigencia constituya un elemento esencial del contrato de profesor asociado cuyo incumplimiento deba comportar la nulidad del mismo²². Por el contrario, parece más apropiado que en estos supuestos la aplicación supletoria de la normativa laboral prevista por la propia LOU suponga la apreciación de fraude de ley y, en consecuencia, la transformación del contrato del profesor asociado en un contrato indefinido, en los términos previstos en el art. 15.3 ET²³.

Pero es que además, en aquellos supuestos en los que nos encontramos ante «auténticos» profesores asociados, aún sigue resultando especialmente complejo discernir, en los términos exigidos por la STJUE de 14 de marzo de 2014, entre

²² En la misma dirección, Pérez y Trillo mantienen que «debe descartarse en estos casos la aplicación de la nulidad del contrato a favor de su transformación en indefinido» (Pérez y Trillo 2014: 146).

²³ Sobre esta posibilidad vid. Moreno (2015).

aquellos supuestos en que con la contratación de este profesor se trata de atender necesidades provisionales, de aquellos otros supuestos en que se haya acudido a esta modalidad contractual para cubrir necesidades permanentes y duraderas en materia de contratación de personal docente.

A tal efecto, a partir de la referida STJUE, la legitimidad de la figura de los profesores asociados requerirá de la concurrencia de dos requisitos: a) efectiva realización de una actividad profesional ajena a la universidad, previa y simultánea, y b) no cobertura de necesidades permanentes y durables. En caso de no satisfacerse alguno de estos requerimientos, estaremos ante una utilización abusiva de la contratación temporal, correspondiendo al juez nacional decidir las consecuencias de una extinción contractual basada formalmente en el vencimiento del plazo fijado en el contrato de trabajo.

Esta dificultad de discernir entre la contratación de profesores asociados para satisfacer necesidades docentes provisionales o permanentes ha comportado que ante situaciones prácticamente idénticas los tribunales estén fallando en sentido contrario. A título de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 12 de enero de 2016 mantiene que

la cadena ininterrumpida de contratos de profesor asociado del demandante (...) que ha durado más de treinta años, desempeñando de manera continua labores docentes en el área de conocimiento (...), revela de manera indubitada que no estamos ante una necesidad docente de índole coyuntural y ni siquiera ante una cadena sucesiva de diversas necesidades docentes, cada una de ellas de duración temporal, sino ante una auténtica necesidad docente permanente y duradera (...), que no puede cubrirse mediante una concatenación de contratos de profesor asociado, aún cuando el demandante mantenga su actividad profesional extraacadémica, ya que si bien, con ello, se cumple el requisito que justifica el uso de esta modalidad contractual temporal, desde la vertiente del art. 53 LOU, no es compatible con las exigencias de la cláusula 5 del Acuerdo marco (...), lo que conduce a la calificación de la decisión extintiva como un despido improcedente²⁴.

Por el contrario, la STSJ de Murcia de 14 de marzo de 2016, al conocer el caso de un profesor asociado que ve extinguido su contrato tras más de 12 años de docencia, declara lícita la extinción del mismo, evidenciando el carácter estrictamente temporal del contrato de profesor asociado y la legalidad de la causa de extinción. A tal efecto, la citada resolución mantiene que «*la contratación como profesor asociado no está reñida con el pronunciamiento de la STJUE de 13 de marzo de 2014*», no en vano,

la propia sentencia del TJUE admite la posibilidad de utilización de este contrato para la cobertura de necesidades permanentes o recurrentes, como así ocurre habi-

²⁴ Vid. también, STSJ del País Vasco de 22 de diciembre de 2015 (AS\2016\386) y SSTSJ de Madrid de 12 de diciembre de 2014 (AS\2015\297) y de 24 de octubre de 2014 (AS\2014\2643).

tualmente en la práctica; sin que pueda obviarse que en el ámbito en que nos movemos, como es la contratación de profesorado universitario, no puede producirse una equiparación total y absoluta entre la lógica de la contratación temporal del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores y la situación del profesorado universitario, ya que la LOU, normativa especializada y aplicable en este caso, prevé en el ámbito laboral el carácter temporal del vínculo, diferenciando claramente entre los cuerpos docentes ordinarios —funcionarios— y el resto de personal laboral docente, vinculado por contratos temporales²⁵.

Pese a que la redacción inicial del art. 53 LOU no lo estableciera de forma expresa, la finalidad de la figura contractual de los profesores asociados siempre se ha circunscrito al desarrollo de tareas docentes. La redacción vigente de dicho precepto, introducida por la LOMLOU, ha venido a recoger formalmente esta realidad al establecer de forma expresa que *«la finalidad del contrato será la de desarrollar tareas docentes a través de las que se aporten sus conocimientos y experiencias profesionales a la universidad»*. Con esta previsión se constata de forma definitiva que con esta modalidad contractual lo que se pretende es incorporar a la universidad la experiencia que pueden aportar los especialistas de reconocida competencia como complemento a la labor desarrollada por los profesores e investigadores de los cuerpos docentes o contratados permanentes en régimen laboral.

De conformidad con la naturaleza y los requisitos de esta figura de profesorado, a los mismos se les exige una dedicación a tiempo parcial y, en ningún caso, a tiempo completo, puesto que estos profesores deben haber acreditado que ejercen su actividad fuera del ámbito académico universitario y, por tanto, su prestación de trabajo deberá ser compartida con el ejercicio de otra actividad profesional. La delimitación de esta parcialidad acostumbra a fijarse en la normativa autonómica, de la propia universidad o en la negociación colectiva, acostumbándose a fijar diferentes niveles de dedicación que dan lugar a una clasificación interna de los profesores asociados.

En atención al objeto de la prestación, el contrato laboral que tras la LOU vincula a los profesores asociados con la universidad es de naturaleza temporal. A pesar de que en la redacción inicial de dicha norma no se establecía de forma expresa cuál debía ser la duración máxima ni la duración mínima del contrato de profesor asociado, todo hacía presagiar que el parámetro de referencia debería ser el curso académico, si bien, nada parecía impedir su celebración por tiempos distintos. La reforma introducida por la LOMLOU vino a cubrir parcialmente esta laguna, al establecer que la duración del contrato será trimestral, semestral o anual, y que el mismo se podrá renovar por períodos de igual duración, siempre

²⁵ Vid. también, SSTSJ de Cataluña de 22 de mayo de 2015 (AS\2015\1330), de 5 de enero de 2015 (AS\2015\500) y de 5 de mayo de 2014 (AS\2014\1841).

que se siga acreditando el ejercicio de la actividad profesional fuera del ámbito académico universitario.

Siendo una modalidad contractual de naturaleza temporal, el cumplimiento del término señalado en el contrato implicará la extinción del mismo, salvo que se acuerde su prórroga. En esta dirección, la STSJ de Aragón de 21 de junio de 2006 al enjuiciar la extinción del contrato de un profesor asociado indica que

el actor suscribió un contrato de trabajo temporal como profesor asociado, con una duración de dos años, al término de la cual la universidad (...) decidió, previo informe negativo del Departamento (...), no prorrogar su contrato de trabajo, que se extinguió por cumplimiento del término pactado de conformidad con la normativa reguladora de la prestación de servicios de los profesores asociados universitarios, cuya vinculación con la universidad es temporal (AS\2006\2800)²⁶.

Algún convenio colectivo, sin embargo, prevé la renovación de los contratos de profesor asociado, siempre que concurren las circunstancias que se indican, salvo informe motivado en contra. En estos supuestos, los tribunales consideran que es necesario valorar si las causas para la no renovación son razonables y suficientes²⁷.

2.5. El contrato de profesor visitante

La reforma introducida por la LOMLOU, pese a reproducir en lo esencial los requisitos subjetivos exigidos por la LOU para proceder a la contratación de profesores visitantes, a saber, que se trate de profesores o investigadores de reconocido prestigio de otras universidades y centros de investigación, tanto españoles como extranjeros, ha venido a completar el régimen jurídico aplicable a esta figura contractual, en especial, en lo relativo a la finalidad del contrato, que se circunscribe al desarrollo tanto de tareas docentes como investigadoras a través de las que se aporten los conocimientos y la experiencia docente e investigadora de los indicados profesores a la universidad.

²⁶ Vid. también, STSJ de Cataluña de 11 de diciembre de 2008 (AS\2008\424) que concluye que «*la Universidad de Barcelona podía contratar al actor como profesor asociado a tiempo parcial solo con carácter temporal, no por tiempo indefinido, en virtud de una normativa que así lo autoriza y el contrato se podía extinguir por expiración del tiempo convenido, de conformidad con lo pactado y lo dispuesto en el art. 49.1.c) ET*». En la misma dirección pueden consultarse entre otras la STSJ de la Comunidad Valenciana de 6 de julio de 2007 (JUR\2007\326905), la STSJ de Cataluña de 12 de noviembre de 2009 (JUR\2009\75386), la STSJ de Galicia de 24 de abril de 2009 (JUR\2009\257448), la STSJ de Galicia de 2 de octubre de 2009 (JUR\2009\469951), la STSJ de Cataluña de 5 de mayo de 2010 (AS\2010\1697), la STSJ de Cataluña de 13 de febrero de 2013 (AS\2013\902), la STSJ de la Comunidad Valenciana de 10 de abril de 2014 (AS\2014\1699), la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 12 de marzo de 2015 (AS\2015\700), la STSJ de Murcia de 14 de marzo de 2015 (AS\2016\534), etcétera.

²⁷ Vid. SSTSJ de Andalucía (Sevilla) de 22 de julio de 2016 (AS\2016\1509) y de 6 de mayo de 2015 (AS\2015\1608).

La finalidad perseguida por esta modalidad contractual se vincula de este modo a los requisitos previstos para su formalización, puesto que es precisamente la condición de profesores o investigadores «*de reconocido prestigio*» de «*otras universidades y centros de investigación, tanto españoles como extranjeros*» lo que justifica que su contratación por parte de una universidad tenga por finalidad que los citados profesores o investigadores a través de las tareas docentes e investigadoras que desarrollen, aporten sus conocimientos y su experiencia docente e investigadora de excelencia que se les presupone. En todo caso, llama especialmente la atención que aunque se exige que se trate de profesores o investigadores «*de reconocido prestigio*» no se prevea ningún sistema de evaluación de tal circunstancia²⁸.

Asimismo, la normativa reguladora de esta modalidad contractual regula la duración de la misma, estableciéndose al respecto que este contrato será en todo caso temporal, según el acuerdo entre las partes y la dedicación del profesor contratado, que podrá ser a tiempo completo o parcial. Obsérvese al respecto los términos tan genéricos con que se contempla la duración y la dedicación de esta modalidad contractual, debiéndose acudir a las normativas autonómicas, universitarias y a los convenios colectivos para obtener una mayor acotación de ambas cuestiones.

De conformidad con esta configuración de los profesores visitantes, los mismos se postulan como el mejor instrumento para la consecución del objetivo de internacionalización de la universidad mediante la contratación de investigadores extranjeros, así como también, como un medio útil para fomentar la movilidad del profesorado entre las diferentes universidades nacionales (Rivera, 2016: 51).

A partir de estas premisas, corresponde a las normas autonómicas, universitarias y a la negociación colectiva la regulación de los aspectos esenciales de esta modalidad contractual como es la manera de acreditar el prestigio y reconocimiento de la valía profesional del profesor visitante, la duración del contrato, en todo caso temporal, las posibles prórrogas, la dedicación, la retribución o las causas válidas de extinción del contrato (González, 2016: 148).

Habiéndose establecido el requisito subjetivo de que se trate de «*profesores o investigadores de reconocido prestigio de otras universidades o centros de investigación, tanto españoles como extranjeros*» se plantea la cuestión de qué sucede cuando se contrata a alguien que no reúne esta condición y, en particular, cuando no se trate de un profesor externo. En este punto, debe considerarse

²⁸ También llama la atención sobre este hecho Baylos (2008: 63) al indicar que «*también la evaluación del «prestigio» del profesor o investigador visitante queda en manos de la apreciación de la Universidad y de las necesidades que ésta entienda atendibles a través de esta «importación» temporal de talentos*».

que nos encontramos ante una contratación fraudulenta que debe comportar la transformación del contrato de trabajo en un contrato indefinido²⁹.

2.6. El contrato de profesor emérito

Con la figura de los profesores eméritos se pretende preservar para el patrimonio de la universidad los conocimientos y las experiencias de aquellos profesores universitarios que por haber alcanzado la edad de jubilación deben abandonar la actividad universitaria que han desarrollado hasta el momento³⁰. Esta figura constituye una vía indirecta a través de la cual estos profesores pueden continuar vinculados con la actividad universitaria, compatibilizando su situación con la prestación de jubilación.

El vigente art. 54 bis introducido por la LOMLOU ha alterado sustancialmente la regulación de esta figura prevista en la redacción inicial de la LOU al prever que *«las universidades, de acuerdo con sus estatutos, podrán nombrar a profesores eméritos entre profesoras y profesores jubilados que hayan prestado servicios destacados a la universidad»*. Además de la confusa sustitución de los términos «contratar» por «nombrar» que se llevó a cabo en esta norma, con la nueva regulación de la figura del emérito se ha ampliado sustancialmente el ámbito subjetivo de este colectivo, puesto que el acceso a esta modalidad contractual ya no queda limitado únicamente a funcionarios jubilados de los cuerpos docentes universitarios, sino que también pueden acceder a la misma otros miembros de personal docente e investigador también jubilados, como ya recogen diferentes normas autonómicas y convenios colectivos aprobados tras la LOMLOU.

Pese a exigirse que el nombramiento de profesores eméritos se realice entre profesoras y profesores que hayan prestado «servicios destacados» a la universidad, nada se especifica en la ley sobre cómo debe acreditarse esta circunstancia, dejándose esta cuestión en la mayoría de normativas autonómicas a lo que se prevea en los estatutos de la universidad³¹.

²⁹ Sobre esta cuestión vid. la STSJ de Cataluña de 13 de abril de 2012 (AS 2012\2134). No es este, sin embargo, el criterio seguido por la STSJ de Madrid de 7 de octubre de 2015 (AS\2015\2513), que considera que *«las irregularidades en que pudiera haber incurrido la demandada en la contratación —que, según la sentencia de instancia, consistieron en haber excedido el primer contrato la duración máxima de 4 años establecida en la Ley (aunque no existiría tal, si se tiene en cuenta la reforma operada por la Ley 4/2007) y en haber utilizado en fecha 1 de mayo de 2010 un contrato que no era apto para formalizar la relación, dado que la actora no reunía los requisitos necesarios— no pueden determinar la conversión del contrato en indefinido, dado que, en lo que a este personal se refiere, el contrato ha de ser necesariamente de carácter temporal, por exigirlo así la ley, y que para acceder a otro tipo de contratación sin límites temporales se exige efectuarla a través de concurso público, en la forma legalmente establecida»*.

³⁰ Vid. también, San Martín (2012: 38).

³¹ En este punto, González (2016: 148) pone de manifiesto que *«lo indudable es que no existe derecho alguno a ser contratado como profesor emérito, que esa contratación o renovación depende del criterio de la universidad»*.

Pese a la previsión de esta figura que se contiene en la LOU, dicha norma no incorpora una regulación mínima de la misma, sino que deja un amplio margen de actuación a los Estatutos de las diferentes universidades para que la perfilen. Como consecuencia de la imprecisión del legislador a la hora de establecer el régimen jurídico de esta figura, no quedan excesivamente definidas las funciones que corresponden a estos profesores, si bien parece lógico que abarquen tanto a la actividad docente como a la investigadora.

Asimismo, tampoco en la LOU se especifica la duración de esta modalidad contractual o, en su caso, nombramiento de emérito, dentro de la lógica temporalidad que se atribuye a esta figura, ni el régimen de dedicación, que también por lógica sólo parece que pudiera ser a tiempo parcial, no en vano, dicha contratación se compatibiliza con la jubilación del profesor emérito. En este contexto, han sido las normas autonómicas las que han venido a precisar la temporalidad del profesor emérito y su régimen jurídico (duración total y eventuales prórrogas). La negociación colectiva tampoco ha permanecido totalmente al margen de la regulación de esta figura de profesorado, estableciendo algunas reglas generalmente dirigidas a la duración mínima y máxima de esta modalidad contractual, sus prórrogas y renovaciones.

Finalmente, con la finalidad de evitar que una excesiva proliferación de esta figura pudiera alterar la normal configuración y evolución de las plantillas de profesorado de las universidades, algunas regulaciones autonómicas, estatutos universitarios y convenios colectivos han previsto limitaciones al respecto, fijando que el número de profesores eméritos no pueda superar un porcentaje determinado de la plantilla de personal docente e investigador de la universidad.

3. Las modalidades de contratación laboral específicas del personal investigador previstas en la Ley de la Ciencia

3.1. El contrato predoctoral

La principal novedad que la Ley de la Ciencia introduce en relación con el personal investigador en formación o en fase inicial consiste, sin lugar a dudas, en la previsión, recogida en su art. 21, de una modalidad contractual específica dirigida a este colectivo y a la que pueden acudir, entre otras entidades, las universidades públicas, sin bien en este caso, únicamente cuando las mismas son receptoras de fondos cuyo destino incluya la contratación del personal investigador o para el desarrollo de sus programas propios de I+D+i³².

³² Sobre esta modalidad contractual vid. Moreno (2012).

La primera cuestión que cabe destacar del nuevo contrato predoctoral introducido por la Ley de la Ciencia es que se trata de una modalidad contractual dirigida a satisfacer una necesidad muy concreta y específica consistente en la contratación de aquellos investigadores que se encuentran elaborando la tesis doctoral en la fase inicial de su carrera investigadora. La Ley de la Ciencia se aparta de este modo de la opción adoptada por el Real Decreto 63/2006, de 27 de enero, por el que se aprueba el Estatuto del Personal Investigador en Formación (en adelante EPIF), que había acudido a las modalidades contractuales ordinarias o comunes previstas en el Estatuto de los Trabajadores para contratar a este colectivo, al menos durante una etapa de su formación coincidente con el tercer y cuarto año de las ayudas a la investigación, en particular, al contrato en prácticas previsto en el art. 11.1 ET³³.

Por el contrario, aunque el nuevo contrato predoctoral pueda compartir diversos de los elementos básicos y esenciales que definen al contrato en prácticas, formalmente se configura como una modalidad contractual específica y diferenciada de dicho contrato formativo. En consecuencia, la opción finalmente adoptada por la Ley de la Ciencia configura al contrato predoctoral como un contrato autónomo y desgajado del contrato en prácticas previsto en el Estatuto de los Trabajadores que, a pesar de las indudables similitudes existentes con éste, responde a unos objetivos distintos y sigue una dinámica propia. Por primera vez se diseña una modalidad contractual específica para la contratación laboral de este colectivo de investigadores en formación, diferente de las modalidades comunes de contratos formativos y de las de duración determinada (González del Rey, 2016: 48). Ello no impide, sin embargo, que en todo aquello no previsto en la Ley de la Ciencia y en sus normas de desarrollo, resulte de aplicación al contrato predoctoral lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores y en sus normas de desarrollo.

La sustitución del contrato en prácticas por el contrato predoctoral como vía de vinculación contractual del personal investigador en formación que lleva a cabo la Ley de la Ciencia no implica un mero cambio de modalidad contractual, sino que, por el contrario, ha supuesto un cambio radical y de amplio calado en la concepción que tradicionalmente ha recibido el colectivo del personal investigador en formación, en la medida en que al preverse una modalidad contractual específica con una duración máxima de cuatro años, se abandona el modelo de financiación de la formación investigadora introducido con carácter general por el EPIF conocido como modelo 2+2, que se caracteriza por combinar dos años de beca de investigación y dos años de contratación en prácticas del investigador, y se adopta por primera vez en una norma estatal con rango de ley el modelo de financiación de la formación investigadora conocido como mo-

³³ Sobre el Estatuto del Personal Investigador en Formación vid. Moreno (2008).

delo 0+4, en el que se elimina cualquier fase de beca, procediéndose a la contratación laboral de los investigadores que se encuentran en formación desde el inicio de su carrera investigadora, es decir, desde el inicio de su participación en los trabajos o proyectos de investigación conducentes a la elaboración y defensa de su tesis doctoral³⁴.

Todo el régimen jurídico del contrato predoctoral se encuentra imbuido de la finalidad que se persigue con esta modalidad contractual que no es otra que la formación del personal investigador mediante la realización de la tesis doctoral que le permita obtener el título de doctor. De esta finalidad deriva la denominación de la modalidad contractual de «contrato predoctoral» y de uno de los sujetos contratantes, es decir, el «personal investigador predoctoral en formación».

La finalidad del contrato predoctoral se manifiesta en su objeto que consiste en *«la realización de tareas de investigación, en el ámbito de un proyecto específico y novedoso, por quienes estén en posesión del título de licenciado, ingeniero, arquitecto, graduado universitario con grado de al menos 300 créditos ECTS o master universitario o equivalente, y hayan sido admitidos a un programa de doctorado»* (art. 21.a) Ley de la Ciencia). A pesar de que la delimitación inicial del objeto del contrato podría plantear alguna duda al referirse genéricamente a *«la realización de tareas de investigación, en el ámbito de un proyecto específico y novedoso»*, la posterior exigencia de que estas actividades se desarrollen por quienes *«hayan sido admitidos a un programa de doctorado»* pone de manifiesto que el proyecto específico y novedoso que constituye el objeto de este contrato equivale a la realización de la tesis doctoral (Nogueira, 2016: 133)³⁵.

Sorprende que la regulación de esta modalidad contractual no contemple la posibilidad de que el personal investigador predoctoral en formación vinculado mediante esta modalidad contractual pueda desarrollar, junto a las actividades investigadoras que constituyen el objeto principal de este contrato y, en particular, junto a la elaboración y defensa de la tesis doctoral, actividades docentes complementarias, no en vano, es habitual que este colectivo colabore en las tareas docentes propias de la universidad u otro organismo de investigación

³⁴ González y Cristóbal (2011: 1078) indican que el contrato predoctoral introducido por la Ley de la Ciencia supone que *«desde el primer año de vinculación, el investigador adquiere los derechos laborales y de Seguridad Social equiparables a cualquier trabajador que formalice un contrato de duración determinada. A diferencia de lo que ocurre, hasta el momento, con el personal investigador en formación de beca, cuyos derechos se encuentran ligeramente mermados durante los dos primeros años de disfrute de la ayuda a la investigación»*. Vid. también, Luján (2012: 202).

³⁵ Por el contrario, Sirvent (2015: 13-14) considera al respecto que *«dada la laxitud con la que se expresa la norma, puede entenderse que el objeto del contrato no tiene por qué ser en todos los casos la elaboración de la tesis doctoral, pudiendo venir constituido también el mismo por la realización de trabajos de investigación en el seno de un proyecto concreto y novedoso, quedando obligado, en cualquier caso, el destinatario del contrato a participar en el programa de doctorado correspondiente»*.

al que se encuentra vinculado³⁶. En todo caso, las diferentes convocatorias de ayudas predoctorales continúan estableciendo la posibilidad de que los investigadores predoctorales colaboren en tareas docentes.

En este punto, debe tenerse en cuenta que *a priori* parece admisible que se prevea la posibilidad de que los investigadores en formación puedan colaborar en tareas docentes, sobretudo si tenemos en cuenta que la formación recibida por el investigador en formación debe servirle no sólo para incorporarse a la carrera investigadora, sino también a la carrera docente³⁷. Sin embargo, debe velarse para que las tareas docentes del investigador en formación no desvirtúen la finalidad formativa del contrato predoctoral, al prevalecer la actividad docente del investigador en formación sobre su actividad investigadora y muy especialmente sobre su dedicación a la elaboración de la tesis doctoral³⁸.

La finalidad perseguida por el contrato predoctoral determina también los requisitos subjetivos que deben satisfacerse por parte del investigador para poder ser contratado mediante esta modalidad contractual, en concreto, estar en posesión de una determinada titulación y haber sido admitido en un programa de doctorado. Respecto a las titulaciones admitidas para formalizar este contrato se incluye la titulación de licenciado, ingeniero, arquitecto, graduado universitario con grado de al menos 300 créditos ECTS o máster universitario, o equivalente. Por lo demás, no se exige, a diferencia de lo que sucede con el contrato en prácticas, que estas titulaciones tengan una antigüedad máxima, lo cual, unido a la ausencia de una edad máxima para la formalización de este contrato, comporta que esta modalidad contractual se pueda formalizar no únicamente con jóvenes investigadores recientemente titulados, sino también con investigadores de más edad que ya hace tiempo que finalizaron sus estudios.

Respecto al requisito de haber sido admitido en un programa de doctorado, dicha admisión deberá llevarse a cabo de conformidad con lo previsto en los arts. 6 y 7 del Real Decreto 99/2011. El cumplimiento de este segundo requisito deberá acreditarse además en el momento de la formalización del contrato predoctoral, que necesariamente debe ser por escrito, ya que deberá acompañarse al contrato un «escrito de admisión al programa de doctorado expedido por la unidad responsable de dicho programa, o por la escuela de doctorado o posgrado en su caso» (art. 21.b) de la Ley de la Ciencia).

³⁶ Al respecto, Marina (2012: 11) indica que el art. 21 de la Ley de la Ciencia no contempla la posibilidad de que el personal investigador predoctoral en formación colabore en tareas docentes, algo que sí admite el EPIF.

³⁷ En la misma dirección, Morón (2006: 461) considera que la posibilidad de impartir un número limitado de clases se justifica en su interés formativo.

³⁸ A tal efecto, Sirvent (2016: 93) indica que la falta de previsión de tareas docentes en los contratos predoctorales tal vez se deba a la voluntad de evitar prácticas abusivas en este punto.

De conformidad con estas exigencias, si el investigador ya se encuentra en posesión del título de doctor en el mismo campo o área de conocimiento no podrá acudir al contrato predoctoral (Sirvent, 2016: 87).

El objeto del contrato predoctoral —elaboración y defensa de la tesis doctoral que permita al investigador en formación obtener su título de doctor— también comporta que el mismo se configure con dedicación a tiempo o a jornada completa, no siendo posible celebrar contratos a tiempo parcial bajo esta modalidad contractual, sin perjuicio, claro está, de los supuestos en que se proceda a reducir la jornada de trabajo en los supuestos legalmente admitidos.

Por la misma razón que justifica que el contrato predoctoral se configure con dedicación a tiempo o a jornada completa, es decir, la finalidad formativa consistente en que el investigador predoctoral elabore y defienda su tesis doctoral, el contrato predoctoral se define como un contrato de evidente naturaleza temporal, no en vano, la elaboración y defensa de la tesis doctoral, requieren una delimitación temporal. En esta dirección, el art. 21.c) de la Ley de la Ciencia tras indicar que «*el contrato será de duración determinada*» establece que

la duración del contrato no podrá ser inferior a un año, ni exceder de cuatro años (...) No obstante, cuando el contrato se concierte con una persona con discapacidad, el contrato podrá alcanzar una duración máxima de seis años, prórrogas incluidas, teniendo en cuenta las características de la actividad investigadora y el grado de las limitaciones de la actividad.

En definitiva, la duración máxima de esta modalidad contractual será con carácter general de cuatro años y de hasta seis años si se trata de trabajadores con discapacidad, debiéndose atender en este supuesto a las características de la actividad investigadora y al grado de limitaciones en la actividad del investigador con discapacidad.

Para el cómputo de la duración máxima del contrato predoctoral se tendrán en cuenta todas las contrataciones efectuadas con el mismo investigador predoctoral en formación con la misma o distinta entidad, de modo que si un investigador ya ha sido contratado con anterioridad mediante esta modalidad contractual por otra entidad, la duración máxima del nuevo contrato predoctoral que vaya a formalizar con la misma únicamente podrá tener una duración máxima equivalente a la diferencia existente entre la anterior contratación y la duración máxima de cuatro años o, en su caso, de hasta seis años para los discapacitados, prevista para esta modalidad contractual. Llama la atención en este punto que no se haya contemplado una previsión similar en relación con una posible sucesión del contrato de ayudante que, como ya se ha indicado, se prevé con una función prácticamente idéntica a la del contrato predoctoral, evitándose de este modo el encadenamiento de ambos modalidades contractuales (González del Rey, 2016: 50).

El art. 21.c) de la Ley de la Ciencia concreta un poco más la duración del contrato predoctoral, habiendo sido modificada esta materia de forma importante por la disposición adicional sexta de la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral (en adelante, Ley 30/2015). Tras la reforma introducida por la Ley 30/2015, ya no se establece la obligatoriedad de que la duración del contrato sea de un año prorrogable por períodos anuales, sino que únicamente se establecen los límites máximos y mínimos de duración del contrato, al establecerse que la duración del mismo *«no podrá ser inferior a un año, ni exceder de cuatro años»*. A partir de esta premisa, se indica que *«cuando el contrato se hubiese concertado por una duración inferior a cuatro años podrá prorrogarse sucesivamente sin que, en ningún caso, las prórrogas puedan tener una duración inferior a un año»*. En consecuencia, tras la reforma, dentro de los límites máximos y mínimos de duración del contrato, las partes fijarán la duración del contrato que consideren conveniente, pudiendo llegarse a establecer, incluso, una duración inicial de cuatro años. Únicamente para el supuesto en que se fijen duraciones inferiores a la máxima de cuatro años se contempla la posibilidad de que el mismo pueda prorrogarse hasta la misma, siempre que las prórrogas tengan una duración mínima de un año.

Ahora bien, como contrapartida a la admisibilidad de contrataciones más extensas en el tiempo, superiores a la duración anual prevista anteriormente, se establece que

la actividad desarrollada por el personal investigador predoctoral en formación será evaluada anualmente por la comisión académica del programa de doctorado, o en su caso de la escuela de doctorado, durante el tiempo que dure su permanencia en el programa, pudiendo ser resuelto el contrato en el supuesto de no superarse favorablemente dicha evaluación³⁹.

Aunque con carácter general se establece que la duración inicial y las prórrogas del contrato predoctoral no pueden ser inferiores a un año, la propia norma establece una excepción para aquellos supuestos en que por haber estado ya contratado el trabajador bajo esta modalidad contractual, el tiempo que le reste hasta el máximo de cuatro años, o de seis en el caso de personas con discapacidad, sea inferior a un año; para estos supuestos se prevé que pueda concertarse el contrato, o su prórroga, por el tiempo que reste hasta el máximo establecido en cada caso.

³⁹ En este punto, Nogueira (2015) indica que *«en algún tipo de actividades investigadoras el avance que se percibe año tras año es escaso, y tener que probarlo anualmente puede ser una tarea ardua que derive en cierta inseguridad para el trabajador e, incluso, para el empleador. De esta manera, quizás sea suficiente la emisión de un informe cada dos años, como se realizaba hasta el momento, para justificar las ayudas a la formación de investigadores»*.

También en relación con la duración del contrato predoctoral, en la línea ya avanzada en su momento por la LOMLOU, se prevé que *«las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad, adopción o acogimiento, riesgo durante la lactancia y paternidad, suspenderán el cómputo de la duración del contrato»*. La finalidad de esta medida es que las situaciones indicadas resulten inocuas para la carrera profesional del personal investigador y, muy especialmente, de las investigadoras⁴⁰.

Finalmente, aunque el contrato predoctoral está dirigido a quienes no se encuentran en posesión del título de doctor, la obtención del mismo no debería suponer automáticamente la extinción del contrato predoctoral, sino que al estar configurado como un contrato a término el mismo no debería extinguirse hasta que finalizara la duración prevista en el contrato inicial o en sus prórrogas. En cualquier caso, una vez obtenida la titulación de doctor no deberían poderse formalizar nuevas prórrogas del contrato al no poder satisfacerse la exigencia de que el investigador permanezca en el programa de doctorado (González, 2016: 150 y González, 2016: 51). No es este, sin embargo, el criterio adoptado mayoritariamente; por el contrario, se considera que el contrato, aunque no se haya agotado su tiempo máximo, debe extinguirse con la lectura de la tesis doctoral o si *ante tempus* finaliza la permanencia en el programa de doctorado (Serrano, 2014: 102 y Nogueira, 2016: 137).

Asimismo, llegado el término final del contrato predoctoral, el mismo se extinguirá con independencia de si se ha cumplido su objeto, es decir, con independencia de si el investigador predoctoral ha elaborado y defendido con éxito su tesis doctoral. En estos supuestos, la extinción del contrato de trabajo se llevará a cabo de conformidad con lo establecido en el art. 49.1.c) ET, de modo que si el contrato predoctoral se extingue por expiración del tiempo convenido será necesaria la denuncia del mismo. Al tener el contrato predoctoral una duración mínima de un año, la denuncia del mismo deberá formularse con una antelación mínima de quince días, dando lugar el incumplimiento de este plazo a una indemnización equivalente al salario correspondientes a los días en que dicho plazo se ha incumplido. En estos supuestos el investigador predoctoral en formación que ha visto extinguido su contrato no tendrá derecho a indemnización alguna⁴¹.

La finalidad formativa del contrato predoctoral también determina la retribución que corresponde a los investigadores predoctorales en formación. En este sentido, el art. 21.d) de la Ley de la Ciencia establece que

⁴⁰ A tal efecto, Luján (2012: 203) indica que esta previsión pone de manifiesto la conexión entre el objeto del contrato y su régimen jurídico, de modo que *«importa el desarrollo de tareas de investigación en el ámbito de un proyecto específico durante un periodo de tiempo acotado, no el transcurso mecánico de los años»*.

⁴¹ Así lo indican también, González (2016: 150) y González del Rey (2016: 54).

la retribución de este contrato no podrá ser inferior al 56 por 100 del salario fijado para las categorías equivalentes en los convenios colectivos de su ámbito de aplicación durante los dos primeros años, al 60% durante el tercer año, y al 75 por 100 durante el cuarto año. Tampoco podrá ser inferior al salario mínimo interprofesional que se establezca cada año, según el art. 27 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Esta desigualdad retributiva parece un tanto excesiva, puesto que unas retribuciones mínimas del 56 por 100 del salario fijado para las categorías equivalentes en el convenio colectivo durante los dos primeros años y del 60 y del 75 por 100 durante el tercer y el cuarto año no parecen estar plenamente justificadas, puesto que los investigadores predoctorales en formación tras un breve lapso de tiempo suelen llevar a cabo una actividad investigadora cuanto menos similar a la desarrollada por otros investigadores de la universidad o centro de investigación en el que se adscriben⁴².

Este sistema de fijación del salario correspondiente al personal predoctoral en formación plantea además dos interrogantes adicionales de difícil resolución práctica: en primer lugar, la determinación de las categorías equivalentes a dicho colectivo en el convenio colectivo de su ámbito de aplicación; y, en segundo lugar, qué sucede cuando se producen desajustes entre los programas de ayuda a la investigación mediante los que se financian estos contratos y el módulo de cálculo del salario previsto en el art. 21 d) de la Ley de la Ciencia.

Como consecuencia de la previsión de contratar al personal predoctoral en formación a través del contrato predoctoral, estos investigadores también se encuentran obligatoriamente incluidos desde el inicio de su contratación en el Régimen General de la Seguridad Social como trabajadores por cuenta ajena, en los mismos términos que cualquier trabajador por cuenta ajena, como así lo prevé de forma expresa la disposición adicional decimoctava de la Ley de Ciencia⁴³.

3.2. El contrato de acceso al sistema español de ciencia, tecnología e innovación

A diferencia de lo que sucedía con alguno de los primeros borradores de la Ley de la Ciencia, que preveía una etapa intermedia entre la fase predoctoral y

⁴² De forma expresiva Nogueira (2015) afirma que *«este contrato es el peor remunerado de todos los existentes, al menos en sus dos primeros años, es decir, cualquier otro modelo contractual genera más beneficios al trabajador que el aquí estudiado»*. Sirvent (2015: 16) también se muestra muy crítica al respecto, considerando que ello puede suponer un lastre a la hora de reclutar potenciales investigadores. También críticos con esta retribución tan reducida se muestran González y Cristóbal (2011: 1079).

⁴³ González y Cristóbal (2011: 1078) indican que el contrato predoctoral introducido por la Ley de la Ciencia supone que *«desde el primer año de vinculación, el investigador adquiere los derechos (...) de Seguridad Social equiparables a cualquier trabajador que formalice un contrato de duración determinada»*.

la fase de acceso al sistema de ciencia, tecnología e innovación, la redacción final de la misma no prevé de forma expresa esta etapa ni, por tanto, contempla una modalidad contractual específica para este colectivo, estableciéndose únicamente en el art. 20.4 que

la consecución de la titulación de doctorado pondrá fin a la etapa de formación del personal investigador, y a partir de ese momento dará comienzo la etapa postdoctoral. La fase inicial de esta etapa está orientada al perfeccionamiento y especialización profesional del personal investigador, y se podrá desarrollar, entre otros mecanismos, mediante procesos de movilidad y mediante contratación laboral de duración determinada.

Todo hace pensar, en consecuencia, que los momentos iniciales de la etapa postdoctoral seguirán consistiendo en estancias formativas en el extranjero y en la participación del investigador doctor en diferentes proyectos de investigación hasta poder alcanzar los méritos necesarios para acceder al sistema español de ciencia, tecnología e innovación⁴⁴. La Ley de la Ciencia no precisa, sin embargo, cómo se organizará desde una vertiente contractual esta etapa, habiéndose limitado a prever que la misma se podrá desarrollar, entre otros mecanismos, mediante procesos de movilidad y mediante contratación laboral de duración determinada, lo cual plantea no pocos interrogantes⁴⁵.

Una vez finalizada la primera etapa de la formación postdoctoral y ante las dificultades que tradicionalmente ha planteado la incorporación de estos investigadores postdoctorales al sistema español de ciencia, tecnología e innovación, el art. 22 de la Ley de la Ciencia contempla otra modalidad de contrato de trabajo específica para el personal investigador que recibe la denominación de «*contrato de acceso al sistema español de ciencia, tecnología e innovación*» y que, como su propio nombre indica, tiene por finalidad precisamente la de favorecer la incorporación de los investigadores postdoctorales al sistema español de ciencia, tecnología e innovación.

Como ya hemos visto que sucede con las figuras del ayudante y del profesor ayudante doctor previstas en la LOU, este diseño de encadenamiento de contratos de naturaleza temporal, ahora contrato predoctoral y contrato de acceso al sistema de ciencia, tecnología e innovación, contrasta con la previsión que se contiene en el art. 15.5 ET, según la cual se anuda al encadenamiento de de-

⁴⁴ Sobre el alcance de esta previsión, Molina (2013: 363), tras indicar que no se entiende muy bien cuál es el mandato legal que incorpora esta norma, considera que se trata de una declaración vaga orientada a explicar qué es esta fase post-doctoral y, sobre todo, que pretende reafirmar que tiene un carácter temporal y dinámico, esto es, que debe presuponer la movilidad del personal investigador.

⁴⁵ San Martín (2012: 64) llama la atención sobre el riesgo de que la expresión «*entre otros mecanismos*» pueda dar cabida a las becas.

terminados contratos laborales durante un determinado período de tiempo la consecuencia de provocar la declaración de fijeza del trabajador. Las previsiones contenidas en este precepto, sin embargo, no resultan de aplicación a estas modalidades contractuales, por tratarse de contratos especiales de trabajo con una indudable naturaleza formativa. En todo caso y para evitar dudas al respecto, la disposición adicional decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores establece que no será de aplicación lo dispuesto en el art. 15.5 ET a las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas «*en cualquiera otras normas con rango de ley*», entre las cuales se encuentran los contratos previstos en la Ley de la Ciencia.

Al igual que sucedía con el contrato predoctoral, se prevé que puedan acudir a esta modalidad contractual, entre otras entidades las universidades públicas, sin bien en este caso, únicamente cuando las mismas son receptoras de fondos cuyo destino incluya la contratación del personal investigador o para el desarrollo de sus programas propios de I+D+i.

El contrato de acceso al sistema español de ciencia, tecnología e innovación encuentra un precedente inmediato en el contrato para la incorporación de investigadores al sistema de ciencia y tecnología regulado en el art. 17.b) Ley 13/1986, de modo que su entrada en vigor no supuso una modificación radical en este punto, sino una simple actualización o adaptación a las nuevas circunstancias de una modalidad contractual previamente existente.

El contrato de acceso al sistema español de ciencia, tecnología e innovación se configura en la Ley de la Ciencia como una modalidad de contrato de trabajo específica del personal investigador que satisface una necesidad muy concreta de contratación consistente en que el personal investigador contratado pueda desarrollar tareas de investigación que le permitan obtener un elevado nivel de perfeccionamiento y especialización profesional, consolidando de este modo su experiencia profesional. Pese a ello, como sucedía con el anterior contrato para la incorporación de investigadores al sistema de ciencia y tecnología, la regulación del contrato de acceso al sistema español de ciencia, tecnología e innovación mantiene intensos vínculos con la regulación del contrato en prácticas prevista en el art. 11 ET. En este punto, el art. 22.1.f) de la Ley de la Ciencia prevé que «*en lo no previsto en este artículo, será de aplicación el art. 11.1 del Estatuto de los Trabajadores*».

La remisión al contrato en prácticas que lleva a cabo la Ley de la Ciencia al regular el contrato de acceso al sistema español de ciencia, tecnología e innovación permite plantear la cuestión de si esta modalidad contractual constituye una mera adaptación del contrato en prácticas común u ordinario a las características propias de la contratación de investigadores o si, por el contrario, nos encontramos ante una modalidad contractual ciertamente independiente o desajada del tronco común del contrato en prácticas previsto por el art. 11.1 ET. Las extensas y relevantes particularidades previstas para el contrato de acceso al

sistema español de ciencia, tecnología e innovación respecto al contrato en prácticas ordinario o común parecen avalar esta segunda opción, configurándose al respecto una modalidad muy singular de contrato en prácticas dirigida a la contratación de los investigadores doctores⁴⁶.

La diferenciación entre el contrato en prácticas ordinario o común previsto por el art. 11.1 ET y el contrato de acceso al sistema español de ciencia, tecnología e innovación introducido por la Ley de la Ciencia alcanza a la propia configuración de la finalidad perseguida por ambos contratos, puesto que mientras que puede afirmarse con mayor o menor rotundidad que el contrato en prácticas ordinario o común tiene como objetivo básico la formación del trabajador, al permitirle la obtención de una práctica profesional adecuada al nivel de estudios, el contrato de acceso al sistema español de ciencia, tecnología e innovación, como su nombre indica, parece más bien una vía o un mecanismo de inserción del investigador en el mercado laboral y, por tanto, se configura como un instrumento de fomento del empleo de los investigadores (Serrano, 2014: 107)⁴⁷, más que de formación⁴⁸. En esta dirección, el contrato de acceso al sistema español de ciencia, tecnología e innovación pretende responder a las dificultades que existen para absorber el flujo de investigadores que produce el sistema, con lo que se convierte más en una vía para facilitar la carrera profesional de los investigadores al término de su formación, que en una vía de capacitación práctica o profesional. A tal efecto, se ha señalado que esta modalidad contractual constituye un *«paso necesario (y no evitable para el investigador) para poder alcanzar, con posterioridad, la estabilidad en el empleo, ya sea mediante la contratación laboral fija o a través de una plaza de funcionario de carrera»* (Serrano, 2014: 107).

La principal manifestación del predominio de la finalidad de inserción frente a la finalidad formativa del contrato de acceso al sistema español de ciencia, tecnología e innovación se encuentra en la exigencia de que esta modalidad contractual sólo podrá concertarse *«con quienes estén en posesión del título de doctor o equivalente»* (art. 22.1.a) de la Ley de la Ciencia). A tal efecto, la exigencia de una titulación del nivel del doctorado desvirtúa la dimensión formativo-práctica de este contrato, ya que, habiéndose realizado los cursos de doctorado y el trabajo de investigación que conduce a la obtención del título de doctor, real-

⁴⁶ En esta misma dirección, González (2015) indica que *«no se trata de un contrato en prácticas puesto que las particularidades diseñadas por el legislador lo alejan de la esencia de aquél, pero la aplicación subsidiaria del art. 11.1 (...) nos permitiría hablar de un contrato en prácticas en cierta medida desvirtuado»*.

⁴⁷ Vid. también, STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 2 de septiembre de 2013 (AS\2014\143).

⁴⁸ Frente a ello, González (2015) señala que *«el investigador, contratado bajo esta modalidad, todavía se encuentra en un período formativo, si bien, con una mayor implicación investigadora y/o científica que en el contrato predoctoral en formación»*.

mente cabe presumir que el sujeto posee la aptitud y la experiencia laboral suficientes para realizar trabajos de investigación en los mismos términos que cualquier investigador que no esté contratado mediante esta especie de contrato en prácticas singular que es el contrato de acceso al sistema español de ciencia, tecnología e innovación.

A diferencia de lo que sucede con el contrato en prácticas ordinario, el art. 22 de la Ley de la Ciencia establece que no serán de aplicación a esta modalidad contractual *«los límites de cinco años, o de siete años cuando el contrato se concierte con un trabajador con discapacidad, a que se refiere el art. 11.1 del Estatuto de los Trabajadores»*. En este punto se vuelve a poner en evidencia que la finalidad última del contrato de acceso al sistema de ciencia, tecnología e innovación no es tanto la formativa, sino fundamentalmente la de inserción en el mercado laboral, puesto que la supresión de este límite facilitará el acceso a esta modalidad contractual de aquellos investigadores que no hayan querido o no hayan podido incorporarse al mercado de trabajo de forma inmediata a la obtención del título de doctor (González, 2015). A tal efecto, la supresión de este límite temporal, acompañada de la ausencia de una edad máxima para la formalización de este contrato y, fundamentalmente, de las peculiares características de la carrera investigadora, permite la formalización de esta modalidad contractual con investigadores de avanzada edad y, fundamentalmente, con una gran experiencia, lo que permite poner en tela de juicio el carácter formativo de esta modalidad contractual⁴⁹.

La principal especialidad del contrato de acceso al sistema de ciencia, tecnología e innovación respecto al contrato en prácticas ordinario o común viene dada por el objeto de esta modalidad contractual introducida por la Ley de la Ciencia. En este punto, el art. 11.1.a) ET se limita a establecer que *«el puesto de trabajo deberá permitir la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios o de formación cursados»*, con lo que se pretende ofrecer al trabajador la posibilidad de completar la formación recibida con la experiencia propia del desempeño de un puesto de trabajo. Esta previsión genérica se concreta un poco más en el art. 22.1.a) de la Ley de la Ciencia que prevé que el trabajo a desarrollar por el investigador contratado a través del contrato de acceso al sistema de ciencia, tecnología e innovación *«consistirá primordialmente en la realización de tareas de investigación, orientadas a la obtención por el personal investigador de un elevado nivel de perfeccionamiento y especialización profesional, que conduzcan a la consolidación de su experiencia profesional»*⁵⁰.

⁴⁹ Esta problemática ya se planteaba con el anterior contrato de incorporación de investigadores al sistema de ciencia y tecnología previsto por la Ley 13/1986. Vid. al respecto, Moreno (2008).

⁵⁰ En este punto, llama la atención la laxitud de las funciones de estos investigadores que se admite en la STSJ de Galicia de 6 de febrero de 2015 (AS 2015\825) cuando dice que *«el desempeño ocasional en actividades diferentes de las que figuran en su contrato de trabajo, puede entrar dentro de las*

A pesar de que el objeto de esta modalidad contractual consiste en la realización de tareas de investigación, el art. 22.1.e) de la Ley de la Ciencia permite que el personal investigador que sea contratado a través del contrato de acceso al sistema español de ciencia, tecnología e innovación pueda prestar colaboraciones docentes⁵¹. La posibilidad de colaborar en tareas docentes, sin embargo, únicamente se admite si se cumplen determinados condicionantes con los que se pretende asegurar que estas colaboraciones no desvirtúen el objeto fundamental de esta modalidad contractual consistente en la realización de tareas de investigación, que permitan al investigador contratado alcanzar un alto nivel de perfeccionamiento y especialización profesional que conduzcan a la consolidación de su experiencia profesional. Los requisitos exigidos para que los investigadores puedan prestar colaboraciones docentes son los siguientes: a) que se trate de colaboraciones complementarias a su actividad principal que es la investigación; b) que las colaboraciones docentes estén relacionadas con la actividad de investigación a desarrollar por el investigador contratado; c) que como máximo alcancen las 80 horas anuales; d) que exista acuerdo del departamento implicado y aprobación de la entidad para la que se prestan los servicios; y e) que se cumpla la normativa de incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas.

La configuración del objeto de este contrato que consiste «primordialmente» en la realización de tareas de investigación y, en menor medida, en colaborar en tareas docentes, distancia a esta modalidad contractual del contrato de profesor ayudante doctor que se configura, como ya se ha indicado, como una figura que mantiene de modo más claro una doble dedicación docente e investigadora (González del Rey, 2016: 56).

El contrato de acceso al sistema español de ciencia, tecnología e innovación, en tanto que modalidad muy singular de contrato en prácticas dirigida a la contratación de los investigadores doctores mantiene el elemento de temporalidad, si bien, fijando otros límites máximos y mínimos, en concreto, el art. 22.1.c) de

directrices y órdenes que el investigador principal pueda encomendar, para realizar actividades en otro grupo de investigación, que siempre van a estar enlazadas o conexas con el proyecto principal, es decir, que cualquiera de los trabajos realizados por el actor podían ser aprovechados tanto en la realización de su proyecto como en otros grupos de investigación, siempre que esas actividades sean meramente ocasionales, como así ha sido, sin que ello constituya fraude en la contratación, tal como invoca la parte recurrente. Y tampoco existe tal fraude por el hecho de que los proyectos de investigación del organismo demandado estén dentro de lo que se puede considerar su actividad normal y cotidiana, siempre que los mismos tengan autonomía y sustantividad propia, como ocurre en el presente caso, razón por la cual este motivo de recurso también debe ser desestimado».

⁵¹ Como pone de manifiesto Molina (2016: 58) «de esta posibilidad han venido beneficiándose ampliamente los investigadores contratados bajo esta modalidad por parte de las universidades, al objeto de poder acreditar como mérito a considerar la impartición de docencia, de cara a la obtención de las acreditaciones necesarias para acceder a plazas de profesorado universitario contratado o bien al Cuerpo de Funcionarios Docentes Universitarios».

la Ley de la Ciencia prevé que «*la duración del contrato no podrá ser inferior a un año, ni exceder de cinco años*». Para el cómputo de la duración máxima se tendrán en cuenta todas las contrataciones efectuadas con el mismo investigador postdoctoral por la misma o distinta entidad mediante esta modalidad contractual, de modo que si el investigador doctor ya ha sido contratado con anterioridad mediante el contrato de acceso al sistema español de ciencia, tecnología e innovación, la duración del nuevo contrato que se vaya a formalizar únicamente podrá tener una duración máxima equivalente a la diferencia existente entre la anterior contratación y la duración máxima de cinco años prevista para esta modalidad contractual⁵². También podría haberse incorporado una previsión similar en relación con una posible sucesión respecto del contrato de profesor ayudante doctor, evitándose de este modo el encadenamiento de ambas modalidades contractuales, sin perjuicio de que en este supuesto, como ya se ha indicado, no existe una identidad absoluta entre las finalidades de ambas figuras (González del Rey, 2016: 50).

El art. 22.1.c) de la Ley de la Ciencia concreta un poco más la duración del contrato de acceso al sistema español de ciencia, tecnología e innovación, puesto que además de fijar la duración máxima del mismo, prevé que si la duración del contrato es inferior a cinco años, el mismo podrá prorrogarse sucesivamente, sin que, en ningún caso, las prórrogas puedan tener una duración inferior al año. Por tanto, esta modalidad contractual podrá formalizarse por su duración máxima, o bien, por duraciones inferiores, en todo caso no inferiores a un año. En este segundo supuesto, es decir, cuando se formalice por una duración inferior a la máxima, podrá prorrogarse una o diversas veces, con la única limitación de que estas prórrogas no pueden tener una duración inferior al año. Asimismo, la finalidad formativa propia del contrato justifica que esta modalidad contractual comporta que cada investigador únicamente pueda celebrar este contrato por su duración máxima una sola vez, de modo que ningún investigador podrá ser contratado mediante esta modalidad, en la misma o distinta entidad, por un tiempo superior a cinco años (Luján, 2012: 205).

Finalmente, en relación con la duración del contrato de acceso al sistema de ciencia y tecnología, en la línea ya avanzada en su momento por la LOMLOU, se prevé que «*las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad, adopción o acogimiento, riesgo durante la lactancia y paternidad, suspenderán el cómputo de la duración del contrato*». Como ya indicábamos en relación con el contrato predoctoral, la finalidad de esta medida es que las situaciones indicadas resulten inocuas para la carrera profesional del personal investigador y, muy especialmente, de las investigadoras.

⁵² González (2015) considera que esta medida constituye un intento de evitar la precarización de esta figura.

A diferencia de lo que sucede con el contrato predoctoral, el art. 22 de la Ley de la Ciencia no contiene ninguna limitación en relación a la formalización a tiempo parcial del contrato de acceso al sistema de ciencia, tecnología e innovación, de modo que el mismo podrá celebrarse a tiempo completo o a tiempo parcial. Esta circunstancia contrasta también con la regulación del profesor ayudante doctor contenida en el art. 50 de la LOU, que acostumbra a equipararse con esta modalidad contractual, que por Ley ha de formalizarse necesariamente a tiempo completo. En todo caso, siendo el objeto del contrato eminentemente de carácter investigador, en el supuesto de formalizarse a tiempo parcial deberán reducirse proporcionalmente las colaboraciones docentes que corresponde realizar al investigador.

La fijación para los trabajadores en prácticas de un salario inferior al del resto de los trabajadores ordinarios se ha perfilado como una nota común de los contratos formativos, incluido el de prácticas; por esta razón, llama especialmente la atención que el art. 22.1.d) de la Ley de la Ciencia al regular la retribución del investigador contratado a través de la modalidad contractual de acceso al sistema español de ciencia, tecnología e innovación establezca que *«la retribución de este contrato no podrá ser inferior a la que corresponda al personal investigador que realice actividades análogas»*. Este precepto restablece, por tanto, el principio de equivalencia retributiva entre el personal investigador contratado a través de esta modalidad singular de contrato en prácticas dirigida a la contratación de los investigadores doctores y el personal investigador que realice idénticas o análogas actividades mediante otra vía de vinculación laboral o funcional. En definitiva, no se admite un diferente módulo y, por tanto, más bajo, para el cálculo del salario de este personal contratado, fijado en convenio colectivo, sino que se acude directamente al salario correspondiente al personal investigador que realice idénticas o análogas actividades.

La Ley de la Ciencia prevé en su art. 22.2 que

a partir de la finalización del segundo año de contrato, el personal investigador contratado por universidades públicas, organismos públicos de investigación de la Administración General del Estado u organismos públicos de otras administraciones públicas bajo esta modalidad podrá someter a evaluación la actividad investigadora desarrollada.

Se pasa de una evaluación configurada como obligatoria en el anterior contrato de incorporación de investigadores al sistema de ciencia y tecnología, a una evaluación potestativa, como se desprende de la expresión *«podrá»* que se contiene en la nueva regulación. En otros términos, se trata de un derecho y no de un deber del investigador (Luján, 2012: 206).

Cuando esta evaluación de la actividad investigadora desarrollada por el personal investigador contratado sea positiva, se tendrá en cuenta a los efectos de

su valoración como méritos investigadores en los procesos selectivos de personal laboral fijo que sean convocados por las universidades públicas, por los organismos públicos de investigación de la Administración General del Estado, y por los organismos de investigación de otras Administraciones Públicas (art. 22.3 de la Ley de la Ciencia). Además, en el caso de que el personal investigador contratado a través del contrato de acceso al sistema español de ciencia y tecnología preste sus servicios para una universidad pública, se tendrá en cuenta la evaluación superada a efectos de la consideración de los méritos investigadores en la evaluación positiva requerida para la contratación como profesor contratado doctor, según el artículo 52 LOU (art. 22.4 de la Ley de la Ciencia). Por el contrario, cuando la evaluación resulte negativa, el personal investigador podrá someter la actividad investigadora desarrollada a una segunda y última evaluación antes de finalizar el contrato o sus prórrogas, que de ser superada conlleva los mismos efectos ya expuestos para el caso en que se supere la primera evaluación (art. 22.5 de la Ley de la Ciencia).

La extinción del contrato de acceso al sistema español de ciencia, tecnología e innovación por su cumplimiento no genera derecho a indemnización alguna⁵³.

3.3. La contratación laboral indefinida del personal investigador contratado

Como ya se ha indicado anteriormente, tradicionalmente la contratación laboral de los investigadores había sido preferentemente de carácter temporal, siendo excepcional el recurso a la contratación laboral indefinida de los mismos, cuya consolidación y estabilización laboral había venido en su caso por vía de su acceso a la función pública, ya fuera como profesores universitarios o investigadores funcionarios. En otros términos, la principal vía de consolidación y estabilización del colectivo de los investigadores en el sistema español de ciencia y tecnología ha consistido hasta fechas recientes en el siempre complicado y restringido acceso de los mismos a la función pública en universidades y otros centros de investigación.

En este contexto tan poco proclive a la contratación laboral indefinida del personal investigador se produjo la aprobación de la Ley de la Ciencia que se muestra extremadamente parca en este punto⁵⁴. En este sentido, se limita a incorporar en su artículo 13.2 una previsión muy genérica según la cual

el personal investigador podrá estar vinculado con la universidad pública u organismo para el que preste servicios mediante una relación sujeta al derecho administrativo o al derecho laboral, y podrá ser funcionario de carrera, funcionario interino o

⁵³ Vid. González, Santiago (2016: 152); Sirvent (2016: 118); y González del Rey (2016: 59).

⁵⁴ Serrano, Noemí (2014: 97) indica al respecto que «sobre la (ulterior) fase de consolidación se supone que se optará por contrataciones laborales indefinidas de los investigadores (o en su caso funcionariales), sin embargo en la Ley se silencia este punto».

personal laboral fijo o temporal, de acuerdo con el artículo 8 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

Se reconoce, por tanto, en los términos previstos en la Ley de la Ciencia, la posibilidad de que las universidades públicas, al igual que otras entidades, puedan acudir a la contratación de personal laboral fijo, si bien, a diferencia de lo que sucede en la LOU, donde se regula una modalidad singular de contrato laboral indefinido —el profesor contratado doctor— en la Ley de la Ciencia no se establece una modalidad singular de contrato (Sirvent, 2016: 137).

Como acertadamente se ha puesto de manifiesto,

dada la fijeza de la relación laboral, en buena lógica, este tipo de personal debería ser contratado para el desempeño de funciones habituales o de carácter permanente, si bien la Ley de la Ciencia no establece criterio alguno para la determinación de los puestos que pueden ser ocupados por este tipo de personal laboral. Tampoco el criterio de las funciones que corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos (art. 2.2 EBEP) sirve para delimitar las que pudiera desempeñar el personal laboral fijo, puesto que el desarrollo de funciones investigadoras no implica participación en el ejercicio de potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales (Marina, 2012: 15).

A partir de la previsión genérica contenida en la Ley de la Ciencia sobre la contratación de personal laboral fijo investigador por parte de las universidades públicas, la misma norma contiene en su art. 22.3 diferentes referencias muy concretas relativas a este supuesto. La principal de ellas consiste en la previsión de que en los procesos selectivos de personal laboral fijo que sean convocados, entre otras entidades, por las universidades públicas, la evaluación superada en el contrato de acceso al sistema español de ciencia, tecnología e innovación se tendrá en cuenta a los efectos de su valoración como méritos investigadores en dichos procesos selectivos. De ello cabe deducir que la contratación laboral con carácter fijo puede servir para dar continuidad en el empleo y para permitir el desarrollo de la carrera profesional del personal investigador que previamente haya prestado sus servicios mediante el contrato de acceso al sistema español de ciencia, tecnología e innovación (Marina, 2012: 11).

Pese a todo ello, puede afirmarse que la redacción final de la Ley de la Ciencia no ha incorporado un verdadero grado de consolidación en el sistema español de ciencia, tecnología e innovación, sino que tan sólo se prevé la posibilidad de que los investigadores que hayan superado la evaluación en el contrato de acceso al sistema español de ciencia, tecnología e innovación puedan concurrir a los procesos selectivos de personal laboral fijo que sean convocados, entre otras entidades, por las universidades públicas y presentar en estos procesos selectivos la evaluación superada como un mérito investigador.

En consecuencia, a pesar de las declaraciones genéricas que se contienen en el Preámbulo de la Ley de la Ciencia según las cuales esta norma «*implica un considerable avance en la supresión de la temporalidad del personal investigador*», a la hora de la verdad, la única medida efectivamente dirigida a permitir la estabilización o consolidación del personal investigador se reduce a tomar en consideración la evaluación positiva de la actividad investigadora desarrollada durante el contrato de acceso al sistema español de ciencia, tecnología e innovación, como mérito en los procesos selectivos de personal laboral fijo que sean convocados, entre otras entidades, por las universidades públicas⁵⁵.

Las dificultades de estabilización del personal investigador se intentan paliar de algún modo mediante la disposición adicional decimosexta de la Ley de la Ciencia que prevé en su apartado tercero que «*en la oferta de empleo público, el Ministerio de Ciencia e Innovación por lo que se refiere a las plazas para ingreso como personal investigador laboral fijo, orientará su petición teniendo en cuenta los contratos de carácter temporal celebrados como personal investigador del Programa o Subprograma Ramón y Cajal para jóvenes investigadores*». De este modo, se pretende establecer una cierta relación entre los beneficiarios del Programa o Subprograma Ramón y Cajal para jóvenes investigadores y el número de plazas convocadas para ingreso como personal investigador laboral fijo⁵⁶.

En esta misma dirección se incardina el art. 21 de la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015 (en adelante Ley 36/2014), dedicado a la oferta de empleo público u otro instrumento similar de gestión de la provisión de necesidades de personal, que estableció en su apartado 2.º, letra j), la obligación para las universidades de destinar como mínimo un 15% del total de plazas que ofertasen ese año, dentro del límite de la tasa de reposición, para la contratación como personal laboral fijo, de personal investigador doctor que hubiera finalizado el programa Ramón y Cajal y hubiese obtenido el certificado I3; previsión que se ha vuelto a recoger en la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016 (en adelante Ley 48/2015), posteriormente prorrogados, de lo que cabe deducir el carácter estable de esta previsión.

Pese a las buenas intenciones que pueden guiar estas previsiones, las mismas aún resultan insuficientes para garantizar una mínima proporcionalidad entre el número total de contratos de acceso al sistema de ciencia, tecnología e

⁵⁵ A tal efecto, Molina (2013: 369) considera que la evaluación positiva no genera un derecho automático a la estabilidad, sino tan sólo se convierte en un criterio a valorar en los «*procesos selectivos de personal laboral fijo*» que convoquen los agentes de investigación del sistema.

⁵⁶ En esta dirección, Cueto (2012: 294) constata que, con esta previsión, la Ley 14/2011 persigue como objetivo facilitar la estabilización del personal investigador participante en estos concretos programas y con ello aliviar en parte la prolongada temporalidad que viene afectando en nuestro país a la contratación del personal investigador. Vid. también, Molina (2016: 72).

innovación que normalmente se formalizan y el número de plazas de personal laboral fijo que se convocan en el sector público, lo que comporta que muchos investigadores doctores no puedan estabilizarse o consolidarse laboralmente sufriendo largos e injustificados períodos de inestabilidad y precariedad laboral, siendo además muy difícil que en la actual coyuntura económica los mismos sean contratados como sería deseable de forma estable en el sector privado, lo que les obliga en no pocas ocasiones a emigrar al extranjero con la consecuente pérdida de talento o fuga de cerebros que ello comporta⁵⁷. Todo ello supone que en la práctica la carrera investigadora no resulte todo lo atractiva que cabría desear.

Las restantes referencias que se contienen en el art. 22.3 de la Ley de la Ciencia dirigidas al personal laboral fijo se encuentran fundamentalmente dirigidas a fijar un perfil propio del personal laboral fijo frente al personal investigador funcionario. A tal efecto, en primer lugar, se prevé, como no podía ser de otro modo, que la labor de investigación que pueda llevar a cabo el personal investigador laboral fijo estará en todo caso sometida a la normativa vigente. En segundo lugar, se establece que

las retribuciones que correspondan a este tipo de personal laboral fijo serán fijadas, en su caso, dentro de los límites establecidos por las leyes de presupuestos, por el órgano competente en materia de retribuciones sin que, en ningún supuesto, le sea de aplicación el modelo retributivo establecido para el personal investigador funcionario.

Con esta previsión parece que se quiere lanzar el mensaje de que en el supuesto de que se desarrolle una carrera investigadora laboral paralela a la funcionarial ambas no tienen porque tener un mismo régimen jurídico, lo que en la práctica puede llegar a suponer que la carrera investigadora laboral disfrute de peores condiciones y garantías que la funcionarial, especialmente en materia retributiva.

En todo caso, en el supuesto que sea una universidad pública la que proceda a incorporar a personal laboral fijo de conformidad con lo previsto en el art. 20.3 de la Ley de la Ciencia, se prevé que dicho personal investigador tendrá la consideración de personal docente e investigador a los efectos del desarrollo de la función investigadora. A partir de esta previsión, se ha considerado que si con carácter general la Ley de la Ciencia considera personal investigador al personal docente e investigador definido en la LOU, entre cuyas funciones se encuentre la de llevar a cabo actividades investigadores (art. 13.1), a la inversa, también, «a efectos del desarrollo de la función investigadora, asimila al personal investigador laboral fijo al personal docente e investigador» (Marina, 2012: 16).

⁵⁷ Muy crítico al respecto se muestra Molina (2013: 370-371).

En definitiva, como acertadamente se ha indicado

el legislador no ha querido introducir una especial modalidad contractual de investigador laboral fijo sino, tan sólo, algunas pautas o simplemente meros recordatorios. Un mejor tratamiento de la técnica legislativa hubiera recomendado hacer una rúbrica específica, quizá en un precepto individualizado, para las especialidades que la Ley de la Ciencia quería destacar en relación con los investigadores laborales fijos, en vez de ubicarlas —cual reglas extraviadas, diluidas o perdidas— dentro del art. 22 de la Ley de la Ciencia, que, recordemos, contiene el régimen jurídico del contrato temporal de acceso al sistema de ciencia, tecnología e innovación. Estas menciones de rondón al personal investigador laboral fijo se presentan como un elemento extraño en la regulación legal de un contrato temporal (Serrano, 2014: 119)⁵⁸.

3.4. El contrato de investigador distinguido

Situada en principio al margen de la carrera investigadora, aunque en la práctica ello no sea siempre así, se encuentra la última de las modalidades de contrato de trabajo específicas del personal investigador, es decir, el contrato de investigador distinguido, al cual se prevé que también puedan acudir, entre otras entidades, las universidades públicas, sin bien en este caso, únicamente cuando las mismas son receptoras de fondos cuyo destino incluya la contratación del personal investigador o para el desarrollo de sus programas propios de I+D+i (art. 20.2 de la Ley de la Ciencia).

La Ley de la Ciencia ha optado por diseñar una modalidad específica de contrato de trabajo para satisfacer la finalidad de captación y de retención de talento por parte del sistema español de ciencia, tecnología e innovación. En este punto, uno de los elementos que se ha considerado que ha limitado las posibilidades del sistema español de ciencia, tecnología e innovación para captar y retener el talento ha sido la rigidez de las vías de contratación de investigadores existentes hasta el momento. La Ley de la Ciencia, por el contrario diseña una modalidad contractual específica extremadamente flexible dirigida a satisfacer esta finalidad de la captación y retención del talento en el ámbito de la investigación. Como puede apreciarse, esta finalidad asemeja notablemente al investigador distinguido al profesor visitante previsto en la LOU, si bien, con una connotación más netamente investigadora (González del Rey, 2016: 59).

Como puede observarse, la opción adoptada finalmente por la Ley de la Ciencia consistente en el diseño de una modalidad de contrato de trabajo específica del personal investigador se aparta de la opción a la que acudían los primeros borradores de esta norma para la captación y retención del talento en el

⁵⁸ En la misma dirección, Luján (2012: 207) considera que se trata un una solución técnicamente extravagante y criticable, no en vano, se está regulando una modalidad de contratación indefinida dentro de la regulación del contrato de acceso.

ámbito de la investigación, en particular, al recurso al contrato de alta dirección, previsto en el art. 2 ET y regulado en el Real Decreto 1382/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.

En cualquier caso, aunque la versión definitiva de la Ley de la Ciencia ha desechado el recurso al contrato de alta dirección como vía de vinculación de los investigadores distinguidos que se pretendan incorporar al sistema español de ciencia, tecnología e innovación, diseñando al efecto una modalidad de contrato de trabajo específica, el régimen jurídico previsto por la propia Ley de la Ciencia para la misma se inspira claramente en el régimen jurídico fijado para el contrato de alta dirección. En otros términos, el objeto y el fundamento que ambas modalidades contractuales comparten, aunque sólo sea parcialmente, imbuyen íntegramente el régimen jurídico de las mismas, llevándolas a compartir, por tanto, numerosos elementos comunes.

El objeto del contrato de investigador distinguido se define en el art. 23.a) de la Ley de la Ciencia que lo fija en «*la realización de actividades de investigación o la dirección de equipos humanos, centros de investigación, instalaciones y programas científicos y tecnológicos singulares de gran relevancia en el ámbito de conocimiento de que se trate, en el marco de las funciones y objetivos del empleador*». Como se desprende de este enunciado, se trata de funciones de investigación de gran relevancia, que pueden abarcar actividades de investigación, pero fundamentalmente de dirección, ya se trate de equipos humanos, de centros de investigación o de instalaciones y programas científicos y tecnológicos singulares. En cualquier caso, estas funciones investigadoras de gran relevancia deben desarrollarse en el marco de las funciones y objetivos del empleador. En consecuencia, a pesar de la relevancia y la autonomía con la que el investigador distinguido debe desarrollar su actividad, el mismo lo deberá hacer en el marco de las funciones y objetivos del empleador, con carácter general, la universidad o centro de investigación que ha procedido a su contratación⁵⁹.

La relevancia de las funciones investigadoras a desarrollar por los investigadores contratados a través de esta modalidad contractual determina los requisitos subjetivos que deben satisfacerse por el investigador para poder ser contratado mediante esta modalidad contractual, en particular, que se trate de investigadores de reconocido prestigio en el ámbito científico y técnico. Pese a la importancia de esta exigencia del «reconocido prestigio», que viene a dar nombre a la propia modalidad contractual, la Ley de la Ciencia no prevé el sistema de acreditación de dicha circunstancia, quedando, por tanto, en manos de la libre apreciación del

⁵⁹ Como indica González (2016: 153) ello comporta que atribuya al empresario la delimitación de las actividades que deben ser calificadas como investigaciones relevantes sin posibilidad de control externo alguno. Vid. también, Sirvent (2016: 93).

empleador la determinación de la concurrencia o no de la misma. Sería conveniente, sin embargo, que se fijaran con claridad tanto los criterios exigidos para el reconocimiento de la condición de investigador distinguido como los sujetos encargados de llevar a cabo esta acreditación, puesto que de otro modo podría llegar a desvirtuarse y devaluarse la verdadera naturaleza de esta modalidad contractual. Por lo demás, el art. 23 de la Ley de la Ciencia se limita a prever en relación con los requisitos subjetivos exigidos para acudir a esta modalidad contractual que podrá tratarse de investigadores españoles o extranjeros y que los mismos deberán encontrarse en posesión del título de doctor o equivalente.

Esta modalidad contractual parece apoyarse en la necesaria relación de confianza mutua y recíproca que debe establecerse entre el investigador distinguido y la universidad u otro centro de investigación que procede a su contratación, que queda de manifiesto en las relevantes funciones que a este investigador de reconocido prestigio se le encomiendan y que realiza con un elevado grado de autonomía y responsabilidad, y de la que deriva una relativa posición de equilibrio e igualdad entre las partes contratantes. Esta relativa posición de equilibrio e igualdad entre las partes justifica que la Ley de la Ciencia otorgue un inusitado margen de actuación al pacto entre las partes a la hora de fijar el régimen jurídico de esta modalidad contractual, aplicándose únicamente de forma supletoria a la autonomía de la voluntad de las partes lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores y en sus normas de desarrollo⁶⁰. De conformidad con esta premisa se dejan a la autonomía de la voluntad la concreción de aspectos tan esenciales para el desarrollo de la relación laboral como son la duración del contrato y la determinación de la jornada laboral.

En primer lugar, por lo que respecta a la determinación de la duración del contrato de trabajo, el apartado b) del art. 23 de la Ley de la Ciencia se remite a lo que acuerden las partes en el contrato de trabajo. En consecuencia, *a priori* las partes tendrán plena libertad para optar por la duración indefinida o temporal del contrato, apartándose de este modo de la legislación laboral común que parte de la consideración de que la contratación temporal es siempre causal (art. 15 ET). En este punto, la finalidad de la incorporación del investigador distinguido al sistema español de ciencia, tecnología e innovación deberá determinar la duración del contrato, si se trata de investigadores que van a efectuar colaboraciones puntuales se fijará una duración temporal más bien breve y si se trata de investigadores llamados a formar equipos y centros de investigación, la duración del contrato será probablemente más prolongada en el tiempo e incluso de carácter indefinido.

⁶⁰ Luján (2012: 206) pone de manifiesto al respecto que las especialidades de sujetos y objeto se proyectan sobre el cuadro de fuentes de las obligaciones que conforman el contenido del contrato de manera que en su determinación la autonomía de las partes tiene un peso mucho más decisivo que en los contratos de trabajo de régimen común.

En segundo lugar, respecto a la determinación de la jornada de trabajo, la misma también queda en manos de la autonomía de la voluntad de las partes, estableciéndose al respecto en el apartado c) del art. 23 de la Ley de la Ciencia que «*la duración de la jornada laboral, los horarios, fiestas, permisos y vacaciones serán los fijados en las cláusulas del contrato*». Aunque con toda probabilidad este criterio de fijación de la jornada laboral, horarios, fiestas, permisos y vacaciones encuentra su fundamento en las propias características de la actividad a realizar por el investigador contratado, que sin lugar a dudas requiere de una amplia flexibilidad en la organización y distribución del tiempo de trabajo que permitan adaptar el horario y la jornada de trabajo a las necesidades presentes en cada momento, la autonomía de la voluntad de las partes no puede llegar a comportar una desprotección del investigador contratado en un ámbito tan sensible como es el del tiempo de trabajo, debiéndosele extender, por tanto, las garantías legales dirigidas a proteger su derecho al descanso reconocido constitucionalmente⁶¹.

La relevancia de las tareas a desarrollar por el investigador contratado también determinan el régimen de incompatibilidades de estos investigadores, a tal efecto, el art. 23.d) de la Ley de la Ciencia establece que «*el personal investigador contratado no podrá celebrar contratos de trabajo con otras entidades*», lo que contrasta con la regulación laboral común, en virtud de la cual el trabajador puede prestar sus servicios para distintos empresarios siempre que no exista pacto de plena dedicación o constituya un supuesto de práctica desleal. La prohibición del pluriempleo, sin embargo, no es absoluta, en tanto que puede quedar sin efecto previa autorización expresa del empleador o pacto escrito en contrario, siempre claro está, que al tratarse normalmente de empleadores públicos se respete la normativa sobre incompatibilidades del personal.

De la relevancia de las funciones que desarrolla el investigador contratado, así como de la autonomía y responsabilidad con las que las mismas se ejercen, deriva la necesidad del empleador de controlar de algún modo el correcto desarrollo de la actividad desarrollada por el investigador distinguido contratado. Para satisfacer esta necesidad, el art. 23.d) de la Ley de la Ciencia prevé que «*el contrato estará sometido al sistema de seguimiento objetivo que el empleador establezca*». Esta previsión enlaza con la contenida en el art. 20.3 ET según la cual «*el empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales*»⁶². En cualquier caso, a pesar de que el sistema de seguimiento lo fija el empresario, el mismo deberá satisfacer la exigencia de objetividad que establece la ley.

⁶¹ De la misma opinión, Serrano (2014: 114).

⁶² Sirvent (2016: 118) llama la atención en este punto sobre el fortalecimiento de la nota de dependencia que ello supone.

La principal peculiaridad del contrato de investigador distinguido previsto en la Ley de la Ciencia, sin embargo, la constituye su particular régimen de extinción contractual. En este sentido, el art. 23.f) de la Ley de la Ciencia prevé la posibilidad de que esta modalidad contractual pueda extinguirse «*por desistimiento del empleador*». Esta previsión supone una excepción respecto con la norma habitual en el ámbito laboral según la cual, salvo que exista causa que lo justifique, no se admite la libre resolución del contrato por parte del empresario. La justificación discutible de esta previsión puede encontrarse en el vínculo de imprescindible confianza que debe existir entre el investigador contratado y la universidad u otro centro de investigación que lo emplean⁶³. Asimismo, aunque no se prevé de forma expresa la dimisión del investigador distinguido contratado, dicha posibilidad se recoge con carácter general en el art. 49.1.d) ET, con la única exigencia de que medie el preaviso que señalen los convenios colectivos o la costumbre del lugar.

En definitiva, de conformidad con el art. 23.f) de la Ley de la Ciencia el empleador del investigador distinguido podrá desistir del contrato sin necesidad de invocar causa alguna que justifique tal decisión, sin perjuicio claro está de que la tenga. En cualquier caso, esta vía de extinción de la relación contractual, no afecta a las «*posibilidades de rescisión del contrato por parte del empleador por causas procedentes*». En otros términos, el empleador del investigador distinguido contratado podrá acudir a las restantes causas de extinción del contrato previstas en el Estatuto de los Trabajadores.

El único requisito exigido en el citado art. 23 f) para los supuestos de desistimiento del contrato por parte del empleador consiste en que esta decisión sea comunicada por escrito con un preaviso de tres meses, con el que se pretende suavizar los efectos negativos que puede suponer la extinción de la relación laboral para el investigador distinguido contratado, permitiéndole ir preparando su futuro laboral hasta el momento de efectividad de la extinción del vínculo contractual. En cualquier caso, el propio precepto prevé que en el supuesto de incumplimiento total o parcial del preaviso, el personal investigador contratado únicamente tendrá derecho a una indemnización equivalente a los salarios correspondientes a la duración del período incumplido.

La extinción del contrato de investigador distinguido por desistimiento del empleador genera el derecho del investigador afectado al percibo de «*la indemnización prevista para el despido improcedente en el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*», es decir, a una indemnización de treinta y tres días de salario por año de antigüedad con un máximo de veinticuatro mensualidades. En el cómputo de esta indemnización no deben tenerse en cuenta las cantidades que el investigador haya podido percibir por incumplimiento total o parcial del

⁶³ Crítica al respecto se muestra Serrano (2014: 155 y ss.).

preaviso, no en vano, nos encontramos ante dos indemnizaciones que responden a causas diferentes e independientes entre sí y, por tanto, acumulables.

4. Las modalidades de contratación previstas en el Estatuto de los Trabajadores a las que se remiten de forma expresa la LOU y la Ley de la Ciencia

El art. 48 LOU realiza dos referencias expresas a la posibilidad de contratar personal docente e investigador a través de las modalidades de contratación previstas en el Estatuto de los Trabajadores. En primer lugar, aunque no se especifica la concreta modalidad contractual a la que se hace referencia, dicho precepto se remite al contrato de interinidad regulado en el art. 15.1.c) del ET y normativa concordante, al preverse la posibilidad de utilizar las modalidades previstas en el Estatuto de los Trabajadores para la sustitución de trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo. En segundo lugar, ahora sí con cita expresa del contrato por obra o servicio determinado regulado en el art. 15.1.a) ET y normativa concordante, se admite la posibilidad de contratar personal investigador, técnico u otro personal, a través del contrato por obra o servicio determinado, para el desarrollo de proyectos de investigación científica o técnica.

La Ley de la Ciencia, por su parte, también contempla diferentes previsiones relativas a la posibilidad de acudir a las modalidades de contratación previstas en el Estatuto de los Trabajadores para contratar a personal investigador. A tal efecto, como ya se ha indicado, el art. 20.2 de la Ley de la Ciencia prevé de un modo muy genérico que, entre otras entidades, *«las universidades públicas podrán contratar personal investigador a través de las modalidades de contrato de trabajo establecidas por el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores»*, previsión que se complementa con la recogida en el art. 48.3 bis de la LOU que prevé que las universidades públicas *«podrán contratar personal investigador conforme a lo previsto en la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación»*.

Entre las diferentes modalidades contractuales previstas en el Estatuto de los Trabajadores a las que se remiten de uno u otro modo la LOU y la Ley de la Ciencia⁶⁴, destacan con luz propia la contratación de personal investigador para la realización de proyectos específicos de investigación científica y técnica mediante el contrato para obra o servicio determinado previsto en el art. 15 ET y el recurso al contrato de interinidad. En los próximos apartados se analizarán las principales peculiaridades que plantean estas modalidades contractuales cuando se emplean en el ámbito de las universidades públicas.

⁶⁴ Sobre estas distintas posibilidades vid. Ballester (2016: 145-147).

4.1. El contrato para obra o servicio determinado

El recurso al contrato para obra o servicio determinado por parte de las universidades públicas está previsto en la LOU y en la Ley de la Ciencia para la realización de tareas de investigación, de modo que muy difícilmente se podrá acudir a esta modalidad contractual para el desarrollo exclusivo o prevalente de tareas docentes en las que la autonomía y sustantividad de la obra es muy difícil de justificar, sin perjuicio de que de forma accesoria pueda realizarse alguna colaboración docente, especialmente, si la misma se encuentra vinculada a las tareas de investigación desarrolladas. A tal efecto, se afirma que el contrato para obra o servicio determinado es un contrato de investigación, no de profesorado (González, 2016: 156)⁶⁵.

La primera cuestión que plantea la contratación de personal investigador para la realización de tareas de investigación vinculadas a convenios, contratos o proyectos de investigación mediante el contrato para obra o servicio determinados es la propia legitimidad del recurso en estos supuestos a esta modalidad contractual⁶⁶. En esta dirección, pese a los diferentes posicionamientos existentes en este punto, la doctrina del Tribunal Supremo parece inclinarse a favor de la admisión del recurso a esta modalidad contractual para el desarrollo o ejecución de un proyecto de investigación. En este sentido, se encuentra la importante STS de 6 de marzo de 2009, que al enjuiciar los contratos para obra o servicio determinados efectuados por el Consejo Superior de Investigaciones Científicas con un mismo investigador para la realización de diferentes proyectos de investigación concluye que

el actor realizó las tareas propias de cada proyecto de investigación para el que fue contratado y la naturaleza de cada proyecto permite individualizarlos, entre ellos y en relación con lo que puede constituir la actividad permanente y habitual del organismo demandado, cuyo funcionamiento habitual no depende de que se realicen éstos u otros proyectos distintos (...) Consecuentemente, el que los proyectos de investigación del organismo demandado estén dentro de lo que se puede considerar su actividad normal y cotidiana no empece a la posibilidad de contratar el personal necesario para servirlos a través de la modalidad temporal de para obra o servicio determinado, siempre que tales proyectos, tanto por su contenido como por su limitación en el tiempo, con un principio y un fin, aunque no se sepa exactamente el momento de su terminación, sean individualizables entre sí dentro de esa actividad habitual (González, 2016: 156)⁶⁷.

⁶⁵ Vid. también, Ballester (2016: 177-178).

⁶⁶ Sobre esta cuestión vid. Ballester (2016:169 y ss.), González (2006) y Moreno (2004).

⁶⁷ A tal efecto, admiten el recurso al contrato para obra o servicio determinado en estos supuestos las SSTSJ de Galicia de 26 de septiembre de 2011 (AS\2011\2512), de 29 de noviembre de 2012 (AS\2013\166), de 21 de febrero de 2013 (AS\2013\1649), de 12 de abril de 2013 (AS\2013\1592), de 21 de septiembre de 2013 (AS\2014\134) o de 6 de febrero de 2015 (AS\2015\825). Vid. también la STSJ del País Vasco de 18 de octubre de 2016 (AS\2016\1700).

Ello no impide que en ocasiones los tribunales consideren que dichos contratos se han formalizado en fraude de ley y, por tanto, se transforman en indefinidos, cuando el objeto del contrato se trata de una actividad sin autonomía y sustantividad propias, tratándose de trabajos normales y permanentes de realización de proyectos de investigación no individualizables y siendo genérica la identificación de los sucesivos contratos⁶⁸, o bien, cuando el investigador es ocupado en actividades distintas de aquellos proyectos de investigación para los que fue formalmente contratado⁶⁹.

Una vez admitida con carácter general la posibilidad de acudir al contrato para obra o servicio determinados para la realización de determinadas tareas de investigación, llama especialmente la atención que ni la LOU ni la Ley de la Ciencia incluyen entre las modalidades de contrato de trabajo específicas del personal docente e investigador o del personal investigador, que prevén y regulan, ninguna modalidad contractual diseñada específicamente para esta finalidad. Ello se debe, sin lugar a dudas, al hecho de que la reforma del contrato para obra o servicio determinados introducida por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (en adelante, Ley 35/2010), ya incorpora en la propia regulación de este contrato importantes particularidades pensadas para el supuesto en que se contrate a través de esta modalidad contractual a personal investigador para la realización de tareas investigadoras. En otros términos, no ha sido necesario diseñar una modalidad específica de contrato para obra o servicio determinados para la realización de un proyecto específico de investigación, porque la modalidad ordinaria o común del contrato para obra o servicio determinados prevista en el art. 15 ET ya ha incorporado las particularidades que se considera que plantea la contratación de investigadores en estos supuestos y que habían venido siendo demandadas por los principales empleadores de estos investigadores, incluidas las universidades públicas⁷⁰.

En consecuencia, el hecho de que no se haya previsto una modalidad contractual específica para la contratación para obra o servicio determinados de los investigadores no supone que a los mismos les sea aplicable sin más el régimen jurídico previsto con carácter general para el contrato para obra o servicio determinados previsto en el art. 15 ET, sino que, por el contrario, como ya se ha indicado, los empleadores que se dedican a la investigación disponen de un régimen muy privilegiado a la hora de contratar a los investigadores a través de esta modalidad contractual, especialmente en lo relativo a la duración máxima del contrato y a los límites de encadenamiento de contratos.

⁶⁸ Vid. SSTSJ de Galicia 12 de junio de 2015 (AS\2015\1180), de 8 de mayo de 2015 (AS\2015\1329) y de 30 de septiembre de 2014 (AS\2014\3114). Vid. también, STSJ de Cataluña de 4 de octubre de 2013 (AS\2013\3058).

⁶⁹ Vid. STSJ de Galicia de 28 de septiembre de 2016 (AS\2016\1423).

⁷⁰ Sobre las modificaciones introducidas por la Ley 35/2010, vid. Moreno (2011).

En este punto, en primer lugar, cabe recordar que la Ley 35/2010 introdujo un nuevo redactado del art. 15.1.a) ET según el cual los contratos para obra o servicio determinados *«no podrán tener una duración superior a tres años ampliable hasta doce meses más por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior. Transcurridos estos plazos, los trabajadores adquirirán la condición de trabajadores fijos de la empresa»*. Ahora bien, la propia norma incorporó una importante excepción por lo que respecta a la duración del contrato para obra o servicio determinados formalizado por las universidades y otros centros de investigación públicos, al establecer una nueva redacción para la disposición adicional decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores, según la cual,

no obstante lo dispuesto en el apartado anterior, lo dispuesto en el art. 15.1.a) en materia de duración máxima del contrato para obra o servicio determinados no será de aplicación a los contratos celebrados por las Administraciones públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes, ni a las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades o en cualesquiera otras normas con rango de ley cuando estén vinculadas a un proyecto específico de investigación o de inversión de duración superior a tres años.

A partir de estas premisas pueden distinguirse dos grandes ámbitos en los que no sólo va a resultar de aplicación, sino que va a tener una gran incidencia esta excepción a la duración máxima del contrato para obra o servicio determinados: por una parte, todos aquellos contratos celebrados por Administraciones públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes, incluidas las universidades y otros centros de investigación públicos, que se encuentren vinculados a la realización de un proyecto de investigación que tenga una duración superior a tres años; y, por otra parte, aquellos contratos suscritos por las Administraciones públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes vinculados a proyectos de inversión que excedan también de tres años. Por lo que ahora nos interesa, dentro del primer supuesto se incluirían fundamentalmente todos aquellos contratos para obra o servicio determinados formalizados por las universidades públicas que tengan por finalidad la ejecución de un proyecto de investigación⁷¹.

En todo caso, ante las dificultades interpretativas que podía comportar esta previsión, la disposición adicional vigesimotercera de la Ley de la Ciencia bajo la rúbrica de *«normas comunes a los contratos para la realización de proyectos específicos de investigación científica y técnica»*, prevé de forma expresa que

de acuerdo con lo señalado en el apartado 2 de la disposición adicional decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores, no se aplicará lo dispuesto en el artículo 15.1.a) del

⁷¹ Vid. Luján (2012: 191-192) y Ballester (2016: 189-190).

mismo en materia de duración máxima del contrato para obra o servicio a los contratos para la realización de proyectos específicos de investigación científica y técnica a que se refieren los artículos 20.2, 26.7 y 30 y el apartado 2 de la disposición adicional decimocuarta de esta ley.

En definitiva, en la disposición adicional vigesimotercera de la Ley de la Ciencia se establece de forma expresa que los contratos para obra o servicio determinados formalizados en el marco de esta norma para la realización de proyectos de investigación no estarán sujetos a la duración máxima de tres años ampliable hasta doce meses más por convenio colectivo sectorial, como sucede con el resto de contratos para obra o servicio determinados que se formalicen y, en consecuencia, si el proyecto de investigación al cual se encuentran vinculados estos contratos tiene una duración superior a tres años, el contrato para obra o servicio determinados mantendrá su vigencia, sin que los trabajadores vinculados al mismo adquieran la condición de trabajadores fijos de la empresa.

En segundo lugar, también resulta especialmente significativa la particularidad prevista por la Ley 35/2010 en materia de límites al encadenamiento de contratos que se prevé en el art. 15.5 ET. En esta dirección, la disposición adicional decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores incorpora una previsión según la cual *«lo dispuesto en dicho art. 15.5 no será de aplicación respecto a las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades o en cualquiera otras normas con rango de ley»*.

Como puede observarse, esta excepción o, en cualquier caso, matización que incorpora la disposición adicional decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores a las reglas sobre encadenamiento de contratos contenidas en el art. 15.5 ET se refiere a la previsión de que lo establecido en este precepto no será de aplicación respecto a las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la LOU o en cualquiera otras normas con rango de ley. Esta previsión resulta muy importante en relación con la utilización del contrato para obra o servicio determinados en el ámbito de la investigación, no en vano, no es un supuesto infrecuente que se contrate de forma reiterada a unos mismos investigadores, bajo la fórmula del contrato para obra o servicio determinados, en sucesivos proyectos de investigación en los plazos previstos en el art. 15.5 ET, es decir, veinticuatro meses en un marco de referencia de treinta meses, lo que puede implicar la conversión de sus contratos en indefinidos⁷².

Pues bien, tras la nueva redacción introducida por la Ley 35/2010 se planteó la cuestión del alcance de la previsión contenida en la disposición adicional

⁷² Sobre las dificultades aplicativas de esta previsión vid. STSJ de Andalucía (Granada) de 7 de octubre de 2016 (AS\2016\213).

decimoquinta del ET y, en particular, si la misma también resultaba de aplicación al contrato por obra o servicio determinados para la realización de un proyecto específico de investigación. En este punto, se podían plantear ciertas dudas de que la disposición adicional decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores también excluyera de la regla contenida en el art. 15.5 ET a los contratos de trabajo para obra o servicio determinados para el desarrollo de proyectos de investigación científica o técnica, puesto que podía resultar problemático que esta contratación fuera considerada como una de las modalidades particulares de contrato de trabajo a las que se refiere la disposición adicional decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores⁷³.

Para salir al paso de estas dudas y clarificar esta cuestión, la disposición adicional vigesimotercera de la Ley de la Ciencia, bajo la rúbrica de «*normas comunes a los contratos para la realización de proyectos específicos de investigación científica y técnica*», establece que no será de aplicación a estos contratos «*lo dispuesto en el art. 15.5 del Estatuto de los Trabajadores, de acuerdo con lo previsto en el apartado 3 de la disposición adicional decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores*». En consecuencia, esta disposición adicional de la Ley de la Ciencia incorpora una aclaración sobre el alcance de la disposición adicional decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores, afirmando que la misma será de aplicación a los contratos por obra o servicio determinados formalizados para la realización de proyectos de investigación científica y técnica y, en consecuencia, no resultarán de aplicación a estos contratos los límites sobre encadenamiento de contratos previstos en el art. 15.5 ET (Ballester, 2016: 199 y ss.).

Tal vez, este régimen excepcional del contrato para obra o servicio determinados cuando el mismo se vincula a proyectos de investigación se debe

a las complejas y a veces contradictorias circunstancias que concurren en el ámbito de la investigación científica, en el que, por una parte, los contratos de trabajo se suelen vincular a proyectos determinados y financiados por terceros durante un tiempo, aunque con frecuencia son renovados y prorrogados, y por otra, resulta necesaria cierta estabilidad en los equipos o grupos, de lenta y larga formación y alta cualificación, sin que, no obstante, la incierta continuidad de los proyectos y la financiación, y el carácter finalista y temporizado de esta, permitan fácilmente una contratación indefinida o la asunción de los costes indemnizatorios del despido (González del Rey, 2016: 65).

Este régimen excepcional, sin embargo, puede suponer importantes problemas de adecuación con la Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio, del Consejo que aprueba el Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada. A tal

⁷³ Sobre estas dudas vid. Luján (2012: 194-195).

efecto, ni la disposición adicional decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores ni la disposición adicional decimotercera de la Ley de la Ciencia parecen respetar *a priori* lo prescrito por esta directiva, puesto que se trata de disposiciones que sólo excepcionan la regla general aplicable, sin incorporar ningún mecanismo (real) sustitutivo del control del abuso de la contratación temporal en los espacios públicos para los investigadores y/o personal docente e investigador universitarios⁷⁴.

Una última cuestión conflictiva que se está planteando actualmente en relación con los contratos para obra o servicio determinados para la realización de un proyecto de investigación es la cuestión de cómo puede afectar la STJUE de 14 de septiembre de 2016 (asunto de Diego Porras) sobre la indemnización que corresponde percibir a los investigadores contratados mediante esta modalidad contractual a la finalización del contrato, es decir, si los 12 días por año de servicios previstos en la normativa, o bien, la de 20 días por año de servicios prevista para los supuestos en que un trabajador indefinido ve extinguido su contrato por causas objetivas. A tal efecto, la STSJ del País Vasco de 18 de octubre de 2016 ya ha considerado en estos supuestos que *«no existe una justificación objetiva y razonable para que la actora no perciba la misma indemnización que la establecida para una trabajadora fija que fuera despedida por causas objetivas-productivas, ya que la situación extintiva es la misma»* (AS\2016\1700).

4.2. El contrato de interinidad para la sustitución de trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo

Entre las modalidades contractuales respecto a las que existían mayores dudas respecto a su admisibilidad o no tras la aprobación de la LOU, destacaba de forma especial el posible recurso por parte de las universidades públicas al contrato temporal de interinidad, regulado en el art. 15.1.c) ET y en el Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el art. 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada (en adelante, Real Decreto 2720/1998) ya fuera para sustituir a trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo, normalmente, sustitución de un profesor ausente o de baja por circunstancias tales como enfermedad, maternidad o paternidad, excedencia, etcétera, o bien, para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva del mismo, ya fuera o no un puesto de nueva creación.

El debate entorno a la admisibilidad o no de esta modalidad contractual quedó resuelto tras la LOMLOU, que admite de forma expresa que las universidades puedan contratar personal docente e investigador en régimen laboral

⁷⁴ Sobre esta cuestión vid. Ballester (2016: 247 y ss.).

«mediante las modalidades previstas en el Estatuto de los Trabajadores para la sustitución de trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo». Pese a la desafortunada redacción de este precepto, ahora no cabe duda de que se admite la contratación de personal docente e investigador mediante el contrato de interinidad previsto en el art. 15 c) ET. Sin embargo y como consecuencia del confuso enunciado que contiene el art. 48 ET, que se refiere exclusivamente a la contratación de personal para la sustitución de trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo, aún puede plantearse la duda de si se admite también la celebración del contrato de interinidad para satisfacer la segunda de las necesidades que se pretenden cubrir con el contrato de interinidad, a saber, cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva, si bien, la normativa autonómica y los convenios colectivos se han inclinado mayoritariamente por admitir ambas posibilidades, al prever que el profesor sustituto de docencia pueda ser contratado tanto con el objeto de sustituir la actividad de un profesor con derecho a reserva del puesto de trabajo, como para cubrir la actividad correspondiente a una plaza pendiente de concurso hasta la realización del mismo.

Pese a la utilidad que *a priori* supone la admisión expresa de esta modalidad contractual en el ámbito de las universidades públicas, la misma sigue planteando hoy en día algunas disfunciones en el ámbito académico universitario. A tal efecto, a pesar de que con carácter general el profesor universitario realiza durante su jornada de trabajo funciones de docencia, de investigación y, en su caso, de gestión, el mismo únicamente puede ser sustituido por otro profesor interino o sustituto en sus labores docentes, puesto que las otras tienen un eminente carácter personal. Asimismo, el régimen de profesorado permite efectuar reducciones, e incluso exenciones, en la carga lectiva del profesor como consecuencia, por ejemplo, del desempeño de determinados cargos académicos. En estos supuestos, lógicamente, únicamente es necesaria la sustitución de este profesor en relación con las funciones docentes de las que se ha visto eximido.

En consecuencia, la necesidad de sustitución parcial de las funciones desarrolladas por cualquier profesor, limitada a las tareas meramente docentes, requeriría una adaptación de la normativa reguladora de esta modalidad contractual y, en particular, en lo relativo al régimen de dedicación, a jornada completa o a tiempo parcial, con el que la misma debe formalizarse, de modo que se permitiera la celebración de un contrato de interinidad a tiempo parcial cuando la sustitución de un profesor se limitara exclusivamente a las funciones docentes del mismo, sin inclusión de otras tareas que el mismo pudiera tener encomendadas, ya sean de investigación o de gestión (García, 2006: 149-151)⁷⁵. Sin em-

⁷⁵ En la misma dirección, Cairós (2008: 11).

bargo, esta posibilidad parece encontrarse *a priori* con la oposición frontal de las previsiones contenidas en el art. 5.2 del Real Decreto 2720/1998 y en numerosos convenios colectivos. Esta regulación parece oponerse al recurso al contrato de interinidad formalizado a tiempo parcial para sustituir a un profesor únicamente en todas o en parte de sus funciones docentes, pero no en sus funciones investigadoras y/o de gestión.

La misma problemática se plantea en torno a la cuestión de si los contratos de interinidad formalizados para la sustitución de profesores pueden limitar su duración al período lectivo, terminando su vigencia con éste aunque el trabajador sustituido no se haya reincorporado aún a su puesto de trabajo. Esta posibilidad debe ser rechazada, no en vano, si la finalidad del contrato de interinidad es sustituir al trabajador en baja, es al conjunto de las funciones de éste a las que sustituye, no sólo las docentes, sino también las de investigación que perduran más allá de la finalización del período lectivo⁷⁶.

Ante todas estas dificultades prácticas y salvo adaptación legal del contrato de interinidad a estas necesidades⁷⁷, en supuestos de sustitución de profesores con derecho de reserva de su puesto de trabajo o de cobertura de vacantes la opción de acudir al contrato de profesor asociado a tiempo parcial continúa siendo la mayoritaria (Baylos, 2008: 490 y Luján, 2012: 180).

A estos problemas de encaje del contrato de interinidad en el ámbito universitario, cabe añadir las dudas que tradicionalmente se han suscitado en torno a la exigencia de que el interino deba satisfacer los requisitos de acceso a la plaza del profesor o investigador sustituido, en particular, los relativos a titulaciones, evaluaciones, acreditaciones, etcétera⁷⁸. En caso afirmativo, no siempre es fácil encontrar sustitutos que cumplan con estas exigencias.

Una vez prevista la posibilidad de contratar a personal docente e investigador mediante las modalidades previstas en el Estatuto de los Trabajadores para la sustitución de trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo, sin embargo, el art. 48 LOU no contiene ninguna otra previsión en relación con el régimen jurídico de esta modalidad contractual, de modo que deberá acudirse a la regulación de la misma que se contiene en el art. 15 ET y normativa de desarrollo.

⁷⁶ Vid. González (2016: 155). El autor, sin embargo, admite que si el empresario especifica que el contrato de interinidad se suscribe sólo para realizar tareas docentes, lo que considera como una «selección aceptable, e incluso razonable, del objeto del contrato», el contrato de interinidad que se inicie y finalice con el período lectivo será legal.

⁷⁷ Ballester (2016: 152) reclama una intervención del legislador en este punto.

⁷⁸ Vid. sobre esta cuestión Ballester (2016: 153).

5. La excesiva temporalidad y precariedad en la contratación de profesores y de investigadores por las universidades públicas

La laboralización del personal docente e investigador de las universidades públicas llevada a cabo en un primer momento por la LOU y posteriormente consagrada por la LOMLOU mereció inicialmente una valoración positiva, no en vano, supuso la sustitución del recurso a la contratación administrativa a la que hasta ese momento se había acudido para vincular a gran parte de este colectivo con la universidad por la contratación laboral. Esta valoración debía ser aún más favorable, si cabe, si la misma venía aparentemente acompañada del establecimiento de una verdadera carrera profesional del personal docente e investigador al servicio de las universidades públicas, según la cual, tras transitarse por diversas figuras contractuales de carácter formativo y temporal —ayudante y profesor ayudante doctor—, se podía alcanzar la tan anhelada estabilidad laboral mediante el acceso a una figura permanente de profesorado —profesor contratado doctor—. Asimismo, junto a estas figuras que configuraban la carrera profesional del profesorado universitario, se regulaban otras tantas con las que se pretendían satisfacer distintas finalidades específicas, todas ellas legítimas —profesores asociados, profesores visitantes, profesores eméritos y contratados para obra o servicio determinados para la realización de un proyecto de investigación—.

Igual valoración positiva mereció la posterior laboralización del colectivo de los investigadores llevada a cabo por la Ley de la Ciencia, no en vano, supuso la sustitución del recurso mayoritario a la convocatoria de becas de investigación —predoctorales, postdoctorales y vinculadas a proyectos, convenios y contratos de investigación— a las que hasta ese momento se había acudido para vincular a gran parte de este colectivo con las universidades públicas por la contratación laboral de los mismos, mucho más garantista con los derechos de los investigadores. Esta valoración debía ser aún más favorable, si cabe, si la misma también venía aparentemente acompañada del establecimiento de una verdadera carrera profesional del personal investigador al servicio de las universidades públicas, según la cual, tras transitarse por diversas figuras contractuales de carácter formativo y temporal —contrato predoctoral y contrato de acceso al sistema español de ciencia, tecnología e innovación—, se podía alcanzar la tan anhelada estabilidad laboral mediante el acceso a la contratación laboral indefinida del investigador. Asimismo, junto a estas figuras que configuraban la carrera profesional del investigador, se preveían otras tantas con las que se pretendían satisfacer distintas finalidades específicas todas ellas legítimas —contrato de investigador distinguido y contratados por obra o servicio determinados para la realización de un proyecto de investigación—.

El desarrollo posterior de todas estas previsiones normativas, sin embargo, no ha sido todo lo satisfactorio que cabía esperar. A tal efecto y como conse-

cuencia de la propia idiosincrasia de la universidad pública, que sigue manteniendo un peculiar sistema de formación/selección de los futuros profesores e investigadores, que requiere largos y sucesivos períodos formativos que se cubren mediante contratos temporales, la carrera profesional del profesorado y de los investigadores se ha convertido en un penoso *vía crucis* por el que inexorablemente se debe transitar antes de poder obtener unos razonables niveles de estabilidad laboral. A ello ha contribuido muy negativamente que en el devenir cotidiano de las universidades públicas se hayan entrelazado y/o entremezclado las diferentes figuras contractuales previstas inicialmente por separado en la LOU y en la Ley de la Ciencia, de manera que no es de extrañar que una misma persona pase alternativamente y sucesivamente por las diferentes figuras contractuales previstas en ambas normas.

Así pues, en un supuesto extremo, pero no imposible, un recién graduado puede iniciar su periplo en la universidad mediante la obtención de una ayuda de investigación predoctoral, a partir de la cual se formalice un contrato predoctoral con una vigencia de cuatro años, a la finalización del mismo, en caso de no haber finalizado aún la tesis doctoral, puede formalizar un contrato de ayudante por el tiempo que tarde en finalizar la referida tesis doctoral con un máximo de cinco años de duración. Tras la obtención de la tesis doctoral, y tras disfrutar de una o varias ayudas postdoctorales, que se concretan normalmente con una o varias estancias de investigación en el extranjero, puede acudir al contrato de acceso al sistema español de ciencia, tecnología e innovación, por un periodo máximo de cinco años, a la finalización del cual, si ha obtenido las acreditaciones exigidas puede formalizar un contrato de profesor ayudante doctor, por otros cinco años, siempre y cuando la suma de este contrato con el anterior contrato de ayudante no supere los ocho años de duración. Una vez finalizada esta última contratación como profesor ayudante doctor, en principio, ya estaría en disposición de acceder a un contrato de trabajo indefinido, ya sea como profesor contratado doctor o como personal investigador indefinido, siendo la posibilidad de ir más allá, es decir, de acceder a plazas de profesores o de investigadores de carácter funcional una auténtica quimera.

A este abuso de la temporalidad y de la precariedad laboral de la contratación de profesores e investigadores de universidad contribuye decididamente la no aplicación a las modalidades de contratación específicas de estos colectivos de las normas laborales dirigidas a limitar el encadenamiento de contratos previstas en el art. 15.5 ET que, por el contrario, sí resultan aplicables con carácter general a otras modalidades de contratación laboral. No olvidemos al respecto que la disposición adicional decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores establece que lo dispuesto en el art. 15.5 ET no será de aplicación respecto de las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la LOU o en cualesquiera otras normas con rango de ley, entre las cuales, como ya se ha indicado, cabe incluir a la Ley de la Ciencia. Tal vez, estas previsiones deberían aplicarse

exclusivamente a las diferentes modalidades contractuales previstas por separado en la LOU —ayudante y profesor ayudante doctor— o en la Ley de la Ciencia —contrato predoctoral y contrato de acceso al sistema español de ciencia, tecnología e innovación—, pero no al encadenamiento sucesivo, alternativo e indistinto de todas estas figuras.

Pero además, por si todo esto no fuera suficiente, la crisis económica vivida en los últimos años se ha cebado muy especialmente con los presupuestos de las universidades públicas, lo que ha provocado que, ante las insalvables dificultades de estabilización del profesorado y de los investigadores por las vías ya extremadamente precarias previstas al efecto, se haya producido un uso torticero y fraudulento de diferentes modalidades contractuales previstas en la LOU y en la Ley de la Ciencia con la finalidad de poder mantener a un número importante de profesores y de investigadores en las plantillas de las universidades. Entre las principales figuras usadas de forma desviada cabe destacar el recurso a los «falsos asociados de universidad» o los no menos «falsos profesores visitantes» que han proliferando en los últimos años en las universidades públicas.

A todo ello cabe añadir que las universidades públicas siguen haciendo un uso a todas luces excesivo del contrato para obra o servicio determinados para la contratación de profesores e investigadores vinculados a proyectos, convenios y contratos de investigación. Recuérdese en este punto el trato tan «privilegiado» que en esta materia reciben las universidades públicas al no serles de aplicación las reglas sobre duración máxima de tres años prevista con carácter general para esta modalidad contractual ni las reglas dirigidas a limitar el encadenamiento de contratos para obra o servicio determinados, lo que está permitiendo vincular a profesores e investigadores a través de esta modalidad contractual prácticamente de forma perpetua, sin perspectivas reales de estabilización laboral.

En definitiva, a pesar de que la actividad profesional de una buena parte de los profesores y de los investigadores de las universidades públicas ha pasado a ser calificada como una actividad de carácter laboral, no lo ha sido en los mismos términos que el resto de trabajadores, sino que, por el contrario, a estos colectivos se les aplica un «estado de excepción laboral» que les priva de gran parte de los derechos y garantías que el ordenamiento jurídico laboral sí dispensa con carácter general al resto de trabajadores. A tal efecto, cabe preguntarse si la función docente e investigadora que desarrollan las universidades públicas justifica el mantenimiento de este «estado de excepción laboral» al que se ven sometidos en la actualidad los profesores e investigadores que prestan sus servicios en las universidades públicas. La respuesta a la cuestión planteada no puede ser más que negativa, lo que lleva inexorablemente a defender una simplificación de las modalidades contractuales previstas para la contratación de profesores e investigadores y la reconducción del régimen jurídico aplicable a las mismas a las reglas

generales que rigen la contratación laboral, no debiéndose contemplar más especialidades que las estrictamente derivadas de las necesidades específicas que se derivan de la función docente e investigadora desarrollada por las universidades públicas y, en particular, del peculiar sistema de formación/selección de los futuros profesores e investigadores de las mismas.

6. Bibliografía

- BALLESTER LAGUNA, Fernando (2016): «Las modalidades contractuales del Estatuto de los Trabajadores en el ámbito de la investigación», en BALLESTER LAGUNA, Fernando (Coord.): *El Estatuto profesional del personal investigador contratado en régimen laboral*, Madrid, Innap Investiga.
- BALLESTER LAGUNA, Fernando (2016): «El contrato de trabajo de obra o servicio determinado para la realización de proyectos específicos de investigación», en BALLESTER LAGUNA, Fernando (Coord.): *El Estatuto profesional del personal investigador contratado en régimen laboral*, Madrid, Innap Investiga.
- BALLESTER LAGUNA, Fernando (2016): «¿Ha hecho suficiente la legislación española para prevenir la utilización abusiva de los contratos de trabajo temporales en el ámbito de la investigación? La Directiva 1999/70/CE», en BALLESTER LAGUNA, Fernando (Coord.): *El Estatuto profesional del personal investigador contratado en régimen laboral*, Madrid, Innap Investiga.
- BAYLOS GRAU, Antonio (2008): «El personal docente e investigador contratado en régimen laboral después de la reforma de la LOU en 2007», *Revista de Derecho Social*, núm. 44.
- CAIRÓS BARRETO, Dulce María (2008): «El régimen jurídico del personal docente e investigador laboral de las universidades públicas», Comunicación presentada al *XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social sobre el Estatuto Básico del Empleado Público*, Badajoz, 29-30 de mayo de 2008.
- CAPODIFERRO CUBERO, Daniel (2016): «El régimen jurídico del profesorado contratado en el sistema universitario público», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 104-I.
- CUETO PÉREZ, Miriam (2012): «Incidencia de la nueva Ley de la Ciencia en el régimen jurídico de las Universidades», *Revista de Administración Pública*, núm. 187.
- DEL REY GUANTER, Salvador y MARTÍNEZ FONS, Daniel (2005): «El régimen jurídico del personal docente e investigador no funcionario tras la nueva legislación universitaria», *Relaciones Laborales*, núm. 2.
- GARCÍA MELLA, Dulce María (2006): «Contratos de sustitución en el ámbito docente universitario», en SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente (Dir.): *El personal docente e investigador (PDI) laboral de centros universitarios*, Murcia, Ediciones Laborum.
- GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, Ignacio (2016): «La contratación de investigadores por universidades públicas en la Ley de la Ciencia de 2011», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 404.
- GONZÁLEZ DÍAZ, Francisco (2015): «El personal investigador en formación: una peculiar relación laboral», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 118.
- GONZÁLEZ DÍAZ, Francisco y CRISTÓBAL RONCERO, Rosario (2011): «El personal investigador en formación», en SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente y CARDENAL CARRO,

- (Dir.): *El contrato de trabajo. Volumen II. Relaciones laborales especiales y contratos con particularidades*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi-Thomson Reuters.
- GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago (2006): «El personal adscrito a proyectos de investigación», en SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente (Dir.): *El personal docente e investigador (PDI) laboral de centros universitarios*, Murcia, Ediciones Laborum.
- GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago (2016): «El régimen jurídico del personal del SUE y del SECTI a estudio: modalidades contractuales y categorías profesionales en el ámbito del SUE y del SECTI», en CARO, Ana; GÓMEZ-OTERO, Carlos y GALÁN, Manuel (Coords.): *Disquisiciones jurídicas sobre el ámbito universitario*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Reuters Aranzadi.
- LUJÁN ALCARAZ, José (2012): «La contratación laboral del personal investigador ante la reforma laboral y la Ley de la Ciencia», en HORGUÉ BAENA, Concepción; BONACHERA LEDRO, María Isabel y CARO MUÑOZ, Ana Isabel (Coords.): *Impacto de la nueva legislación en la educación superior y la investigación*, Sevilla, Universidad de Sevilla.
- MARINA JALVO, Belén (2012): «Cuestiones esenciales del régimen jurídico del personal investigador al servicio de las universidades públicas tras la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 30.
- MOLINA HERMOSILLA, Olimpia (2016): «Principales novedades en el ámbito de la gestión del personal docente e investigador. Un «pretendido modelo privilegiado» de acceso al empleo público», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 396.
- MOLINA NAVARRETE, Cristóbal (2004): «Una nueva e inaudita «relación laboral especial»: el régimen de contratación del personal docente e investigador tras la LOU», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 257-258.
- MOLINA NAVARRETE, Cristóbal (2004): «Improvisación» de la LOU, «perversión» de la práctica ¿sabemos quien fija el régimen del PDI contratado?», *Revista de Derecho Social*, núm. 25.
- MOLINA NAVARRETE, Cristóbal (2013): «Las perspectivas de cambio en los regímenes del personal investigador y del personal de apoyo: modelo productivo, reforma laboral y el trabajo de investigación en las universidades», en IRIGOYEN, Javier; CARO, Ana Isabel y DOMINGO, Fernando (Coords.): *Conclusiones del XI Curso sobre régimen jurídico de Universidades*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Reuters Aranzadi.
- MORENO GENÉ, Josep (2004): «El contrato para la realización de un proyecto específico de investigación», *Aranzadi Social*, núm. 5.
- MORENO GENÉ, Josep (2008): *El personal investigador en formación. Régimen jurídico y de Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- MORENO GENÉ, Josep (2008): «La contratación «en prácticas» de los «investigadores Ramón y Cajal» según recientes sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid», *Aranzadi Social*, núm. 1.
- MORENO GENÉ, Josep (2009): «La carrera profesional del personal docente e investigador laboral de las universidades públicas: figuras contractuales y mecanismos de promoción y estabilización», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 37.
- MORENO GENÉ, Josep (2010): «La laboralización del PDI contratado de las universidades públicas», en ROMERO BURILLO, Ana María y MORENO GENÉ, Josep (Coords.): *El personal docente e investigador laboral de las universidades públicas: aspectos legales y negociación colectiva*, Albacete, Bomarzo
- MORENO GENÉ, Josep (2010): «Carrera académica, promoción profesional y estabilidad en el empleo» en MORENO GENÉ, Josep y FERNÁNDEZ VILLAZÓN, Luis (Coords.): *La*

negociación colectiva del personal docente e investigador laboral de las universidades públicas, Valencia, Tirant lo Blanch.

- MORENO GENÉ, Josep (2010): «Clasificación profesional y figuras contractuales», en MORENO GENÉ, Josep y FERNÁNDEZ VILLAZÓN, Luis (Coords.): *La negociación colectiva del personal docente e investigador laboral de las universidades públicas*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- MORENO GENÉ, Josep (2011): «La contratación laboral de los investigadores en la Ley de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación. ¿El final del estado de excepción laboral en la ciencia?», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 340.
- MORENO GENÉ, Josep (2011): «La contratación por obra o servicio determinado para la realización de un proyecto de investigación tras la reforma laboral de 2010», *Aranzadi Social*, núm. 1.
- MORENO GENÉ, Josep (2012): «El contrato predoctoral: una modalidad específica de contrato formativo para los investigadores», *Aranzadi Social*, núm. 3.
- MORENO GENÉ, Josep (2015): «Nulidad de los contratos de trabajo de los falsos profesores asociados de universidad ¿crimen sin castigo? Comentario a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 29 de mayo de 2015, *IUSlabor*, núm. 2.
- MORENO GENÉ, Josep y ROMERO BURILLO, Ana María (2011): «La contratación laboral del personal docente e investigador en las universidades públicas», en SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente y CARDENAL CARRO, Miguel (Dirs.): *Relaciones laborales especiales y contratos con particularidades*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi-Thomson Reuters.
- MORÓN PRIETO, Ricardo (2006): «El Estatuto del Personal Investigador en Formación: otro tímido paso en la asimilación de las becas formativas al régimen laboral», *Relaciones Laborales*, núm. 19.
- NOGUEIRA FERREIRO, Lara (2015): «La eficacia en el fomento de la investigación del contrato predoctoral y las ayudas a la formación de doctores y profesorado universitario», *XXXIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Reforma de las Administraciones Públicas y empleo público*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla.
- NOGUEIRA FERREIRO, Lara (2016): «El nuevo régimen jurídico de la relación laboral de los investigadores en España tras la Ley de la Ciencia: ¿una solución a la falta de personal cualificado?», *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 23.
- NOGUEIRA LÓPEZ, Alba (2004): *Régimen jurídico de la selección del profesorado universitario*, Madrid, Atelier.
- PÉREZ REY, Joaquín y TRILLO PARRAGA, Francisco (2014): «Precariedad en la Universidad: los «falsos asociados». Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala octava), de 13 de marzo de 2014», *Revista de Derecho Social*, núm. 66.
- QUESADA SEGURA, Rosa (2013): «Influencia de la reforma laboral en el personal académico», en IRIGOYEN, Javier; CARO, Ana Isabel y DOMINGO, Fernando (2013): *Conclusiones del XI Curso sobre régimen jurídico de Universidades*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Reuters Aranzadi.
- RIVERA SÁNCHEZ, Juan Ramón (2016): «Los contratos de trabajo del personal docente e investigador en la vigente Ley Orgánica de universidades», en BALLESTER LAGUNA, Fernando (Coord.): *El Estatuto profesional del personal investigador contratado en régimen laboral*, Madrid, Innapp Investiga.
- SAN MARTÍN RODRÍGUEZ, Javier (2012): *El carácter laboral del profesor universitario*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters.

- SERRANO ARGÜELLO, Noemí (2014): «Modalidades específicas de contratación laboral del personal investigador. De la precarización al desideratum de su estabilidad en el empleo y consolidación profesional», *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 36.
- SIRVENT HERNÁNDEZ, Nancy (2015): «Trabajo en investigación: luces y sombras de su progresiva laboralización en España», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, núm. 4.
- SIRVENT HERNÁNDEZ, Nancy (2016): «Las modalidades de contratación laboral previstas en la LCTI específicamente para el personal investigador», en BALLESTER LAGUNA, Fernando (Coord.): *El Estatuto profesional del personal investigador contratado en régimen laboral*, Madrid, Innap Investiga.
- SOLÍS PRIETO, Carmen (2016): «El exceso de docencia asignada a los ayudantes como obstáculo para su formación y promoción profesional: estudios de su tratamiento en vía jurisdiccional», en CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María (Dir.): *Calidad, docencia universitaria y encuestas: «Bologna a Coste Cero»*, AMLA.

LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA POSIBILIDAD DE EXIGIR LA APLICACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO DEL LUGAR DE EJECUCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA*

Jurisprudence of the Supreme Court on the Possibility
of Demanding Compliance with the Collective Agreement
of the Place of Execution in the Public Procurement

EIDER LARRAZABAL ASTIGARRAGA

Profesora Adjunta de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea

Orcid: 0000-0001-9566-3744
DOI: 10.1387/lan-harremanak.17930

Recibido el 27 de abril de 2017
Aceptado el 16 de mayo de 2017

ABSTRACT

■ *Se analiza la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la posibilidad de exigir el cumplimiento del convenio colectivo del lugar de ejecución en el marco de la contratación pública. A tal fin, se analizarán las cuatro sentencias recaídas al respecto, destacando las dos principales claves del asunto a tratar: por un lado, la necesidad de ostentar la competencia normativa para imponer una cláusula social de tales características y, por otro lado, su compatibilidad con la actual normativa vigente en*

* Trabajo realizado en el marco del Grupo de investigación GIU 2015/04 (UPV/EHU), cuya Investigadora Principal es Olga Fotinopoulou Basurko.

materia de convenios colectivos, en especial, la relativa a la ultraactividad y la prioridad aplicativa del convenio de empresa.

Palabras clave: Tribunal Supremo, contratación pública, convenio colectivo del lugar de ejecución, competencia normativa, ultraactividad.

■ *We analyze the jurisprudence of the Supreme Court on the possibility of demanding compliance with the collective agreement of the place of execution in the context of public procurement. To this end, the four judgments relayed in this respect will be analyzed, highlighting the two main clues of the subject: on the one hand, the need to have the normative competence to impose a social clause of such characteristics and, on the other hand, their compatibility with the current legislation on collective agreements, in particular, the one relating to ultraactivity and the application priority of the business agreement.*

Keywords: Supreme Court, public procurement, collective agreement of the place of execution, normative competence, ultraactivity.

■ *Kontratazio publikoaren esparruan kontratua burutzen den lekuko hitzarmen kolektiboa betetzeko aukeraren inguruko Auzitegi Gorenaren jurisprudentzia aztertzen da. Helburu horrekin, gaiaren inguruan ebatzi dituen lau epaiak jorratuko dira, gaiaren bi gako nagusienak azpimarratuz: alde batetik, mota horretako klausula soziala ezartzeko arau-eskuduntza izateko beharra eta, beste alde batetik, bere bateragarritasuna indarrean dagoen hitzarmen kolektiboen araudiarekin, bereziki, ultraaktibitatearekin eta enpresako hitzarmenaren lehentasun printzipioarekin.*

Hitz gakoak: Auzitegi Gorena, kontratazio publikoa, lekuko hitzarmen kolektiboa, arau-eskuduntza, ultraaktibitatea.

SUMARIO

Sumario. 1. Introducción. 2. La importancia de aplicar el convenio colectivo del lugar de ejecución en los contratos públicos. 3. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

1. Introducción

En este trabajo se analiza la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la posibilidad de exigir la aplicación del convenio colectivo del lugar de ejecución en la contratación pública. Como tendremos la oportunidad de analizar, dicha jurisprudencia resulta conflictiva y, en muchos casos, confusa. Es por ello que merece la pena su estudio, ya que la cuestión carece hoy día de una respuesta judicial uniforme y/o, por lo menos, clara. Además, el asunto ha sido resuelto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, y no por la Sala de lo Social, lo que ha provocado que el tema sea tratado principalmente desde el punto de vista del reparto de competencias y no desde la perspectiva del Derecho del Trabajo.

2. La importancia de aplicar el convenio colectivo del lugar de ejecución en los contratos públicos

A la hora de ejecutar un contrato público pueden coincidir en la misma obra o servicio varias empresas. De este modo, puede suceder, y así sucede en la práctica, que a pesar de ejecutar el mismo trabajo, en un mismo lugar y para la misma administración pública, los trabajadores disfruten de diferentes condiciones laborales. Ello es debido a que cada empresa adjudicataria aplica un convenio colectivo diferente, el que le corresponde en cada caso, sea de empresa, sectorial, provincial, etc. Además de dicha desigualdad, debida a la confluencia de diversos convenios colectivos, puede darse el caso de que alguno o varios de los convenios colectivos que vienen aplicando las empresas implicadas recojan condiciones laborales peores que las del convenio colectivo aplicable en el lugar que se ejecuta la obra o servicio. La consecuencia es que pueden existir trabajadores que desarrollen su trabajo con condiciones laborales inferiores a las que disfrutaban los trabajadores a los que sí se les aplica el convenio colectivo del lugar de ejecución. Por supuesto, también podría darse la situación contraria. No obstante, los casos más frecuentes son los descritos en primer lugar. En este tipo de

situaciones, la desigualdad laboral entre los trabajadores suele manifestarse, sobre todo, en materia de salarios, jornadas, vacaciones, horas extraordinarias, etc. Así, pueden confluír trabajadores que, por ejemplo, cobren el salario mínimo interprofesional con jornadas laborales larguísimas —porque así lo establece el convenio colectivo aplicable en su empresa— con trabajadores que cobren el doble con jornadas más reducidas.

Lo descrito, a pesar de que en principio goce de un respaldo normativo, no disfruta de un soporte rígido desde un punto de vista de justicia social y de los principios que rigen el Derecho, y, en concreto el Derecho del Trabajo. A saber, no es justa, ni se ajusta a Derecho, aquella situación en la que los trabajadores sufren una desigualdad laboral, solo por el hecho de pertenecer a diferentes empresas, cuando los mismos ejecutan un mismo trabajo, en el mismo lugar, bajo un mismo contrato público y para la misma administración.

Pues bien, para corregir esta posible desigualdad, se han dado varias iniciativas que promueven la incorporación de cláusulas sociales en los contratos públicos que establezcan la obligación de cumplir, para todas las empresas que resulten adjudicatarias, el convenio colectivo aplicable en el lugar de ejecución. Las mencionadas iniciativas varían, tanto en cuanto a la herramienta utilizada como en cuanto al contenido. Por un lado, se han aprobado o publicado textos políticos, instrucciones, informes... incluso normas, como es el caso de las normas forales aprobadas en las diferentes provincias del País Vasco —que son, precisamente, el objeto de las sentencias del Tribunal Supremo que van a analizarse a continuación—. Por otro lado, las iniciativas recogen o bien la obligación estricta de aplicar el convenio colectivo del lugar de ejecución del contrato público, o bien la «recomendación» de seguirlo en su plenitud o en alguno o varios de sus puntos.

Como se ha adelantado, ha sido la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo la que ha dictado sentencias sobre las citadas normas forales. La cuestión ha sido planteada y resuelta principalmente desde el punto de vista del reparto de competencias para regular dicha materia. Por ende, como se ha dicho, el Tribunal Supremo no ha analizado todavía la temática desde el punto de vista del Derecho del Trabajo en su profundidad.

En los siguientes apartados se observará lo que ha dictado el Tribunal Supremo al respecto.

3. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo

Por el momento, el Tribunal Supremo ha dictado cuatro sentencias sobre la materia. En ellas se discute sobre la legalidad de una Instrucción de la Diputación Foral de Bizkaia, una Norma Foral de Araba y otra de Gipuzkoa. Más

concretamente, se cuestionan las competencias de la Diputación Foral de Bizkaia y las Juntas Generales de Araba y Gipuzkoa para regular la incorporación de este tipo de cláusulas.

En primer lugar, en la sentencia del 26 de noviembre de 2015, a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo le toca estudiar el recurso planteado por la representación de la Diputación Foral de Bizkaia contra la sentencia de 11 de julio de 2014, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Esta última declaró la nulidad de la Instrucción del Consejo de Gobierno de la Diputación Foral de Bizkaia de 29/10/2013, sobre Criterios de Mantenimiento de las Condiciones de Trabajo y Medidas de Carácter Social para su aplicación en los procedimientos de contratación de la Diputación Foral de Bizkaia. La Instrucción anulada pretendía intervenir sobre la reforma laboral de 2012 que modificó, entre otras cuestiones, la regulación sobre la vigencia de los convenios colectivos tras la finalización de su duración inicial pactada (ultraactividad). La Instrucción exponía que tal reforma podía conllevar la pérdida de las condiciones laborales anteriores¹ y, para neutralizar dicha consecuencia, establecía que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares incluidos en los contratos dentro del ámbito de aplicación de esta Instrucción se incluirá la siguiente cláusula²:

Durante todo el periodo de ejecución del contrato, la empresa contratista está obligada a no minorar unilateralmente las condiciones de trabajo que, en materia de jornada y salario y en términos anualizados, correspondan en cada momento a los trabajadores adscritos al contrato en función del convenio colectivo que resulte de aplicación al presentarse la oferta; y ello con independencia de que tal convenio pueda posteriormente perder su vigencia en aplicación de las previsiones legales o convencionales sobre finalización de la vigencia de los convenios colectivos.

La obligación se entenderá cumplida si se mantiene el salario/hora convenio vigente en el momento inmediatamente anterior a aquel en que, en su caso, se produzca la pérdida de vigencia. El contratista vendrá obligado a facilitar al órgano de contratación cualquier información o documentación que le sea requerida para acreditar este extremo.

En todo caso, se entenderá igualmente cumplida la obligación si la reducción que eventualmente pueda producirse en el salario/hora convenio se adopta por acuerdo alcanzado entre el empresario contratista y la representación de los trabajadores³.

¹ Así se recoge en la exposición de motivos de la Instrucción, que explica de forma más detallada cómo afecta la reforma laboral en el mantenimiento de las condiciones laborales y sus negativas consecuencias tanto en la merma de los derechos laborales como en el aumento de la conflictividad laboral y la reducción del consumo.

² Artículo 5.1.a) de la Instrucción.

³ El mismo artículo recoge que *«de no respetarse esta obligación, se impondrá al contratista una penalidad cuyo importe se calculará aplicando al presupuesto del contrato el porcentaje en que se haya minorado el salario/hora convenio del trabajador adscrito al contrato cuya reducción se haya operado en mayor medida hasta el límite del 10%. De superar la reducción del salario/hora convenio del trabajador que ex-*

Como puede observarse, en este caso no se obliga a las empresas adjudicatarias a aplicar el convenio colectivo del lugar de trabajo, sino a mantener —o, por lo menos, a no minorar— las condiciones laborales que correspondan a cada trabajador en función del convenio colectivo que le fuese de aplicación al presentarse la oferta.

En la sentencia recurrida, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco anuló la citada Instrucción entendiendo que la Diputación Foral de Bizkaia carece de competencia para regular sobre dicha materia⁴. Frente al recurso presentado por la Diputación Foral de Bizkaia contra la aludida sentencia, el Tribunal Supremo, tras una breve fundamentación jurídica, considera que no se combaten por parte de la recurrente los argumentos de la sentencia impugnada. A su parecer no se discuten debidamente los concretos preceptos que muestran que lo regulado va más allá de una simple Instrucción, al dirigirse a terceros, como lo evidencia la propia introducción de la Instrucción. Por tales motivos, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto. En consecuencia, el alto Tribunal no profundiza, en este caso, sobre el fondo del asunto. No obstante, la sentencia sí valora la idoneidad de las Instrucciones para regular materias de esta índole. En este sentido, opina que «no son medio idóneo para regular determinados derechos y deberes» y que cuando se establecen derechos y obligaciones para los particulares debe hacerse mediante un Reglamento. El uso de la Instrucción para incorporar este tipo de cláusulas ha generado un largo debate que, por motivos de extensión, no podemos traer a colación en este lugar⁵.

La anulación de la Instrucción no ha parado la iniciativa de la Diputación Foral de Bizkaia en esta línea. Ésta ha dado luz verde, en enero de 2017⁶, a un reglamento ejecutivo que permite incorporar cláusulas sociales y medioambientales al procedimiento de contratación. Eso sí, el contenido de éste no tiene nada que ver con el de la Instrucción. El reglamento ejecutivo no recoge expresamente su interés por neutralizar los negativos efectos de la ultraactividad de

perimiente una mayor reducción el 10%, o en caso de que el contratista no facilitara la información requerida para acreditar el cumplimiento de la obligación establecida en esta cláusula, se considerará incumplida una obligación esencial del contrato incurriendo el contratista en causa de resolución».

⁴ Consigna que ni el Estatuto de Autonomía para la Comunidad Autónoma del País Vasco ni la Ley 27/1983 de Relaciones entre las Instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma y los órganos Forales de sus Territorios Históricos, atribuyen competencia alguna a los Territorios Históricos en materia de Trabajo, Seguridad Social y Contratación.

⁵ Se trata de aclarar si realmente lo regulado en la Instrucción afecta o no a los particulares o, simplemente, constituye una herramienta de carácter interno con efectos «ad intra». En lo que no hay duda, y así lo defiende la doctrina judicial, es que no se permite que las Instrucciones afecten a terceros.

⁶ Decreto Foral n.º3/2017, de 17 de enero, para la incorporación de cláusulas sociales, medioambientales y relativas a otras políticas públicas en el procedimiento de contratación Foral de Bizkaia.

los convenios colectivos ni los posibles contenidos de las cláusulas sociales, ni, mucho menos, como cabía esperar, una cláusula relativa al convenio colectivo a aplicar igual o similar a la recurrida ante los Tribunales (anteriormente analizada).

En segundo lugar, en la sentencia de 23 de mayo de 2016, la misma Sala tuvo ocasión de tocar el fondo del asunto, desde el punto de vista del reparto de competencias, en un caso similar. Se discute en este caso sobre la competencia de las Juntas Generales de Araba para introducir cláusulas sociales de contenido parecido al recogido en la Instrucción anteriormente mencionada. La norma a debate, en esta caso, es la Norma Foral 1/2014, de 12 de febrero, para la incorporación de cláusulas sociales en los contratos de obra del sector público foral, aprobada por las Juntas Generales de Araba.

Esta Norma Foral establece, entre otras cuestiones, que *«el contratista (...) deberá aplicar las condiciones de trabajo del Convenio Colectivo de la Construcción y Obras Públicas de Álava o de los sucesivos convenios colectivos que lo revisen, en su caso (...)»*⁷.

La citada norma fue recurrida también ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. La Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal anuló el Capítulo III y el artículo 5.3 de la Norma Foral, y declaró la validez de las otras disposiciones impugnadas. Por tanto, no se anuló el artículo anteriormente indicado, esto es, el que recoge la obligación de respetar el Convenio Colectivo de la Construcción y Obras Públicas de Araba. Como era de esperar, esta sentencia fue recurrida por el Abogado del Estado que, entre otros contenidos, recurrió la cláusula referente a respetar el citado Convenio Colectivo. No obstante, en la medida en que en su recurso planteó como primer motivo de casación la falta de competencia de las Juntas Generales de Araba para aprobar normas en materia de contratación, el Tribunal Supremo entiende que corresponde analizar en primer lugar este motivo, ya que solo en el caso de que fuera rechazado procedería analizar los restantes motivos.

Pues bien, en su respectivo análisis, el alto Tribunal concluye que las Juntas Generales de Araba carecen de potestad normativa de desarrollo en materia contractual, laboral y de seguridad social, por lo que anula la norma foral alavesa en su totalidad. Para llegar a esta conclusión ofrece toda una argumentación que básicamente consiste en la afirmación de que corresponde al Estado la competencia exclusiva para dictar la legislación básica de la contratación administrativa⁸ y para legislar en materia laboral y la legislación básica para la Seguridad

⁷ Artículo 5.1 de la Norma Foral.

⁸ Según establece el artículo 149.1.18 de la CE, y, en apartado distinto, el 24.º, le reconoce también competencia exclusiva sobre las obras públicas de interés general o cuya realización afecte a más de una Comunidad Autónoma.

Social⁹. Afirma que, en el primer caso, la competencia de desarrollo de la normativa contractual está atribuida, en todo caso, a la Comunidad Autónoma¹⁰ y, en el segundo caso, sólo corresponde a la Comunidad Autónoma la ejecución de dicha legislación. Ejecución que también le está atribuida en materia de contratación administrativa¹¹.

El Tribunal Supremo, además, profundiza en una de las cuestiones centrales en las que se basa el voto mayoritario de la sala de instancia, la naturaleza de la norma que nos ocupa y que el citado voto mayoritario no considera de carácter general. En este sentido, opina que la disposición recurrida «*no tiene sólo efectos internos a modo de reglamento de autoorganización*», pues tiene efectos sobre el desarrollo de los contratos y sobre los propios contratistas, «*por lo que es clara la eficacia extramuros*» de la misma.

En esa línea, el alto Tribunal comparte los siguientes motivos presentados por el Abogado del Estado:

1. los pliegos de cláusulas administrativas generales no son normas jurídicas, sino actos administrativos, que pueden ser impugnados por los licitadores en vía administrativa ante los Tribunales de contratación; mientras que la Norma Foral, como norma reglamentaria, sólo puede impugnarse en vía contencioso-administrativa (artículo 107 LRPJAC¹²);
2. los pliegos de cláusulas generales exigen dictamen previo del Consejo de Estado o del órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma (art. 114.3 LRJPAC), trámite que no exige la Norma Foral;
3. los órganos de contratación pueden establecer en el pliego de cláusulas administrativas particulares cláusulas contrarias al pliego general, previo informe de la Junta Consultiva de Contratación (art. 115.5 LCSP), posibilidad que no cabe si las cláusulas vienen impuestas por una norma jurídica, como la Norma Foral.

Según el Tribunal, lo expuesto no supone cuestionar la posibilidad de que las Juntas Generales aprueben pliegos de cláusulas administrativas generales,

lo que no pueden es hacerlo a través de una disposición de carácter general porque ello restringe la libertad de impugnación de los licitadores, y los órganos de contratación no pueden hacer uso de la facultad que les otorga el artículo 115.5 del LCSP previo informe de la Junta Consultiva de Contratación.

⁹ En base al artículo 149.1, apartados 7.º y 17.º.

¹⁰ Artículo 11.b) del Estatuto de Autonomía del País Vasco.

¹¹ Artículo 12 del Estatuto de Autonomía del País Vasco.

¹² Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre).

En consecuencia, entiende el Tribunal que se trata de una disposición de carácter general que desarrolla la legislación básica contractual del Estado, para lo que la competencia exclusiva corresponde a la Comunidad Autónoma.

En lo que respecta a estas dos últimas afirmaciones, el Tribunal no aclara ciertos parámetros y pueden plantearse las siguientes cuestiones. Por un lado, ¿podría deducirse que es posible establecer una cláusula social de tales características a través de pliegos de cláusulas administrativas generales? Por otro lado, ¿podría entonces la Comunidad Autónoma desarrollar la legislación básica contractual y establecer una cláusula de dicha índole?

En principio, las respuestas a ambas preguntas parecen afirmativas, ya que el Tribunal así lo recoge sin hacer mención especial o excepción alguna al respecto. Partiendo de tal premisa, imagínese, por ejemplo, que la norma recurrida fuese una norma de la Comunidad Autónoma, y no de las Juntas Generales de Araba, que, como en el caso de la Norma Foral, estableciese la obligación de aplicar el convenio colectivo del lugar de ejecución del contrato público en el modo descrito ¿Vulneraría el artículo 86.3 del Estatuto de los Trabajadores —es decir, el relativo a la ultraactividad de los convenios colectivos— y, debería, por ende, aplicarse el convenio colectivo de ámbito superior una vez que el aplicable hasta el momento pierda su vigencia? ¿Y menoscabaría la prioridad aplicativa del convenio de empresa (artículo 84.2 del Estatuto de los Trabajadores)?

Pues bien, como se ha mencionado al inicio del análisis de esta sentencia, el Tribunal Supremo ha condicionado el estudio de esta cuestión a la de la determinación de la competencia normativa en las materias afectadas, por lo que, una vez más, se sigue sin conocer la postura del alto Tribunal en esta temática concreta. Situación que fácilmente podría presentarse ante el mismo Tribunal, pues únicamente tendría que suceder que fuese la Comunidad Autónoma, y no las Juntas Generales de los Territorios Históricos, quien aprobase una norma de tal contenido. Habría estado bien que el Tribunal Supremo hubiese aprovechado la situación para pronunciarse también sobre esta cuestión y zanjar las dudas al respecto.

En tercer lugar, el Tribunal Supremo se pronuncia, el 31 de mayo de 2016, sobre la competencia de las Juntas Generales de Gipuzkoa para aprobar una Norma Foral de contenido parecido al de la Juntas Generales de Araba. En este caso la norma a debate es la Norma Foral 4/2013, de 17 de julio, de incorporación de cláusulas sociales en los contratos de obras del Sector Público Foral. Ésta, al igual que las anteriores, fue recurrida ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Este Tribunal, en contra de la pretensión del Abogado General que solicitaba la nulidad de la totalidad de la Norma, dictó que únicamente extralimitaban la competencia foral: 1) el Capítulo III, que regulaba la «Verificación y evaluación del cumplimiento de las cláusulas de carácter social» y 2) el inciso 3 del artículo 5, que contemplaba el acceso a las obras de las y los repre-

sentantes de las organizaciones sindicales representativas para llevar a cabo labores de comprobación del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales y del resto de las condiciones de trabajo. Sin embargo, entendió que las restantes determinaciones de la Norma Foral se movían dentro del ámbito de la competencia foral o se limitaban a remitirse a la legislación vigente. Precisamente así lo entendió en el caso de la disposición de esta Norma que obliga a aplicar el Convenio Colectivo de la Construcción y Obras Públicas de Gipuzkoa, considerando que no vulnera el artículo 86.3 del Estatuto de los Trabajadores sino que únicamente se hace remisión a las particularidades sobre el régimen de vigencia de los convenios colectivos.

Por su parte, el Tribunal Supremo, ante el recurso de casación planteado por las Juntas Generales de Gipuzkoa y la Diputación Foral de Gipuzkoa contra dicha sentencia solicitando su anulación, y por tanto la validez del capítulo y artículo anulado, termina desestimándolo. Entiende que las Juntas Generales de Gipuzkoa carecen de competencia para regular tales materias. Concretamente, a su juicio, no se vulnera el artículo 37.3.a) del Estatuto de Autonomía del País Vasco —se refiere a las competencias de los territorios históricos para su organización y el régimen de funcionamiento de sus instituciones— y el artículo 11.1.b) del mismo —que apodera al País Vasco para el desarrollo legislativo de la legislación básica del Estado en materia de contratos administrativos—. A su parecer la norma foral no versa sobre esos aspectos organizativos y funcionales y no les corresponde a las Juntas Generales, sin intermediación del legislador, intervenir en el desarrollo normativo de la legislación en cuestión.

Ante esta última argumentación del alto Tribunal, podría plantearse la misma pregunta indicada en el caso de la norma foral alavesa. Es decir, ¿y si lo contemplado en la norma recurrida hubiese sido prevista en una ley autonómica? Parece que se llegaría a la misma conclusión que en el caso anterior, pues tampoco en esta sentencia se dice nada más al respecto, ni se realiza matización alguna.

En cuarto y último lugar, el Tribunal Supremo vuelve a pronunciarse sobre la Norma Foral Gipuzcoana en su sentencia de 2 de junio de 2016. Como se acaba de ver, en la anterior sentencia —de 31 de mayo de 2016— este Tribunal desestima el recurso de casación presentando y reafirma lo dictado por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Esto es, que las Juntas Generales de Gipuzkoa no tienen competencia para regular las materias concretas anteriormente indicadas¹³, donde no se recogía la relativa a la exigencia de aplicar el convenio

¹³ Capítulo III, «Verificación y evaluación del cumplimiento de las cláusulas de carácter social» e inciso 3 del artículo 5, que contemplaba el acceso a las obras de las y los representantes de las organizaciones sindicales representativas para llevar a cabo labores de comprobación del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales y del resto de las condiciones de trabajo.

colectivo del lugar de ejecución del contrato. Es precisamente esta última cuestión la que motiva la última sentencia del Tribunal Supremo. En este caso, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco desestimó el recurso presentado por la Autoridad Vasca de la Competencia contra la Norma Foral guipuzcoana, declarando la validez de los artículos 4.2; 5; 6 y 7.4.a). Los artículos 4.2 y 5 son precisamente los que hacen referencia al obligado cumplimiento del Convenio Colectivo de la Construcción y Obras Públicas de Gipuzkoa.

Contra esta sentencia plantea un recurso de casación la Comunidad Autónoma del País Vasco solicitando su anulación. Tras analizar los motivos de casación interpuestos por la Administración Vasca y los motivos de oposición de las partes recurridas (*Langile Abertzaleen Batzordea* —LAB—, las Juntas Generales de Gipuzkoa, la Confederación Sindical ELA y la Diputación Foral de Gipuzkoa), el alto Tribunal dicta, en primer lugar, que el escrito de casación no profundiza en la crítica a los argumentos que la Sala de Bilbao, *en una elaborada sentencia*, expuso para desestimar el recurso de la Autoridad Vasca de la Competencia. Añade que únicamente se limita a recoger los preceptos que se consideran infringidos o las sentencias que entienden vulneradas, sin aportar razonamientos suficientes al respecto, o, cuando se aportan, resultando en todo caso mínimos. En consecuencia, el Tribunal Supremo concluye que, a pesar de que ninguna de las recurridas ha solicitado la inadmisión de los motivos de casación, dicha falta de razonamiento es suficiente para rechazarlos, por lo que procede a su inadmisión.

No obstante, la Sala va más allá, y agrega que los motivos expuestos no pueden prosperar porque la sentencia de instancia no incurre en las infracciones que se le atribuyen. Antes de explicar el porqué de esto último, el Tribunal, como no podía ser de otra manera, se ve obligado a hacer referencia a sus anteriores sentencias sobre casos similares, esto es, a las tres sentencias anteriormente aquí analizadas.

En primer lugar hace referencia a su sentencia de 31 de mayo de 2016, que es la que trata sobre la misma norma foral ahora impugnada, es decir, la norma foral guipuzcoana. Recuerda que con esta sentencia se confirmó el juicio alcanzado en instancia, reafirmando que las Juntas Generales carecen de competencia para introducir normas en materia de contratación administrativa sobre «*verificación y evaluación del cumplimiento de las cláusulas de carácter social*». Para ello, dice la Sala, se apoyó en su otra sentencia del 26 de noviembre de 2015, que, como se ha visto, anuló la Instrucción del Consejo de Gobierno de la Diputación Foral de Bizkaia, sobre criterios de mantenimiento de las condiciones de trabajo y medidas de carácter social para su aplicación a los procedimientos de contratación. En este caso, la Sala rechazó el motivo de casación interpuesto por la Diputación Foral de Bizkaia reprochándole no haber combatido los argumentos de instancia sobre los concretos preceptos que muestran que lo reflejado va más allá de una simple instrucción al afectar a terceros.

Finalmente hace referencia a su sentencia de 23 de mayo de 2016, que anuló en su totalidad la Norma Foral alavesa, por la falta de competencia de las Juntas Generales de Araba para establecer normas en materia de contratación administrativa.

Tras enunciar estos tres casos, el alto Tribunal destaca que en el presente asunto no se han suscitado ninguna de las cuestiones ni los preceptos que han dado lugar a dichas sentencias. A saber, si bien en los otros se discutía sobre la competencia de la Juntas Generales o de la Diputación Foral para establecer este tipo de cláusulas sociales, en este caso se discute sobre dos ideas principales: 1) la imposición a la sumisión al último texto del Convenio Colectivo de la Construcción y Obras Públicas de Gipuzkoa vigente y, 2) la exigencia de unas determinadas condiciones de trabajo que, según el recurso, impondrían una barrera a la entrada en el mercado de contratación pública.

Pues bien, en cuanto a la primera de las ideas, el Tribunal Supremo considera que la recurrente no ha desvirtuado los argumentos expuestos en la sentencia de instancia pues *«no es válido su punto de partida porque la mención a un concreto convenio por los artículos 4.2 y 5 se enmarcan en el más amplio sometimiento a la legislación laboral vigente»*. Así, añade que *«en la medida en que esa normativa permita aplicar un convenio distinto al del lugar, tal posibilidad ha de considerarse incluida en la previsión de la norma foral»*. A su juicio la Administración recurrente no explica por qué no es correcto lo afirmado por la Sala de instancia ni por qué la norma recurrida impediría la aplicación de un convenio diferente al particularmente señalado. Tampoco explicaría por qué esa sujeción a la legislación laboral vigente menoscabaría la libertad de pactos del artículo 25 de la LCSP¹⁴, ya que se trata de una cláusula a introducir en los pliegos de todos los contratos de obras del sector público foral guipuzcoano.

En lo que respecta a la segunda de las ideas, la Sala entiende que la recurrente no pone de manifiesto los presupuestos determinantes de la identidad entre este caso y los contemplados por las sentencias del TJUE que invoca. Es más, subraya que los recurridos sí han señalado la diferencia entre el asunto Ruffert y el presente: *«en aquél no era un convenio de aplicación general como sí lo es éste»*. Finalmente, advierte que la recurrente no dice de qué manera impide la libre competencia la inclusión de esta cláusula. Por todo ello, declara no haber lugar al recurso de casación presentado por la Administración Vasca.

Como ha podido comprobarse, la jurisprudencia del Tribunal Supremo *«evidencia la complejidad y conflictividad de la situación jurídica»* en esta materia, que, en todo caso, confirma la doctrina mayoritaria fijada por el Tribunal Supe-

¹⁴ Ley de Contratos del Sector Público. Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

rior de Justicia del País Vasco. Esto es, aquella que convalida este tipo de cláusulas sociales (Molina, 2016: 88)¹⁵.

4. Conclusiones

De las sentencias aquí analizadas puede concluirse que la posibilidad de exigir la aplicación del convenio colectivo del lugar de ejecución en la contratación pública, tal y como lo hacen la Instrucción de la Diputación Foral de Bizkaia y las normas forales de Gipuzkoa y Araba, ha sido resuelta por parte del Tribunal Supremo sobre todo en base a la competencia normativa que ostentan, o no, las Diputaciones Forales y las Juntas Generales implicadas.

Como se ha visto, el Tribunal Supremo no ha tenido que postularse en cuanto a la competencia de la Diputación Foral de Bizkaia. No obstante, sí se ha pronunciado en torno a la competencia que al respecto tienen las Juntas Generales de Gipuzkoa y Araba. Mientras que para el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco tales Juntas sí tienen competencia para exigir, a través de cláusulas sociales introducidas en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de todos los contratos públicos de obras, el cumplimiento del convenio colectivo del lugar de ejecución del contrato, el Tribunal Supremo rechaza tal competencia.

No obstante, se da la paradójica situación de que, mientras la norma foral alavesa se encuentra anulada en su totalidad por dicho motivo, la norma foral guipuzcoana sólo lo está parcialmente. Y, precisamente, los artículos de esta última norma que hacen referencia al cumplimiento del convenio colectivo del lugar de ejecución se encuentran actualmente en vigor. Ello, por dos motivos. Primero, porque como ya advierte el propio Tribunal Supremo en su sentencia, porque al recurrir estos preceptos no se ha interpuesto como motivo de casación la falta de competencia de las Juntas Generales. Por tanto, parece que en caso de haberlo hecho así el recurso hubiera prosperado como en el caso de la norma alavesa. Segundo, porque el recurso que pretende anular la cláusula en cuestión no razona debidamente la forma en que ésta vulnera la normativa vigente en materia de convenios colectivos, más concretamente, la relativa a la ultraactividad de los convenios y a la prioridad aplicativa del convenio de empresa.

En consecuencia, de estas sentencias, y especialmente de la analizada en último lugar, se desprende la legalidad de este tipo de cláusulas, es decir, la posibilidad de exigir el convenio colectivo del lugar de ejecución en la contratación pública. Ya que, por ahora, no se ha demostrado en qué forma vul-

¹⁵ Sobre la doctrina judicial vasca mencionada, puede consultarse Larrazabal (2015: 125-146).

neraría la legislación laboral vigente. Eso sí, para ello, deben ser establecidas por parte de órganos que ostenten la debida competencia que, en los casos estudiados, únicamente ostentaría, como ya lo matiza el Tribunal Supremo, la Comunidad Autónoma del País Vasco, y no las Juntas Generales ni las Diputaciones Forales.

En este sentido, parece clara la idea de que, si en los casos enjuiciados se hubiese tratado de una norma autonómica, y no foral, la validez de las cláusulas no hubiese sido discutida. Partiendo de tal premisa, puede pensarse que una norma aprobada por el poder legislativo de la comunidad autónoma vasca que recogiese tal cláusula sería acorde a Derecho y no sería anulada ni por parte del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco ni por el Tribunal Supremo. Sólo falta pues, que sea el parlamento vasco quien dé un paso adelante en este sentido y prevea tal cláusula en una ley.

Pues bien, la Comunidad Autónoma Vasca ya tiene su propia ley en materia de cláusulas sociales, la Ley 3/2016, de 7 de abril, para la inclusión de determinadas cláusulas sociales en la contratación pública, aprobada por el parlamento vasco. Sin embargo, ésta no hace referencia alguna a la posibilidad de exigir el cumplimiento del convenio colectivo del lugar de ejecución del contrato. Puede que ello se deba a que el parlamento vasco no se atrevió a recoger una cláusula cuyo contenido se encontraba recurrido, a raíz de la norma foral guipuzcoana, ante el Tribunal Supremo, pues la Ley es algo anterior al último fallo del alto Tribunal. O puede que, simplemente, el parlamento vasco no haya querido incluir una cláusula de tales características, por diversos motivos.

La Ley vasca únicamente establece que «*los pliegos de cláusulas administrativas particulares incorporarán la advertencia de que el contrato se halla sujeto al cumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias y convencionales vigentes y que resulten de aplicación en materia laboral (...)*»¹⁶, que dichos pliegos incorporarán la obligación de que los licitadores «*indiquen el convenio colectivo que será de aplicación a los trabajadores y trabajadoras que realicen la actividad objeto del contrato (...)*», así como la obligación de «*facilitar cuanta información se requiera sobre las condiciones de trabajo (...)*»¹⁷ y que, el adjudicatario «*deberá, a lo largo de toda la ejecución del contrato, abonar el salario recogido en el convenio colectivo de aplicación según categoría profesional que le corresponda a la persona trabajadora (...)*»¹⁸. En fin, esta Ley no hace nada más que enfatizar en la obligación de cumplir la normativa laboral vigente y establecer el deber de indicar el convenio colectivo que la adjudicataria aplicará a sus trabajadores así como la de abonar el salario recogido en el mismo. Nada relevante.

¹⁶ Artículo 5.1 de la Ley Vasca aludida.

¹⁷ Artículo 5.2 de la misma Ley Vasca.

¹⁸ Artículo 5.3 de la Ley Vasca.

Tras la última sentencia del Tribunal Supremo, parece que no hay excusa para no contemplar, mediante una ley, lo ya recogido en la norma foral guipuzcoana actualmente en vigor, esto es, la aplicación del convenio colectivo del lugar de ejecución del contrato. Además, a tal fin, se cuenta con el aval de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ya que debido al giro interpretativo experimentado en esta materia es posible obligar a los licitadores y a sus subcontratistas a comprometerse a pagar al personal que llevará a cabo las prestaciones objeto del contrato público el salario fijado en una norma regional¹⁹. Lo que, aplicándolo al caso aquí analizado, podría traducirse en la exigencia, recogida en una norma regional, de aplicar el convenio colectivo de eficacia general del lugar de ejecución.

En este contexto, es necesario destacar que hoy día ya existe una Ley autonómica que recoge una cláusula de casi igual contenido que la descrita anteriormente. Se trata de la Ley Foral 6/2006 navarra, de Contratos Públicos. El Pleno del Parlamento de Navarra aprobó el 15 de enero de 2015, por unanimidad, la Ley Foral de *modificación de la Ley 6/2006, de Contratos Públicos, para la introducción de cláusulas sociales en los contratos públicos*. Ésta tiene su origen en una Iniciativa Legislativa Popular, la misma que fue presentada en el Parlamento Vasco, pero que, por diferentes motivos, no ha visto la luz en la Comunidad Autónoma Vasca, ya que, como se ha visto, la Ley Vasca no exige el cumplimiento del «último convenio colectivo sectorial de el ámbito más inferior existente en el sector en el que se encuadre la actividad de la empresa contratista», como sí lo hace la Ley Foral navarra²⁰. Lo más peculiar de todo esto es que la Ley navarra no ha sido recurrida, como sí lo han sido las normas forales vascas anteriormente analizadas.

En fin, en principio no cabría duda de la legitimidad de la Comunidad Autónoma Vasca para aprobar una Ley que establezca una cláusula social en el sentido indicado, tanto por que la jurisprudencia del Tribunal Supremo así lo avala como por el ejemplo de la Ley en vigor en su vecina comunidad autónoma navarra.

¹⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de noviembre de 2015, caso RegioPost. Para un análisis de este caso, véase Moreno (2016: 106-109), Miranda (2016: 69-91), Toscani y Valenciano (2016: 89-105), Vázquez (2016: 28-41).

²⁰ Artículo 3.1.a) de la Ley Foral 1/2015, de 22 de enero, por la que se modifica la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de contratos públicos, para la introducción de cláusulas sociales en los pliegos de cláusulas administrativas. La cláusula en cuestión se recoge, tras la modificación, en el artículo 49 «*requerimientos de carácter social o medioambiental en la ejecución de los contratos*» de la Ley Foral 6/2006.

5. Bibliografía

- LARRAZABAL ASTIGARRAGA, Eider (2015), «La introducción del salario mínimo en la contratación pública: análisis jurisprudencial del TJUE y del TSJPV», *Revista de Derecho Social*, n.º 71, pp. 125-146.
- MIRANDA BOTO, José María (2016): «Contratación Pública y cláusulas de empleo y condiciones de trabajo en el Derecho de la Unión Europea», *Lex Social: revista de los derechos sociales*, n.º 2, pp. 69-91.
- MOLINA NAVARRETE, Cristóbal (2016): «Cláusulas sociales, contratación pública: del problema de «legitimidad» al de sus «límites»», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 135, pp. 79-110.
- MORENO MOLINA, José Antonio (2016): «Se puede obligar a los licitadores y a sus subcontratistas a pagar un salario mínimo determinado al personal que llevará a cabo las prestaciones?», *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n.º 141, pp. 106-109.
- TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel y VALENCIANO SAL, Antonio (2016): «Cambio de criterio del TJUE ante la posibilidad de fijar un salario mínimo a respetar en la ejecución de contratos en el ámbito de la contratación pública: comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-115/14 (RegioPost GmbH amp; Co KG / Stadt Landau in der Pfalz) de 17 de noviembre de 2015», *Unión Europea Aranzadi*, n.º 1, pp. 89-105.
- VÁZQUEZ LACUNZA, Estela (2016): «El pago de un salario mínimo como condición especial de ejecución en los contratos públicos», *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n.º 146, pp. 28-41.

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA CONJUNTA
DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS
EN EL ÁMBITO SUPRAMUNICIPAL:
LA EXPERIENCIA DE LA
ADMINISTRACIÓN LOCAL VASCA

Joint Collective Negotiation of Public Employees
in Local Institutions above Municipalities:
The Experience of the Basque Local Administration

M.^a NIEVES MARTÍNEZ GAYOSO

TEU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (UPV/EHU)
PRECO-CRL/LHK

Orcid: 0000-0001-7059-7170
DOI: 10.1387/lan-harremanak.17931

Recibido el 30 de abril de 2017
Aceptado el 18 de mayo de 2017

ABSTRACT

Este artículo analiza la negociación colectiva conjunta para personal laboral y funcionarial al servicio de las Entidades Locales radicadas en la Comunidad Autónoma vasca, a raíz de la promulgación en 2015 de un texto refundido del Estatuto Básico de los Empleados Públicos y de la necesidad de desarrollar sus mandatos por parte de los poderes públicos vascos. Se compara la práctica con los mandatos legales y se analizan las propuestas barajadas en los anteproyectos de ley de empleo público vasco.

Palabras clave: negociación colectiva, Administración Pública, personal laboral, personal funcionarial, UDALHITZ.

■ *Artikulu hau Euskadiko Herri eta Tokiko Administrazioetan aurrera eramaten den negoziazio kolektiboa aztertzen du, kontuan izanik Herri Enplegatuen Oinarrizko Estatutua 2015ean bateratu dela eta oinarrizko arauak garapenaren zain dagoela. Euskadiko Toki Administrazioetan aurrera eramaten den praktika arauzko eta legezko aginduekin alderatzen da eta Euskadiko enplegu publikorako aurre proiektu legea aztertzen da ere.*

Hitz gakoak: negoziazio kolektiboa, Herri Administrazioa, pertsonal laborala, funtzionarioak, UDALHITZ.

■ *This article analyzes collective bargaining for labour and civil servants at the service of Local Authorities based in the Basque Autonomous Community, following the promulgation in 2015 of a revised text of the Basic Statute for Public Employees and the need to develop their mandates from the Basque public authorities. It compares the practice with the legal mandates and analyzes the proposals shuffled in the drafts of the Basque public employment law.*

Keywords: Collective bargaining, Public Administration, workers, civil servants, UDALHITZ.

SUMARIO

Sumario: 1. Introducción. 2. La negociación colectiva conjunta y para diferentes administraciones públicas antes del EBEP. 2.1. Reflexiones sobre la dualidad de regímenes laboral y funcionarial. 2.2. Los antecedentes normativos y jurisprudenciales del EBEP en materia de negociación colectiva conjunta. 3. La estructura de la negociación colectiva en las Administraciones públicas. 3.1. Las diferencias entre el ET y el EBEP. 3.1.1. Una breve reflexión sobre las unidades de negociación en el Estatuto de los trabajadores. 3.1.2. Las unidades de negociación en el Estatuto de los empleados públicos. 3.2. El concepto de mesas de negociación. 3.3. El ámbito supramunicipal y autonómico. 3.4. La preceptividad de la constitución de las mesas de negociación. 3.5. La constitución de mesas sectoriales en las entidades locales. 4. Las mesas de negociación en tanto comisiones negociadoras. 4.1. La problemática de la representación de la Administración pública en la negociación colectiva conjunta de personal laboral y funcionarial para las Entidades Locales y Forales radicadas en una Comunidad Autónoma. 4.2. La representación de los empleados públicos en la Mesa de Negociación para la negociación conjunta. 4.2.1. Delimitación conceptual: la capacidad y la legitimación negociadora. 4.2.1.1. La capacidad para negociar. 4.2.1.3. La legitimación inicial. 4.2.1.3. La legitimación plena. 5. Las materias objeto de negociación en las Mesas. 5.1. Las materias objeto de negociación. 5.2. El contenido de los Pactos y Acuerdos. 6. Los acuerdos para la determinación conjunta de condiciones de trabajo de personal funcionario y laboral en el ámbito supralocal: naturaleza y eficacia jurídicas. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

1. Introducción

El objeto de este artículo es el análisis del estado actual del marco jurídico de la negociación colectiva conjunta (para personal laboral y funcionarial) en el ámbito supramunicipal o para todas las Entidades Locales en una concreta Comunidad Autónoma, partiendo del ejemplo de la negociación desarrollada en las administraciones públicas locales vascas. Ese análisis ofrece una excelente ocasión para realizar un repaso general sobre conceptos básicos de la negociación colectiva en las administraciones públicas, aunque sin ánimo de exhaustividad dadas las limitaciones propias de un artículo doctrinal.

Las instituciones vascas optaron al poco tiempo de promulgarse la Constitución por la negociación colectiva conjunta¹. Esta opción, así como el hecho de

¹ Decreto num. 83/1981, de 15 de julio, sobre regulación colectiva de las condiciones de trabajo de la Administración Local. El Anteproyecto de ley de empleo público insiste en esta misma línea para toda la negociación a desarrollar en las administraciones públicas de la CAV.

adelantarse a los poderes normativos estatales en la regulación de estas materias, fue muy contestada y dio lugar a una también temprana sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, STC), la 57/1982, de 27 de julio².

Finalmente, la primera versión del EBEP-2007³ se rinde a la realidad y, por un parte, trata de ofrecer un marco unitario a la regulación de las condiciones de trabajo de personas funcionarias públicas y personas trabajadoras por cuenta ajena al servicio de las Administraciones públicas y, por otra, ofrece amparo jurídico expreso a dos prácticas muy habituales que los poderes públicos estatales se habían resistido a reconocer hasta el momento en que se promulga el EBEP-2007: la legitimación de las asociaciones de municipios para negociar acuerdos cuyo ámbito de aplicación se extienda a varios municipios (art. 34.2) así como la negociación colectiva conjunta de personal laboral y funcional.

No obstante, el EBEP⁴ no resuelve todos los problemas que la dualidad de regímenes jurídicos funcionarios públicos y trabajadores por cuenta ajena presenta. Hay que tener en cuenta que se trata de una regulación básica pendiente o necesitada de desarrollo. Desgraciadamente, ese desarrollo, al menos por lo que a la actividad reguladora de los poderes públicos vascos se refiere, se está haciendo de rogar. Ello no es óbice para que la negociación colectiva se siga desarrollando, a lo que hay que añadir que existe un desarrollo de las bases, pero cronológicamente anterior al establecimiento de las mismas, de donde pueden surgir distorsiones. Todas estas son razones que justifican sobradamente el interés en analizar la situación actual de la negociación colectiva en las administraciones públicas vascas y el hecho de que el EBEP-2007 haya sufrido importantes cambios en su configuración esencial como consecuencia del cambio de gobierno y de las medidas anti crisis que se han ido sucediendo desde el año 2012⁵. La nueva versión del EBEP y el compromiso de los poderes públicos vascos de proceder a la actualización de la regulación del empleo público constituyen una ocasión ideal para tratar esta cuestión.

² http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/99#complete_resolucion BOE núm. 197, de 18 de agosto de 1982.

³ Ley 7/2007, de 12 de abril, Estatuto Básico del Empleado Público. En adelante, EBEP-2007.

⁴ La versión actualmente vigente del EBEP es el 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, EBEP).

⁵ La clave está en el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

2. La negociación colectiva conjunta y para diferentes administraciones públicas antes del EBEP

Durante mucho tiempo, el ordenamiento jurídico español ha partido de la premisa de que funcionarios públicos y trabajadores al servicio de las Administraciones públicas eran titulares de estatutos jurídicos diferentes, tanto por lo que respecta a su relación individual de trabajo y empleo, como en lo relativo a sus relaciones colectivas y sindicales. El EBEP-2007 trata de acortar distancias entre ambos estatutos, pero resulta significativa, por el tema que ahora nos concierne que es la negociación colectiva, que el artículo 32 EBEP insista en que *«la negociación colectiva de los empleados públicos con contrato laboral se regirá por la legislación laboral, sin perjuicio de los preceptos de este capítulo que expresamente les son de aplicación»*. Las diferencias de regulación se mantienen y aunque el EBEP tiene buenas intenciones, no logra resolver todos los problemas derivados de ello.

2.1. Reflexiones sobre la dualidad de regímenes laboral y funcional

La primera cuestión a subrayar parte del diferente régimen de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas sobre la legislación laboral y sobre el régimen estatutario de los funcionarios públicos.

El art. 149.1.7 de la Constitución Española (en adelante, CE) proclama la competencia exclusiva del Estado sobre la legislación laboral, lo cual según la interpretación mayoritaria implica la falta de competencia normativa de las Comunidades Autónomas sobre la materia laboral, incluida, por supuesto, la negociación colectiva.

Por el contrario, el art. 149.1.18 CE establece una distribución de competencias más compleja por lo que respecta al régimen estatutario de los funcionarios públicos, al proclamar la competencia exclusiva del Estado sobre las bases de dicho régimen y reconocer competencias normativas de desarrollo de las bases a las Comunidades Autónomas. Simplificando mucho las cosas, a las Cortes Generales no sólo les compete dictar las bases del estatuto de los funcionarios públicos, sino que les compete, asimismo, la regulación completa del estatuto de los funcionarios de la Administración General del Estado. Las Comunidades Autónomas, por su parte, tienen competencia para el desarrollo de las bases y, por lo tanto, para regular el estatuto completo de sus funcionarios, sin perjuicio de respetar dichas bases.

Como dice Jiménez (2004), la particularidad de esta atribución de competencias reside en la necesidad de diferenciar entre las bases del régimen estatutario de los funcionarios de las Administraciones públicas y el régimen estatutario de los funcionarios de la Administración General del Estado. Los poderes

normativos del Estado (central), insisto, disponen en esta materia de una competencia completa de desarrollo, como consecuencia de tener que dotar de un régimen jurídico a su propia burocracia y así los problemas no tardan en llegar cuando las Cortes Generales utilizan como técnica legislativa aquella que consiste en extraer las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos de la regulación pensada para su propia burocracia. Como dice Jiménez (2004)

la legislación de la función pública de ámbito estatal pretende proporcionar soluciones para resolver problemas de su propia burocracia; en ocasiones, la confusión entre el estatuto básico y el propio de los funcionarios de la Administración General del Estado determina que se exporten esos problemas (y no sus soluciones) a otros contextos organizativos como las CCAA o las EELL.

Esta técnica, además de generar un marco jurídico confuso, provoca que algunas soluciones pensadas para problemas específicos de la Administración General del Estado, acaben creando nuevos problemas al insertarse en una organización ajena a los mismos, además de dejar sin resolver los específicos de cada ámbito.

En fin, de acuerdo a la propia remisión a la legislación laboral que efectúa el artículo 32.1 EBEP, las reglas esenciales sobre la negociación colectiva de los trabajadores de las Administraciones públicas se encuentran en el Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET). El artículo 37 CE ordena a la ley garantizar el derecho a la negociación colectiva, así como la fuerza vinculante de los convenios y de acuerdo con ello, una de las principales finalidades que se plantea el ET a la hora de abordar la negociación colectiva laboral consiste en garantizar un convenio colectivo de eficacia jurídica normativa y personal general. Este convenio colectivo es el eje sobre el que gira el entero sistema de negociación colectiva del ET. La principal preocupación del Título III del ET consiste, por lo tanto, en generar garantías de esa fuerza vinculante del convenio, lo cual trata de lograrse mediante una atención exhaustiva al ámbito en que se va a desarrollar la negociación colectiva y a la selección del interlocutor válido en dicho ámbito. Asimismo, cobra especial importancia la tramitación del acuerdo una vez que se ha producido.

Las leyes de función pública, a diferencia del ET, tratan de asegurar que la Administración someta sus decisiones a las representaciones sindicales de sus empleados, pero sin que ello paralice la actividad administrativa. El resultado es una regulación que impone cauces formales e institucionalizados de diálogo, pero que presta escasa atención a la articulación del resultado de esa negociación con el sistema de fuentes del régimen estatutario de los funcionarios públicos, así como a las consecuencias (jurídicas) derivadas del desconocimiento por parte de la Administración de sus deberes de negociación. El eje de la regulación no es el convenio (denominado Pacto o Acuerdo) sino la Mesa de Negociación.

2.2. Los antecedentes normativos y jurisprudenciales del EBEP en materia de negociación colectiva conjunta

Los antecedentes normativos del EBEP (como la versión original de la LORAP⁶ y el ET) no establecían expresamente la posibilidad de negociación colectiva conjunta, lo cual había dado lugar a pronunciamientos judiciales constantes que negaban la validez para los funcionarios públicos de los acuerdos que pretendían determinar conjuntamente con los trabajadores sus condiciones de trabajo. Por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo contencioso-administrativo, de 22 de octubre de 1993 (rec. núm. 4367/1990), pone de manifiesto buena parte de los problemas que la ausencia de regulación y la dualidad de regímenes plantean:

F.D. 4: ...la peculiaridad de un pacto aplicable globalmente a un colectivo que está sujeto a sendos ordenamientos sustantivos netamente diferenciados, sugiere la previa interrogación acerca de la normalidad jurídica de este fenómeno...

F.D. 5: ...lo que debe ahora dilucidarse consiste en determinar si los respectivos ordenamientos de la negociación colectiva (el de las relaciones estatutarias de los funcionarios públicos y el de las relaciones laborales de los trabajadores) ofrecen entre sí el grado de permeabilidad suficiente para posibilitar una negociación y eventual regulación unitaria bajo forma contractual, y para ello deben ponerse en relación los componentes básicos de los respectivos sistemas.

F.D. 6: Siguiendo el orden de los factores anteriormente enumerados corresponde hacer aquí las siguientes precisiones:

- a) la estructura orgánica representativa integrada en la Mesa de Negociación, a que se refiere el art. 31.2 de la Ley 9/1987, no es coincidente con la prevista en el art. 87.1 de la Ley 8/1980 para la constitución de la comisión negociadora;
- b) el grado de autonomía de la negociación colectiva de los funcionarios, resultante de los arts. 32 y 35 de la Ley 9/1987, es manifiestamente más limitado que el reconocido a los trabajadores en el art. 85 de la Ley 8/1980;
- c) la situación de supremacía de una de las partes, reflejada en el art. 35 de la Ley 9/1987 —al requerir la validez y eficacia de los pactos y acuerdos negociados la aprobación expresa y formal del Pleno de la Entidad Local respectiva—, no tiene correlación en la letra de los arts. 82 y 90.2 de la Ley 8/1980, aplicables inclusive cuando el empresario sea la Entidad pública;
- d) la misma diferencia de régimen jurídico se observa —en el supuesto de fracaso de la negociación—, entre lo establecido en el art. 37.2 de la Ley 9/1987 y la regulación que deriva del Título II del RDLey 17/1977, de 4 de marzo, y la STC 11/1981, de 8 de abril;
- e) igualmente, es notoria la diferencia en las reclamaciones jurisdiccionales relativa a esta materia, reservadas al orden contencioso-administrativo tra-

⁶ Ley 9/1987, de 12 de junio de Órganos de Representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas (en adelante, LORAP).

tándose de funcionarios, en tanto es competencia del orden social cuando conciernen al personal laboral, sea pública o privada la unidad empleadora (arts. 9.5 y 25 LOPJ).

La trascendencia de las citadas contradicciones, ponen de manifiesto la inviabilidad de una articulación unitaria del pacto que abarque conjuntamente a los funcionarios y al personal laboral cuyo primer escollo, como hemos dicho, se manifiesta en la dualidad de instancias jurisdiccionales en concurrencia.. Procede, por tanto, la declaración de nulidad...

Con anterioridad al EBEP ya se habían dictado normas que reconocían expresamente la oportunidad y la necesidad de la negociación colectiva conjunta. Con posterioridad a la anulación por el TC del Decreto núm. 83/191, de 15 de julio del Gobierno Vasco, la versión inicial del Decreto del Gobierno Vasco 304/1987, de 6 de octubre, de Órganos de Representación, regulación del proceso electoral, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco (en adelante, DGVORAP), no incluía referencias a la negociación colectiva conjunta. Sin embargo, el Decreto del Gobierno Vasco 228/1990, de 4 de septiembre reformó varios de sus artículos y regula la constitución de comisiones negociadoras de ámbito supramunicipal para la determinación conjunta de materias y condiciones de trabajo para el personal laboral y funcional al servicio de las entidades locales de la Comunidad Autónoma vasca.

Según el art. 17.1 DGVORAP⁷ (redactado conforme al Decreto del Gobierno Vasco 228/1990, de 4 de septiembre):

Se constituirá una Mesa General de Negociación en el ámbito de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco, así como en las Entidades Forales y Locales del País Vasco, que serán competentes para determinar las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos del ámbito correspondiente.

Asimismo, podrá constituirse, previo acuerdo alcanzado por los órganos competentes de las Administraciones Públicas Vascas, y de las Organizaciones Sindicales más representativas a nivel estatal y de Comunidad Autónoma, así como de los Sindicatos que hayan obtenido el 10% o más de los representantes en las Elecciones para Delegados y Juntas de Personal, una Mesa de Negociación para la determinación conjunta de las retribuciones y condiciones de trabajo de los empleados públicos al servicio de diferentes Administraciones Públicas Vascas.

Esta previsión no hace sino ajustar la norma a la realidad y recoger normativamente una práctica habitual en las administraciones públicas en general y en

⁷ Insisto redactado conforme al Decreto del Gobierno Vasco 228/1990, de 4 de septiembre.

las vascas en particular. Sin embargo, hay que reconocer que su amparo legal es un tanto endeble, hasta que se promulga el EBEP-2007, comenzando por poner de manifiesto lo poco coherente que resulta el art. 17 DGVORAP con su propio ámbito de aplicación, definido en su artículo 1.2, según el cual:

Quedan excluidos del presente Decreto: a) Los miembros de la Policía de la Comunidad Autónoma de Euskadi y b) el personal laboral al servicio de las Administraciones públicas de la Comunidad Autónoma Vasca que se someterán a la legislación laboral.

Asimismo, meses antes de la promulgación del EBEP y haciéndose eco de las críticas que había recibido la regulación entonces vigente en materia de negociación colectiva en las Administraciones públicas, la Ley 21/2006 de reforma de la Ley 9/1987, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones públicas introdujo el concepto de mesas para la negociación de las bases de los estatutos de los empleados públicos y del incremento global de las retribuciones a incluir en los Presupuestos Generales del Estado así como las mesas para la negociación de materias y condiciones de trabajo conjuntas para personal funcional y laboral⁸.

Pero ni esas normas ni el propio EBEP resuelven de forma eficaz los problemas que plantea su articulación⁹. Por ello, en el presente artículo, haré especial hincapié en el concepto de las mesas de negociación y sus funciones tanto para delimitar la estructura de la negociación colectiva de los empleados públicos, como su función de comisiones negociadoras¹⁰. Analizaremos el ámbito material de la negociación colectiva conjunta y la naturaleza jurídica y eficacia de los pactos y acuerdos y dejaremos para mejor ocasión, las cuestiones relativas a su impugnación, que siguen siendo una cuestión abierta como bien pone de manifiesto Roqueta (2008: 9-11), así como las cuestiones vinculadas a las consecuencias del fracaso en la negociación.

3. La estructura de la negociación colectiva en las Administraciones públicas

Las ideas fuerza sobre las que pivota este epígrafe son las siguientes:

En primer lugar, la diferencia de regulación entre el ET y el EBEP en esta materia.

⁸ Vid Marín (2006).

⁹ Para un análisis en profundidad de estas cuestiones vid. Marín (1999).

¹⁰ La doctrina coincide en señalar esta doble función de las mesas de negociación. Por todos, Del Rey (1988: 180-181), Roqueta (1996: 108) y Fernández y Rodríguez (1996: 33).

En segundo lugar, y estrechamente relacionado con lo anterior, las unidades de negociación predeterminadas por las leyes para el empleo público no se ajustan bien a las reglas del ET en materia de negociación colectiva, lo cual genera disfunciones que, a raíz del reconocimiento legal expreso por el EBEP de la negociación colectiva conjunta y de ámbito supramunicipal, aparecen en parte corregidas, pero que merecen un comentario.

En tercer lugar, el EBEP guarda silencio sobre las relaciones que cabe enablar entre las diferentes unidades de negociación o Mesas de Negociación, se mejoran considerablemente los problemas que planteaba la LORAP, pero siguen existiendo importantes lagunas, en parte corregidas, como veremos, a través del establecimiento de principios ordenadores de la negociación colectiva (funcionarial y extensibles a la laboral) y que merecen un tratamiento.

En cuarto lugar, se va a hacer hincapié sobre otros dos temas: la constitución de mesas sectoriales en las entidades locales y la relación entre autonomía local y constitución preceptiva de comisiones negociadoras y/o su eventual «sustitución» por las mesas supra locales.

3.1. Las diferencias entre el ET y el EBEP

El ET organiza la estructura de la negociación colectiva sobre el concepto de las unidades de negociación, que podemos definir como el conjunto de trabajadores y empresarios para los que se negocia¹¹. Las unidades de negociación son una realidad preexistente a la negociación colectiva¹², que condiciona tanto el ámbito de aplicación del convenio producto de la negociación, como la selección de los sujetos encargados de representar a los colectivos citados en dicha negociación.

Los problemas surgen cuando la ley no tiene en cuenta que las unidades de negociación son realidades preexistentes a la norma y decide intervenir sobre esa realidad sin respetarla. Esta opción tiene como resultado una predeterminación legal de las unidades de negociación con un alto grado de artificialidad que suele desembocar en conflictos de difícil solución desde parámetros jurídicos.

3.1.1. *Una breve reflexión sobre las unidades de negociación en el Estatuto de los Trabajadores*

A pesar de que en apariencia el Estatuto de los Trabajadores reconoce la plena libertad de los negociadores para decidir el ámbito de aplicación del con-

¹¹ Alonso y Casas (2002: 831): «El conjunto de trabajadores y empresarios para los que se negocia forma la unidad de negociación, que preexiste a la negociación y, por ello, al convenio que de ella resulte. El convenio colectivo eventualmente conseguido tiene un ámbito de aplicación posterior a su celebración, necesariamente coextenso con la unidad de negociación para la que se ha celebrado.»

¹² Por todos, Roqueta (1996: 115).

venio, lo cierto es que el ET articula su sistema de negociación en torno a los ámbitos de constitución y actuación de los delegados de personal y Comités de Empresa, que a su vez giran sobre los conceptos de empresa o centro de trabajo, todo lo cual casa mal con la compleja estructura de las Administraciones públicas. La opción legal para la negociación colectiva funcional de abarcar tanto a las Administraciones Territoriales como a sus organismos autónomos no se amolda bien a las unidades de negociación definidas en el ET, de tal manera que no resulta fácil determinar si un convenio colectivo negociado por una Administración pública tiene ámbito empresarial, superior a la empresa o inferior a la empresa y la concreción de este dato es esencial para determinar si la comisión negociadora se ha constituido debidamente o no. Algunos ejemplos de unidades de negociación conflictivas serían las siguientes: a) la unidad de negociación constituida por todos los trabajadores de una Administración territorial cualquiera y sus organismos autónomos; b) la unidad de negociación constituida por todos los trabajadores de las Entidades Locales ubicadas en el territorio de una determinada Comunidad Autónoma (en términos laborales diríamos que se trata de una unidad de ámbito superior a la empresa y a efectos de este artículo la vamos a denominar como unidad supramunicipal); c) la unidad de negociación constituida por todas las Universidades públicas ubicadas en el territorio de una determinada Comunidad Autónoma¹³.

Centrándonos en el supuesto conflictivo que constituye el objeto principal de este artículo, respecto de la unidad de negociación constituida por todos los trabajadores de las Entidades Locales ubicadas en una concreta Comunidad Autónoma, desde la perspectiva laboral, no hay problemas en reconocer que se trata de un ámbito superior a la empresa. Antes de la promulgación del EBEP-2007, el problema radicaba en las dificultades para instrumentar la representación de una pluralidad de entidades locales, ante la ausencia de asociaciones empresariales legitimadas para la negociación. De ahí la importancia de que el EBEP proclame la legitimación negocial de las asociaciones de municipios¹⁴. Este artículo 34.2 EBEP debería constituir uno de los preceptos del EBEP que expresamente le es de aplicación a la negociación colectiva de los empleados públicos con contrato laboral.

¹³ Vid. STS, sala de lo social, de 17 de febrero de 2017, n.º 140/2017, recurso n.º 112/2016 y que trata sobre la articulación entre la negociación desarrollada en el ámbito que engloba al conjunto de las Universidades públicas de Cataluña y el convenio colectivo para el personal laboral de la Universidad de Barcelona, respecto del personal de administración y servicios.

¹⁴ Art. 34.2 EBEP: 2. «Se reconoce la legitimación negocial de las asociaciones de municipios, así como la de las Entidades Locales de ámbito supramunicipal. A tales efectos, los municipios podrán adherirse con carácter previo o de manera sucesiva a la negociación colectiva que se lleve a cabo en el ámbito correspondiente». En sentido crítico con esta opción Mauri (2008: 402-403).

3.1.2. *Las unidades de negociación en el Estatuto de los empleados públicos*

Tanto su antecesora, la LORAP¹⁵, como el EBEP optan por una definición legal de las unidades de negociación para los funcionarios públicos, que reciben el nombre de Mesas de Negociación y que toman como referencia para su definición las Administraciones Territoriales y los Organismos Autónomos adscritos a ellas. Es decir, toman una referencia muy diferente a la del ET.

El EBEP establece imperativamente la constitución de una serie de Mesas generales de Negociación, competentes para la determinación de las condiciones de trabajo de los empleados (art. 36.3) y de los funcionarios públicos (art. 33) del ámbito correspondiente.

Una de las críticas que se hacía a la regulación de la LORAP en torno a la mesas de negociación era que no se refería a las relaciones que, en su caso, cabía entablar entre las diferentes Mesas de Negociación (la de la Administración del Estado, las de cada una de las Comunidades Autónomas, y cada una de las Entidades Locales). El otro gran problema de la LORAP es que era un ejemplo paradigmático de legislación confusa al incluir en un único texto las bases del estatuto de los funcionarios públicos junto con el desarrollo de esas bases para la Administración General del Estado.

El EBEP avanza considerablemente en este sentido, al diferenciar, por una parte, la unidad de negociación encargada de sentar las bases de estatuto de los empleados públicos, entre las que se incluye la negociación del incremento global de las retribuciones del personal al servicio de las Administraciones públicas que corresponda incluir en el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada año (art. 36 EBEP); y, por otra parte, las unidades de negociación constituidas por los funcionarios públicos (art. 34 EBEP) y por el personal funcionario, estatutario y laboral (art. 36.3 EBEP) de cada una de las Administraciones territoriales y sus respectivos organismos autónomos¹⁶. Aunque sigue habiendo un número excesivo de mesas de negociación, al menos el régimen de competencias entre ellas queda más claro.

¹⁵ La disposición derogatoria única del EBEP deroga la LORAP, excepto su artículo 7 (relativo a las unidades electorales para la constitución de Juntas de Personal) y con la excepción contemplada en la disposición transitoria quinta en relación con el procedimiento electoral general. A ello hay que añadir que esta ley queda derogada con el alcance previsto en el apartado 2 de la disposición final cuarta, según la cual *«hasta que se dicten las leyes de Función Pública y las normas reglamentarias de desarrollo se mantendrán en vigor en cada Administración Pública las normas vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos en tanto no se opongan a lo establecido en este Estatuto»*, luego la regulación de la LORAP en torno a las mesas de negociación a constituir en el ámbito de la Administración general del estado, en tanto normativa no básica sino reguladora del específico régimen estatutario de los funcionarios públicos de la Administración General del Estado, siguen en vigor hasta que se dicte la ley de función pública correspondiente que venga a sustituirla.

¹⁶ Esta opción, como ya he señalado antes, se avanza en la Ley 21/2006, de reforma de la LORAP.

Asimismo, el EBEP establece principios a los que se sujeta la negociación colectiva de los empleados públicos (art. 33) y que, indirectamente, determinan o condicionan las relaciones entre las diferentes unidades de negociación, como los principios de legalidad, de cobertura presupuestaria (art. 33.1) y el principio de competencia que se enuncia entre otros en el artículo 37.1 al indicar que *«serán objeto de negociación, en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada Administración pública y con el alcance que legalmente proceda en cada caso, las materias siguientes...»*

Una interpretación literal de la ley conduciría a afirmar que en ningún caso existirá un solapamiento entre los acuerdos adoptados por las diferentes Mesas de Negociación, ya que cada una de ellas es competente para la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios y empleados públicos del ámbito correspondiente. Es decir, la Mesa General de la Administración del Estado negociaría exclusivamente las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos de la Administración del Estado y no de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales. Igualmente, la Mesa General de cada Entidad Local negociaría las condiciones de trabajo de sus funcionarios y empleados públicos, sin preocuparse por la negociación desarrollada en otros ámbitos.

Sin embargo, la centralización de la negociación colectiva de los empleados públicos no se manifiesta únicamente dentro de cada Administración territorial entre las respectivas Mesas generales y las mesas sectoriales, sino que se pone, asimismo, de manifiesto en la referencia del EBEP a que las materias que enuncia serán objeto de negociación *«en relación con las competencias de cada Administración pública»*. La negociación y, en su caso, los acuerdos alcanzados en la Mesa para las materias susceptibles de regulación estatal con carácter de norma básica, vinculará la negociación a desarrollar por las Mesas Generales de las administraciones de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales, *«sin perjuicio de los acuerdos a que puedan llegar las Comunidades Autónomas en su correspondiente ámbito territorial en virtud de sus competencias exclusivas y compartidas en materia de Función Pública»* (art. 36.1 EBEP). En fin, como indica el TS (F.D. 7, Ar. 1993/7544)

El marco de contractualidad, por tanto, está en correlación con el contenido de las potestades normativas y de autoorganización del órgano administrativo correspondiente (en el caso de la Administración local del Pleno del ayuntamiento o de las entidades locales)...

Por lo tanto, el solapamiento entre la negociación desarrollada por las diferentes unidades de negociación se produce y en la misma línea ahonda el hecho de que al TC no le cabe duda de que, como consecuencia de la vinculación de la legislación de las Comunidades Autónomas a los topes máximos de las retribuciones decididos por la LPGE (principio de legalidad y de cobertura presupues-

taria de la negociación colectiva), el incremento acordado en la Mesa General de la Administración General del Estado (art. 31.1 LORAP), cuando trascienda a la LPGE, vinculará a las negociaciones desarrolladas en todas las Administraciones públicas (ver F.J. 5.º STC 24/2002).

A todo ello hay que añadir cierta pereza o indolencia de los órganos legislativos autonómicos a la hora de proceder al desarrollo de las bases, indolencia de la que la Administración General del Estado no suele contagiarse y que provoca que esa regulación completa y detallada, pensada para una burocracia concreta, se acabe extendiendo a las de las comunidades autónomas y entidades locales. El EBEP se hace eco, hasta cierto punto de este fenómeno, a mi entender, al permitir o prever expresamente la posibilidad de que una Administración o Entidad Pública (cualquiera) pueda adherirse a los acuerdos alcanzados dentro del territorio de cada Comunidad Autónoma, opción que puede resultar muy interesante, por ejemplo, para que los entes locales se adhieran a los acuerdos reguladores alcanzados por las administraciones de comunidades autónomas de carácter uniprovincial. Tal y como está redactado el precepto no parece que esté pensando en que la administración de una comunidad autónoma se adhiera a los acuerdos negociados en otra o en la administración general del estado, pero lo que no parece dudoso es que no es preciso que el acuerdo al que se pretenda adherir una Administración o Entidad Pública prevea expresamente un mecanismo concreto de adhesión o la posibilidad de la misma, sino que queda en mano de cada Entidad la toma de esa decisión de adhesión a lo negociado en otro ámbito o unidad.

3.2. El concepto de mesas de negociación

Ya he señalado que en la regulación legal de la negociación colectiva de los empleados públicos el eje del sistema de negociación colectiva no es el convenio colectivo, como en el ET, sino las Mesas de Negociación, lo cual se debe, en mi opinión, a las reticencias para reconocer sin ambages la fuerza vinculante de los productos de esta negociación colectiva, sobre la base de la reserva de ley que impone la Constitución sobre el estatuto de los funcionarios públicos.

El carácter de las mesas de negociación como órganos institucionalizados y permanentes de diálogo más que como comisiones negociadoras que se constituyen para procesos que tienden a tratar de alcanzar un acuerdo (convenio colectivo) y que se diluyen una vez alcanzado el mismo, se constata claramente en la previsión del artículo 35.2 EBEP, según el cual

las variaciones en la representatividad sindical, a efectos de modificación en la las mesas de negociación, serán acreditadas por las organizaciones sindicales interesadas, mediante el correspondiente certificado de la oficina pública de registro competente, cada dos años a partir de la fecha inicial de constitución de las citadas mesas.

Por otro lado, la actual regulación del EBEP desvirtúa absolutamente la fuerza vinculante de lo acordado en el seno de las mesas de negociación, tanto para funcionarios como para laborales. El EBEP ha resuelto los problemas que la sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Supremo manifestaba en torno a la situación de supremacía que ostenta la Administración pública en la negociación colectiva funcional y que, en su opinión, no tenía correlación en la regulación del ET sobre la negociación colectiva laboral. El EBEP ha homogeneizado ambos estatutos para los empleados públicos y ha proclamado la supremacía de la Administración pública también en la negociación para los empleados públicos con contrato laboral.

El artículo 33.1 EBEP menciona entre los principios ordenadores de la negociación colectiva de los funcionarios públicos los de legalidad y cobertura presupuestaria. Principios que, obviamente, son, asimismo, predicables de la negociación colectiva del personal laboral al servicio de las administraciones públicas¹⁷. Como he tenido ocasión de explicar en otras ocasiones con profusión, tradicionalmente la reserva a la ley sobre el estatuto de los funcionarios públicos¹⁸ (art. 103.3 CE) se ha interpretado como un límite a la negociación colectiva, sin tener en cuenta que el reconocimiento de derechos sindicales a los funcionarios públicos implica, a su vez, la reserva de un espacio de actuación propio y suficiente a la negociación colectiva en dicho ámbito (art. 28.1 CE). La reserva a la ley, se transforma en la reserva a la norma pública¹⁹, reduciendo considerablemente el espacio posible de desarrollo de la negociación colectiva.

El principio de legalidad en la Administración pública, en tanto principio constitucional, parte de la necesidad de imponer al poder legislativo la obligación de limitar la discrecionalidad administrativa, lo cual dota a la ley de un papel especialmente preponderante en la definición del estatuto de los funcionarios públicos que puede interpretarse en el sentido de que la ley tenga la obligación, en todo caso, de fijar un régimen de salvaguarda que pueda regir en defecto de acuerdo en la negociación colectiva y que sirva, asimismo, de límite a la innovación normativa por parte de la potestad reglamentaria, pero no implica necesariamente que

¹⁷ Así lo ha entendido y puesto de manifiesto el anteproyecto de ley de empleo público elaborado por el Gobierno Vasco (en adelante, APLEP); vid. art. 196.

¹⁸ Una parte de la doctrina niega la posibilidad de intervención de la negociación colectiva en las materias reservadas a la ley, por ejemplo, Montoro (1995: 196). A mi me parece más correcto entender que lo que queda vedado a la intervención de la negociación colectiva no es la materia objeto de reserva de ley, sino la materia objeto de regulación imperativa por parte de ella. Ver, por todos, Cantero (2001: 329).

¹⁹ Orsi (1993: 464-465) se muestra partidario de diferenciar la reserva a la ley de la reserva a la norma pública, sin confundirlas ya que dicha confusión tiene como consecuencia la exclusión de la negociación colectiva.

...las características de pormenorización, rigidez y uniformidad inherentes al régimen estatutario emanado de la legislación del estado y, en su caso, de los órganos legislativos de las comunidades autónomas, no permiten que por analogía con el sistema de relaciones laborales tal bloque legislativo sea identificable como plataforma de «mínimos», sobre la que pueda pivotar una constelación de unidades negociadoras ... (F.J. 3.º de la STS, S. 3.ª, de 4 de diciembre de 1995 [AL núm. 24/1996, p. 1903]²⁰).

He llegado a defender que semejante lectura está absolutamente desfasada, es anticonstitucional por negar espacio suficiente a la negociación colectiva como facultad inescindible respecto de la libertad sindical y es un claro ejemplo de la confusión denunciada por Orsi Bataglini entre reserva de ley y reserva a la norma pública. El EBEP-2007, por fin, así lo entendió y procedió al establecimiento de amplios espacios para la intervención de la negociación colectiva en áreas importantes como los permisos²¹ (arts. 48 y 49) y las vacaciones (art. 50), espacios de colaboración normativa que se fueron al garete con las reformas vinculadas a la contención del gasto y del déficit público y que brillan por su ausencia en la actual configuración del EBEP-2015.

El EBEP, a diferencia de su antecesora, regula las cuestiones vinculadas a la negociación (y ulterior acuerdo) sobre materias a incluir en normas con rango de ley, refiriéndose al hecho de que «*su contenido carecerá de eficacia directa*» (art. 38.3), si bien el órgano de gobierno respectivo que tenga iniciativa legislativa procederá a la elaboración del correspondiente proyecto de ley «*conforme al contenido del Acuerdo y en el plazo que se hubiera acordado*», estableciéndose reglas concretas para el supuesto de que finalmente lo acordado no se incorpore en el proyecto de ley o no sea aprobado por el órgano legislativo correspondiente. Todo ello constituye un gran avance, si bien se ha optado por una regulación muy suave de las consecuencias aparejadas a la falta de incorporación de lo acordado a los textos legislativos correspondientes. Se gana en seguridad jurídica, pero se desvirtúa la fuerza vinculante de lo acordado.

En fin, las últimas reformas acaecidas a raíz del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, colocan la guinda en la devaluación de la fuerza vinculante

²⁰ En idéntico sentido, literalmente, STS, S. 3.ª, 22 octubre 1993 (Ar. 7544), 5 mayo 1994 (Ar. 4315), 16 noviembre 1994 (Ar. 555), 16 de junio de 1995 (AL, núm. 1, 1996, pp. 37 y ss.), 30 noviembre 1995 (Ar. 7907), 18 noviembre 1996 (AL, núm. 10, pp. 671 y ss.)

²¹ Art. 48.1 EBEP-2007: «...*En defecto de legislación aplicable los permisos y su duración serán, al menos, los siguientes*» ese «al menos» claramente está estableciendo una regulación mínima susceptible de intervención y mejora, es decir, una norma de mínimos parcialmente dispositiva. Nada que ver con la actual versión «*Los funcionarios públicos tendrán los siguientes permisos*» Otro ejemplo: art. 50 EBEP-2007 sobre vacaciones de los funcionarios públicos: «*Los funcionarios públicos tendrán derecho a disfrutar como mínimo...*» frente a la actual redacción «*Los funcionarios públicos tendrán derecho a disfrutar, durante cada año natural*» es decir eliminando la referencia a como mínimo y alterando la naturaleza dispositiva de la regla por una de carácter absolutamente imperativo.

de los acuerdos alcanzados en la negociación colectiva de los empleados públicos, al optar por la homogeneización de las regulaciones de la negociación laboral y funcionarial, para perjudicar notablemente a la fuerza vinculante del convenio colectivo, hasta hacerla irreconocible, a pesar de que no haya merecido el reproche (y declaración de inconstitucionalidad) del Tribunal Constitucional²².

El artículo 32.2 EBEP excepciona abiertamente la fuerza vinculante de los convenios colectivos al señalar que

Se garantiza el cumplimiento de los convenios colectivos y acuerdos que afecten al personal laboral, salvo cuando excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, los órganos de gobierno de las Administraciones públicas suspendan o modifiquen el cumplimiento de convenios colectivos o acuerdos ya firmados en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público.

A todo ello hay que añadir, que las sucesivas leyes de presupuestos han introducido un trámite de informe previo como requisito imprescindible para la validez de los convenios colectivos del personal laboral al servicio de las Administraciones públicas²³, que recuerda mucho a la exigencia de aprobación expresa y formal de los Acuerdos de funcionarios públicos, sobre la cual basaba la sala de lo contencioso-administrativo del TS la calificación de supremacía de la Administración en la negociación.

3.3. El ámbito supramunicipal y autonómico

Mauri (2008: 402) considera que el artículo 34.2 EBEP, que regula la legitimación negocial de las asociaciones de municipios, al indicar que «*una Administración o Entidad pública podrá adherirse a los acuerdos alcanzados dentro del territorio de cada Comunidad Autónoma*» establece «*un límite de correspondencia territorial fuera del cual no se produciría la legitimación para adherir*».

La práctica habitual en la negociación desarrollada en las entidades locales vascas (el UDALHITZ) parte, en efecto, de un ámbito territorial autonómico, es decir, pretende englobar al conjunto de las entidades locales radicadas en la Comunidad Autónoma vasca.

3.4. La preceptividad de la constitución de las mesas de negociación

La configuración legal de la negociación colectiva de los funcionarios públicos, unida a otros principios de la organización del Estado y del reconocimiento

²² Vid. Marín (2013).

²³ Por todas, el artículo 33 de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016.

de la autonomía política, de rango igualmente constitucional, condicionan la libertad de elección de la unidad de negociación y obligan a mirar con especial cuidado a los asuntos relacionados con la estructura de la negociación colectiva en las administraciones públicas.

En este sentido Roqueta (2008: 4-5) entiende que la ley *«no deja a la libre decisión de las partes negociadoras el establecimiento de la Mesa general común al personal funcionario y laboral»*. Ciertamente, el artículo 36.3 EBEP se refiere en términos imperativos (*«se constituirá»*) a la constitución de estas mesas *«en la Administración General del Estado, en cada una de las Comunidades Autónomas... y entidades locales»*; además, utiliza esa misma imperatividad para la constitución de las mesas a los efectos de la negociación colectiva de los funcionarios públicos (art. 34 EBEP), y todo ello lo hace sin perjuicio de reconocer legitimación negocial a las asociaciones de municipios para la negociación de acuerdos de ámbito supramunicipal o sectoriales, amén de autorizar a los pactos y acuerdos (art. 38.7 EBEP) en sus respectivos ámbitos y en relación con las competencias de cada Administración pública, *«para establecer la estructura de la negociación colectiva así como fijar las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre las negociaciones de distinto ámbito y los criterios de primacía y complementariedad entre las diferentes unidades negociadoras.»*

A la vista de todo este conjunto normativo y de una lectura sistemática del mismo cabe deducir que corresponde, si así lo decide, a la negociación colectiva para la determinación conjunta de las materias y condiciones de trabajo del personal funcional y laboral al servicio de las correspondientes Administraciones públicas la adopción de reglas sobre estructura de la negociación colectiva. Creo posible que se opte por establecer la primacía de sus acuerdos, frente a los que se establezcan en otros ámbitos, que podemos denominar inferiores, en tanto se trate de la regulación específica de condiciones de trabajo de uno u otro colectivo (funcional o laboral), al ser por definición un ámbito (personal) más restringido.

Desde luego, el artículo 200.1 APLEP regula en términos imperativos la constitución de mesas de negociación en cada una de las entidades locales para la negociación de las materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcional y laboral²⁴, y omite las referencias a la constitución (preceptiva) de mesas de negociación específicamente dirigidas a la negociación colectiva de los funcionarios públicos. Parece así que en el anteproyecto vasco de ley de empleo público queda en manos de las mesas para la negociación conjunta la decisión acerca de la oportunidad o no de la constitución de otros órganos negociadores

²⁴ Art. 200.1: *«A los efectos de la negociación colectiva del personal empleado público vasco se constituirá una Mesa General de Negociación en el ámbito de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi, así como en cada una de las Administraciones Forales y Entidades Locales y en la Universidad del País Vasco»*.

para colectivos con necesidades especiales de regulación, como pueden ser bien el personal funcionario o laboral, o bien regulaciones específicas para sectores concretos (la sanidad, la educación, la justicia, la policía, etc.). Respecto de estos *sectores*, suele ser, asimismo, habitual la dualidad de regímenes funcional, estatutario y laboral, por lo que no hay que descartar que las denominadas mesas sectoriales, asuman, asimismo, la determinación conjunta de materias y condiciones de trabajo para personal funcionario, estatutario y laboral²⁵.

En fin, las diferencias entre las denominadas mesas generales y las mesas sectoriales, así como el reconocimiento de la negociación supramunicipal, unido a la previsión explícita de que la estructura de la negociación colectiva puede ser objeto de regulación mediante acuerdos y pactos, así como la atribución a los acuerdos que contengan materias comunes al personal funcionario y laboral de la consideración y efectos previstos en el artículo 83 del Estatuto de los Trabajadores para el personal laboral, ofrece pistas para la posible calificación de estos productos no tanto como convenios colectivos sectoriales cuanto como acuerdos interprofesionales²⁶.

3.5. La constitución de mesas sectoriales en las entidades locales

El EBEP resuelve adecuadamente otro aspecto que se había señalado como problemático en relación con la eventual necesidad de constitución de mesas sectoriales (para colectivos concretos) en las Entidades Locales al abrir la regulación y dejar en el artículo 34.4 EBEP la puerta abierta a que todas las denominadas Mesas Generales de Negociación (a constituir, también, en cada Entidad Local) puedan tomar la decisión de constitución de Mesas Sectoriales.

Esta previsión se incluye en un apartado que parece destinado a la regulación específica de la negociación colectiva funcional, pero que entiendo extensible a la labor de las mesas para la negociación de las materias comunes a personal funcionario y laboral por las razones que vengo de exponer.

4. Las mesas de negociación en tanto comisiones negociadoras

La Mesa de Negociación en tanto comisión negociadora es un órgano paritario de composición pluripersonal en el que están representados tanto los in-

²⁵ Art. 200.3: «*Dependiendo de las Mesas Generales de Negociación y por acuerdo de las mismas podrán constituirse Mesas Sectoriales, en atención a las condiciones específicas de trabajo de las organizaciones administrativas afectadas o a las peculiaridades de sectores concretos de personal empleado público y a su número*».

²⁶ La diferencia no es baladí ya que el artículo 84.2 ET impone la prioridad aplicativa del convenio de empresa «*respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior*» en una serie de materias, dejando al margen, por lo tanto, de esa prioridad aplicativa a los contenidos de los acuerdos interprofesionales.

tereses de los empleados públicos como los intereses de la Administración²⁷. En tanto órgano negociador, aunque su finalidad es alcanzar un acuerdo, cada representación es portadora de un interés distinto y enfrentado al de la otra parte en la negociación²⁸, encontrándose ambos intereses en pie de igualdad (paridad), de ahí el carácter bipartito y paritario de la Mesa. En este aspecto sí se respeta la igualdad entre las partes, aunque a la hora de regular la eficacia de los acuerdos alcanzados la misma se pierda. La paridad puede entenderse de muchas maneras y, en función de ello, tener un reflejo en la composición de la Mesa, haciendo hincapié en la necesidad de que cada parte esté representada por el mismo número de representantes o, dar un paso más, para que la paridad se refleje en las reglas de funcionamiento y, concretamente, en la adopción de acuerdos, de tal forma que la adopción de decisiones por parte del órgano pluripersonal y colegiado en que consiste la Mesa de Negociación, se articule a través de un proceso complejo en el que primeramente se conformaría la voluntad de cada una de las representaciones, para, a continuación, pasar a considerar que ambas están conformes o disconformes con una determinada cuestión. El EBEP avanza considerablemente en una concepción cualitativa de la paridad, como trataré de explicar a continuación.

Por lo demás, como recuerda la STC 80/2000, de 27 de marzo, hay que tener en cuenta lo heterogéneo de la representación sindical de los empleados públicos. La representación de los empleados se atribuye a diferentes organizaciones sindicales, las cuales no suelen compartir una misma estrategia en la defensa de los intereses de sus representados, siendo imprescindible para la garantía efectiva de la libertad sindical de cada uno de los sindicatos implicados no tanto que la Administración abra procesos de diálogo con cada una de ellas, sino que les dé la oportunidad de debatir de forma conjunta, de cara a que cada organización contraste sus pareceres y desarrolle su estrategia en confrontación o en contraste con las restantes²⁹. Por otro lado, ya se han mencionado algunos de los proble-

²⁷ Roqueta (1996, 183).

²⁸ La contraposición de intereses que marca la diferencia entre las dos representaciones presentes en las comisiones negociadoras suele expresarse así, por ejemplo el art. 2 del Convenio núm. 154 OIT indica que «A los efectos del presente Convenio, la expresión [negociación colectiva] comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra...» El art. 33.1 párrafo segundo del EBEP, en esa línea, indica que «... se constituirán 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...».

²⁹ F.J. 7.º STC 80/2000: «...debe significarse que la negociación colectiva es algo más que el acuerdo final a que, en su caso, aquélla pueda conducir, consistiendo antes que en éste, en la propia actuación negociadora y en las deliberaciones por medio de las que se va realizando. A ello debe añadirse el dato de la configuración colegial de la Mesa de Negociación y de la negociación misma a ella confiada, que difiere muy sensiblemente de un hipotético modo de negociación en el que cada uno de los integrantes de la mesa negociase al margen del colegio. La pluralidad de los miembros del colegio, portadores de intereses distintos, y el conocimiento por cada uno de ellos de las posiciones de los demás en la negociación, con el consiguiente

mas y de las soluciones aportadas por el EBEP en cuanto a la representación de la Administración, en especial en el ámbito supramunicipal o en el caso de que el ámbito de la negociación abarque a varias administraciones territoriales. A ello se añade ya dentro de cada una de ellas, el hecho de que la representación administrativa suele recaer sobre diferentes altos cargos que ostentan diferentes Carteras y que suelen presentar formas diferentes de ver las cosas en relación con las cuestiones debatidas en la negociación colectiva, siendo determinante la función de los órganos colegiados de gobierno para la fijación de una línea de actuación uniforme y coordinada³⁰.

Coherentemente con su diferente naturaleza, cada una de las representaciones presenta unas reglas de legitimación distintas, por lo que es necesario diferenciar las normas relativas a la representación de la Administración en la Mesa de Negociación, de las que afectan a la representación de los empleados.

4.1. La problemática de la representación de la Administración pública en la negociación colectiva conjunta de personal laboral y funcional para las Entidades Locales y Forales radicadas en una Comunidad Autónoma

El artículo 34.2 EBEP³¹ señala

Se reconoce la legitimación negocial de las asociaciones de municipios, así como la de las Entidades Locales de ámbito supramunicipal. A tales efectos, los municipios podrán adherirse con carácter previo o de manera sucesiva a la negociación colectiva que se lleve a cabo en el ámbito correspondiente.

Asimismo, una Administración o Entidad Pública podrá adherirse a los acuerdos alcanzados dentro del territorio de cada Comunidad Autónoma, o a los acuerdos alcanzados en un ámbito supramunicipal.

El APLEP, en la misma línea, recoge un artículo 202 sobre «Negociación colectiva por asociaciones municipales y entidades supramunicipales»:

interés de poder debatir la posición de cada uno de ellos, pone de manifiesto que no son equiparables la negociación en el seno del colegio, y las negociaciones separadas. Resulta claro, por tanto, que el derecho a negociar en un determinado colegio no se satisface mediante la negociación alternativa del Sindicato con la Administración al margen de él». El TC no niega el carácter bipartito ni el contraste de intereses entre los propios de la Administración y el de los funcionarios públicos o sus representantes sindicales, sino que pretende poner de manifiesto lo heterogéneo de la representación sindical de los funcionarios públicos, es decir, del banco sindical compuesto habitualmente por un número de representantes de diferentes organizaciones sindicales las cuales no suelen compartir una misma estrategia en la defensa de los intereses de sus representados.

³⁰ Del Rey (1989, 45 y 46) señala como característica peculiar de la negociación colectiva que afecta a los funcionarios públicos la conflictividad ínter orgánica entre los diferentes órganos competentes en la determinación de sus condiciones de trabajo.

³¹ Por todos, ver un comentario de este precepto en Mauri (2008, 401-404).

1. Se reconoce la legitimación negocial de las asociaciones de municipios y, en concreto la de Euskadiko Udalen Elkartea-Asociación de Municipios Vascos (EUDEL) o, en su caso, la que resulte ser la más representativa de los municipios vascos, para acordar con las organizaciones sindicales más representativas en el ámbito local las condiciones de trabajo del personal empleado público de las entidades locales vascas. También se reconoce la legitimación negocial a las Entidades Locales de ámbito supramunicipal.

A tales efectos, los municipios podrán adherirse con carácter previo o de manera sucesiva a la negociación colectiva que se lleve a cabo en el ámbito correspondiente. Asimismo, una administración o entidad pública podrá adherirse a los acuerdos alcanzados dentro del territorio de cada Comunidad Autónoma, de cada Territorio Histórico o a los acuerdos alcanzados en un ámbito supramunicipal.

Tanto el EBEP como el APLEP están poniendo en valor lo que era una práctica habitual, al menos, pero no sólo, en las administraciones públicas vascas. En la misma línea, la Federación española de Municipios y Provincias formará parte de la mesa para la negociación de las materias susceptibles de regulación estatal con carácter de norma básica (art. 36. 1 y 2 EBEP).

El DGVORAP, en su artículo 17.2, que ya he mencionado antes, reconoce la posibilidad de negociación colectiva conjunta y para diferentes Administraciones públicas vascas, pero no desarrolla el marco jurídico al que puede someterse esa negociación ya que no concreta cuáles sean los órganos competentes de las Administraciones Públicas Vascas para proceder a esa negociación. En la práctica, ha sido EUDEL la entidad que se ha encargado de representar a las Entidades Locales vascas en la negociación colectiva para la determinación conjunta de las condiciones de trabajo de funcionarios y personal laboral al servicio de las Entidades Locales (y con el ARCEPAFE, Forales).

Me parece un gran avance que el EBEP asuma la existencia de una realidad necesitada de tutela legal para aquellas prácticas consistentes en la regulación de condiciones de trabajo homogéneas para los empleados públicos al servicio de diferentes Administraciones públicas territoriales y sus organismos autónomos, o dicho de otra forma, para el conjunto de Entidades Locales radicadas en el ámbito de una comunidad autónoma, que sería el supuesto concreto del UDALHITZ y el que, como he tenido ocasión de indicar más arriba, está regulando el art. 34.2 EBEP.

En primer lugar, la negociación supramunicipal es compatible con la constitución (preceptiva) de Mesas de Negociación en cada una de las Entidades Locales para la negociación colectiva de los funcionarios públicos (en cuyo caso la mesa tendrá una composición) o para la negociación de las materias comunes al personal funcionario y laboral de cada Administración (en cuyo caso su composición será otra). Aunque la filosofía de acuerdos como el UDALHITZ sea la de ofrecer una regulación completa de determinadas materias, sustituyendo,

por decirlo de alguna manera, la negociación a desarrollar en el ámbito local, lo cierto es que el EBEP ofrece total libertad al ámbito territorial y funcional inferior, esto es, al ámbito local, para adherirse o no a lo acordado en el ámbito supramunicipal.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que las antes citadas mesas que en teoría hay que constituir en cada Entidad Local,

quedarán válidamente constituidas cuando, además de la representación de la Administración correspondiente, las organizaciones sindicales que las conforman representen, como mínimo, la mayoría absoluta de los miembros de los órganos unitarios de representación en el ámbito de que se trate (art. 35.1).

Pueden existir entidades locales de muy pequeña dimensión que tengan problemas para la constitución de comisiones negociadoras válidas o para que exista una negociación colectiva real, de donde la idea de una negociación supramunicipal para la cobertura de vacíos resulta una solución adecuada.

En tercer lugar, cabe preguntarse hasta qué punto son exigibles a la negociación colectiva en las Administraciones públicas los requisitos sobre legitimación empresarial para la negociación en el ámbito superior a la empresa. Recientemente, se está viviendo en especial en el territorio de Gipuzkoa una conflictividad candente en torno a la exigencia legal de que las asociaciones empresariales cuenten con el diez por ciento de los empresarios, siempre que den ocupación al diez por ciento de los trabajadores afectados, así como que den ocupación al quince por ciento de los trabajadores afectados, a lo que hay que añadir que para la válida constitución de la comisión negociadora se exige que representen como mínimo, a empresarios que ocupen a la mayoría de los trabajadores afectados por el convenio, todo ello en el ámbito de la negociación colectiva sectorial y provincial. En realidad estas reglas de legitimación se aplican a la negociación colectiva sectorial y no a la negociación colectiva interprofesional, la cual reconduce al concepto de asociaciones empresariales más representativas de carácter estatal o de comunidad autónoma. El EBEP no entra en ese detalle y se limita a reconocer la legitimación negocial de las asociaciones de municipios con independencia de su implantación. El APLEP, sin embargo, sí introduce el concepto de la asociación que resulte ser la más representativa, si bien no procede a desarrollar ese concepto indeterminado. La acreditación de los entes locales asociados y trabajadores o funcionarios a los que dan ocupación no debería resultar problemático en este ámbito, lo que resulta más dudoso es que las exigencias de la norma laboral se extiendan a este supuesto.

El hecho de que la negociación supramunicipal requiera de la adhesión de cada Entidad Local, sumado a que no se barajan mecanismos tácitos de adhesión, resta importancia a la discusión sobre la representatividad de las asociaciones de municipios. Ahora bien, no está de más que se anticipen y, por lo tanto,

se traten de resolver los problemas derivados del hecho de que exista más de una asociación de municipios interesada en intervenir en la negociación colectiva.

En cualquier caso a la vista está que los órganos de gobierno de las respectivas administraciones públicas tienen importantes funciones respecto de la negociación colectiva desarrollada en los ámbitos que les afectan ya que, en definitiva, les corresponde corroborar o aprobar lo acordado. Las competencias de esos órganos de gobierno sobre la organización administrativa da lugar a que en ocasiones Administración y Gobierno se confundan, surgiendo la duda sobre quién sea realmente la contraparte en la negociación colectiva con los empleados públicos³². La contraparte es la Administración pública, correspondiendo a las normas que regulan la organización administrativa decidir quién ostenta en cada caso la representación de esas personas jurídicas complejísimas. En ocasiones, dicha representación recaerá sobre sus órganos de dirección por excelencia, los cuales, en tanto órganos colegiados, suelen actuar mediante representantes.

En esa línea, el art. 33.2 EBEP prevé que

Las Administraciones públicas podrán encargar el desarrollo de las actividades de negociación colectiva a órganos creados por ellas, de naturaleza estrictamente técnica, que ostentarán su representación en la negociación colectiva previas las instrucciones políticas correspondientes y sin perjuicio de la ratificación de los acuerdos alcanzados por los órganos de gobierno o administrativos con competencia para ello.

4.2. La representación de los empleados públicos en la Mesa de Negociación para la negociación conjunta

4.2.1. *Delimitación conceptual: la capacidad y la legitimación negociadora*

En el ámbito laboral es habitual distinguir entre la capacidad y la legitimación para negociar³³. La capacidad definiría la aptitud genérica para la negociación colectiva. La legitimación sería la aptitud específica para negociar en un determinado ámbito³⁴.

La capacidad representativa del sindicato para negociar depende de la afiliación, es decir, todo sindicato está legitimado para representar los intereses de sus

³² Mauri (1995: 259) considera al Consejo de Ministros, a los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas y a los órganos correspondientes de las Entidades Locales, como «un órgano externo a los sujetos legitimados para negociar y al propio procedimiento convencional...».

³³ En el ámbito de la negociación colectiva de los funcionarios públicos, por todos, ver Roqueta (1996: 186 y ss.).

³⁴ Alonso y Casas (2002, 831): «...la negociación de un convenio colectivo se desarrolla entre representantes de trabajadores y empresarios con capacidad o aptitud genérica para convenir, y legitimación o aptitud específica para celebrar un convenio colectivo determinado. Si el ordenamiento parte de la base de que los legitimados pueden y deben asumir la representación negocial de trabajadores y empresarios en principio no representados por ellos, precisan entonces los legitimados de una legitimación ampliada».

afiliados en la negociación colectiva con su empleadora (art. 28.1 CE). Ahora bien, existen diferentes grados de capacidad representativa, partiendo del hecho de que habitualmente el legislador se ve obligado a intervenir sobre esa aptitud genérica de todo sindicato para representar a sus afiliados, en orden a garantizar convenientemente la eficacia personal general del convenio colectivo, así como por la necesidad de limitar el número de componentes de las comisiones negociadoras³⁵. Tomando en consideración lo anterior se suele hablar de legitimación inicial como aptitud específica para negociar en un determinado ámbito y designar representantes en la comisión negociadora y de legitimación plena como aptitud específica para formar parte de la comisión negociadora. Las reglas en torno a la legitimación inicial determinan a los sujetos que han de decidir la composición numérica de la comisión y el reparto de puestos entre los inicialmente legitimados. Las reglas sobre legitimación plena se refieren precisamente a dicha composición numérica, así como a la distribución de puestos, acabando por concretar los componentes reales de la comisión. De acuerdo con estos diferentes conceptos, el legislador debe establecer criterios para la selección de aquellas organizaciones sindicales que puedan ser consideradas como los representantes adecuados de todos los empleados públicos incluidos en la unidad de negociación, así como de reglas acerca de composición numérica de las comisiones negociadoras y para la correcta distribución de los puestos de la comisión negociadora entre los inicialmente legitimados.

El EBEP siguiendo la línea de sus antecesoras establece un *monopolio sindical cualificado*³⁶ a la hora de definir a los representantes de los empleados públicos en la negociación colectiva, ya que, por un lado, sólo reconoce legitimación a las organizaciones sindicales y, por otro, no legitima a todo sindicato, sino únicamente a aquéllos que gocen de una especial capacidad representativa.

4.2.1.1. *La capacidad para negociar*

La aptitud general para negociar corresponde a todos los sindicatos, según el art. 28.1 CE y 2.2, d) LOLS. El art. 1.5 LOLS, no es óbice para reconocer que el derecho a la negociación colectiva forma parte de la libertad sindical reconocida a todo sindicato, lo que les hace titulares de la capacidad para negociar las condiciones de trabajo de sus afiliados. El ET opta, asimismo, por reconocer capacidad negociadora en el ámbito de la empresa a los representantes unitarios, opción rechazada por el EBEP, incluso en ámbitos reducidos como las entidades locales. La opción de establecer un monopolio sindical para la negociación colectiva de los funcionarios no merece reproche constitucional³⁷.

³⁵ Vid. Del Rey (1988: 192) y Roqueta (1996: 186 y ss.).

³⁶ En relación con la LORAP, Del Rey (1988: 192) y Roqueta (1996: 196).

³⁷ En opinión de la doctrina mayoritaria la exclusión de la legitimación negocial a la representación unitaria no plantea problemas de constitucionalidad. Vid. Roqueta (1996: 191).

4.2.1.2. *La legitimación inicial*

La opción por un sistema de eficacia personal general para los productos de la negociación colectiva obliga a seleccionar entre las organizaciones sindicales capacitadas para la negociación colectiva, a aquellas susceptibles de representar al conjunto de los empleados de dicho ámbito. La ley concede legitimación, entendida como aptitud específica para negociar en un ámbito concreto, a aquellas organizaciones sindicales que demuestren tener una especial capacidad representativa dentro de la unidad de negociación³⁸, que les permita actuar no sólo en representación de sus afiliados, sino del conjunto de los empleados, con independencia de su afiliación a un determinado sindicato.

La ley estatal (la LOLS, el ET y el EBEP) se ha tenido que enfrentar al problema de la selección del interlocutor adecuado para llevar a cabo una negociación colectiva de ámbito personal general, y todo ese conjunto normativo hace pivotar la legitimación para la negociación colectiva sobre los órganos de representación unitaria —delegados de personal, Comités de Empresa y Juntas de personal—, obligando al sindicato a servirse de ellos para implantarse en la empresa.

El EBEP, con clara inspiración en las reglas del ET sobre la negociación de ámbito supra empresarial, reconoce legitimación inicial a las organizaciones sindicales más representativas a nivel estatal y de Comunidad Autónoma, así como a las organizaciones sindicales que hayan obtenido el diez por ciento o más de los representantes en las elecciones a los órganos de representación de personal, que en función del ámbito serán los delegados y juntas de personal o éstos y los comités de empresa, en el ámbito de que se trate³⁹.

4.2.1.3. *La legitimación plena*

La LORAP no señalaba nada más en relación con la constitución de las Mesas de Negociación, quizás por considerar que las bases del estatuto de los funcionarios públicos no debían entretenerse en cuestiones de detalle sobre la composición numérica de las mesas, las reglas de distribución de puestos entre los sindicatos inicialmente legitimados o el establecimiento de criterios para considerar la mesa válidamente constituida en atención a la representatividad efecti-

³⁸ Por todas, el F.J. 10.º STC 98/1985: «*Se trata de un supuesto específico de negociación, dotada de eficacia general y aplicable por tanto a todos los trabajadores y empresarios incluidos dentro de su ámbito, pertenezcan o no a las organizaciones pactantes. Es este carácter, y la necesidad lógica de reconocer la legitimación a quienes representen cualificadamente los intereses del grupo afectado, los que justifican la limitación a quienes ostentan una mínima representatividad...*»

³⁹ Roqueta (2008: 6) pone de manifiesto un problema de infrarrepresentación de los funcionarios públicos como consecuencia de las diferentes reglas que rigen la constitución de unidades electorales para Juntas y delegados de personal de los funcionarios públicos y Comités de empresa y delegados de personal para el personal laboral al servicio de las Administraciones públicas.

vamente ostentada por las organizaciones presentes en la misma. Sea como sea, lo cierto es que la LORAP tampoco desarrolló esta cuestión para la negociación en la Administración General del Estado y las normas dictadas por la CAV también hacen caso omiso de estas cuestiones. El resultado es que ante la ausencia de reglas explícitas la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo optó por una interpretación rígida e inflexible de la LORAP en sus mismos términos, rechazando sistemáticamente las pretensiones de aquellas organizaciones sindicales que deseaban estar presentes en las mesas de negociación en función de la representatividad que ostentaban efectivamente. Como consecuencia, esta interpretación judicial, que negaba cualquier posibilidad de completar las reglas de la LORAP con las del ET, acabó configurando a las Mesas de Negociación como órganos negociadores que poco o nada tenían que ver con las comisiones negociadoras del ET, favoreciendo, por un lado, la desconexión entre representantes sindicales de los funcionarios en la negociación y éstos últimos y, por otro, las dificultades para proceder a una negociación colectiva conjunta de personal laboral y funcionalarial debido a las diferentes reglas que regían la composición del órgano negociador en uno y otro caso.

El art. 35.1 EBEP zanja por fin esta cuestión, dejando sin argumentos al TS, para especificar, en los mismos términos que el art. 88.1 párrafo segundo ET, que las Mesas de Negociación

quedarán válidamente constituidas cuando, además de la representación de la Administración correspondiente, y sin perjuicio del derecho de todas las organizaciones sindicales legitimadas a participar en ellas en proporción a su representatividad, tales organizaciones sindicales representen, como mínimo, la mayoría absoluta de los miembros de los órganos unitarios de representación en el ámbito de que se trate.

Este criterio se relaciona con la legitimación plena y garantiza una relación efectiva entre la representación y las personas físicas representadas.

El DGVORAP no determina el número máximo de puestos o de representantes por cada una de las partes (Administración pública y organizaciones sindicales) ni, en su caso, las reglas de reparto del número de puestos disponible. El EBEP subsana esta laguna y establece reglas sobre la composición numérica de las Mesas de Negociación y los criterios que deben regir la distribución de puestos entre los inicialmente legitimados, fijando un régimen idéntico al del ET, lo cual permitirá superar la doctrina judicial de la sala de lo contencioso-administrativo del TS antes citada.

El art. 35.4 EBEP recogiendo las normas del ET sobre negociación colectiva en el ámbito superior a la empresa, señala que *«en las normas de desarrollo del presente Estatuto se establecerá la composición numérica de las Mesas correspondientes a sus ámbitos, sin que ninguna de las partes pueda superar el número de quince miembros»*. El APLEP reproduce literalmente esta norma, art. 200.5, es decir,

que no se ha dado como aludido en la referencia a las normas de desarrollo. En todo caso, no es de extrañar que se opte por un régimen abierto en cuanto a la composición numérica de las comisiones negociadoras, que es, asimismo, la opción del artículo 88.4 ET. Este precepto, por un lado, impone a las normas estatales —para la burocracia de la AGE— y autonómicas sobre estatuto de los funcionarios públicos que establezcan la composición numérica de las mesas correspondientes, lo cual obliga a los legisladores a intervenir en esta cuestión. Por otro, establece una regla de salvaguarda señalando el número máximo de puestos por cada parte, y lo fija en quince que, como acabo de decir, es el número establecido en el ET para la composición de las comisiones negociadoras de ámbito superior a la empresa. Lo que se echa en falta es que, a diferencia de lo que ha sucedido con reformas anteriores del marco jurídico regulador de la negociación colectiva funcional, no se haya optado por los poderes públicos vascos por reformar el DGVORAP.

El nuevo EBEP no sólo regula composición numérica de la comisión, sino que fija los criterios que han de regir la distribución de los puestos entre los inicialmente legitimados, así como la designación de los componentes de la Mesa.

Por lo que respecta a la distribución de puestos, el art. 35.1 EBEP reconoce el derecho de todas las organizaciones sindicales inicialmente legitimadas a participar en las Mesas de Negociación en proporción a su representatividad, si bien no aclara de qué forma se mide la representatividad de las organizaciones sindicales, si en función del porcentaje de votos obtenido en las elecciones o bien en función del número de representantes electos logrado.

El EBEP añade a lo anterior un requisito para la válida constitución de la comisión negociadora en virtud del cual no es suficiente con garantizar la presencia en la mesa de negociación de todas las organizaciones sindicales inicialmente legitimadas. Según el art. 35.1 EBEP las Mesas de Negociación *«quedarán válidamente constituidas cuando [...] tales organizaciones sindicales representen, como mínimo, la mayoría absoluta de los miembros de los órganos unitarios de representación en el ámbito de que se trate»*.

El establecimiento de un número máximo de puestos plantea el problema de su concreción. Sobre este precepto destacaría dos ideas. En primer lugar, que el EBEP establece el número máximo de miembros y que dicho límite resulta indisponible, por lo tanto, se puede decidir que cada parte cuente con un número inferior de representantes, pero no se puede superar dicho número. En defecto de regla expresa al respecto, serán las partes —administración pública y organizaciones sindicales inicialmente legitimadas— quienes de mutuo acuerdo decidirán la concreta composición de la Mesa. En segundo lugar, la cuestión relativa a la composición numérica de las comisiones negociadoras ha sido objeto de análisis por parte de la jurisprudencia social, en tanto que suele ser fuente de conflictos intersindicales. En efecto, las organizaciones sindicales legitimadas suelen

enfrentarse entre sí a la hora de decidir la concreta composición de las comisiones negociadoras en determinados ámbitos. En este sentido, la sala de lo social del TS ha señalado que no corresponde a los jueces decidir sobre la adecuación de una determinada composición numérica de la comisión negociadora, a no ser que dicha determinación numérica tenga como finalidad la obtención de una posición mayoritaria injustificada en el seno de la comisión negociadora⁴⁰.

5. Las materias objeto de negociación en las Mesas

Para analizar esta cuestión voy a partir de los artículos 36.1; 36.3 y 37 y concordantes del EBEP, así como del DGVORAP, el anteproyecto de ley de empleo público vasca y del contenido de los UDALHITZ.

El art. 36.1 EBEP deja claro que el incremento global de las retribuciones del personal al servicio de las Administraciones públicas que corresponda incluir en el proyecto de ley de Presupuestos Generales del Estado de cada año constituye una materia «común» al personal funcionario, estatutario y laboral que debe ser negociada en el seno de lo que se puede llamar como súper mesa general «conjunta» de negociación (art. 36.1. EBEP: Mesa General de Negociación de las Administraciones públicas). En la medida en que se establezca como norma absolutamente imperativa quedaría al margen de la posible negociación en ámbitos territoriales y funcionales inferiores.

En todo caso, las materias comunes no se agotan en el incremento global de las retribuciones y así lo entiende el propio EBEP al señalar en su artículo 36.3 EBEP que «*Para la negociación de todas aquellas materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral de cada Administración pública, se constituirá...*»; ahora bien, como se puede apreciar, el EBEP no concreta cuáles sean esas otras materias comunes ni en el artículo 36.3 EBEP ni en el artículo 37 EBEP relativo a las materias objeto de negociación, ni en el artículo 38 sobre Pactos y Acuerdos y en el que se incluyen importantes precisiones sobre el contenido de los Pactos y Acuerdos y, por ende, de la negociación colectiva de los empleados públicos.

5.1. Las materias objeto de negociación

Teniendo en cuenta que este artículo trata de realizar propuestas para el desarrollo efectivo de la negociación colectiva «conjunta» y «supra local» para el conjunto de las Entidades (Forales y) Locales de una Comunidad Autónoma (la vasca) no me voy a entretener en el comentario de los problemas derivados de la

⁴⁰ Al respecto ver la STC 137/1991.

negociación de las bases del estatuto de los empleados públicos, para centrarme en los problemas interpretativos, si es que los hay, del artículo 36.3 EBEP y concordantes.

Como vengo diciendo, personalmente considero que existen dificultades para determinar el concepto jurídico indeterminado que emplea el artículo 36.3 EBEP al referirse a las materias «comunes».

El desarrollo de las bases, a través del DGVORAP (que recordemos es muy anterior en el tiempo al EBEP) no especifica mucho más. Por un lado, en la misma línea que el EBEP menciona expresamente las retribuciones, que se constituyen así en la materia común por antonomasia, pero el DGVORAP deja el elenco abierto al referirse a la posibilidad de la determinación conjunta de las retribuciones y condiciones de trabajo de los empleados públicos⁴¹. El hecho de que hable de posibilidad y no de deber, a diferencia del EBEP, y de determinación conjunta de condiciones de trabajo, que pueden ser comunes o no, le da un carácter mucho más abierto al elenco de eventuales materias a incluir en esos acuerdos «conjuntos». Es decir, el DGVORAP va en la línea de promover, a través de la negociación colectiva la homogeneización de las condiciones de trabajo de los empleados públicos, dando a entender que la lista de condiciones de trabajo «comunes» dependerá de la voluntad de los negociadores.

La doctrina científica, a la hora de analizar el EBEP y las dificultades de concreción de sus mandatos, se ha dividido entre quien considera, asimismo, que corresponde a la propia negociación colectiva la determinación de cuáles sean las materias comunes a negociar⁴² y quien entiende que no cabe hurtar a las respectivas «mesas de negociación funcionariales» y «comisiones negociadoras laborales» sus materias propias, por lo que trata de identificar mediante una lista más o menos cerrada, las materias y condiciones de trabajo comunes (Roqueta, 2008: 8⁴³).

En todo caso, además del artículo 37 EBEP, habría que tener en cuenta lo previsto en la disposición adicional séptima del EBEP sobre planes de igualdad, en cuyo punto segundo se señala que «...las Administraciones públicas de-

⁴¹ Recordemos que el artículo 18.2 DGVORAP, en la redacción dada por el Decreto del Gobierno Vasco 228/1990, de 4 de septiembre, señala literalmente lo siguiente: «A tal fin, el Gobierno Vasco y/o los órganos de gobierno de las Administraciones Forales y Locales de la Comunidad Autónoma del País Vasco podrán alcanzar acuerdos para la determinación conjunta de las retribuciones y condiciones de trabajo de los empleados públicos al servicio de diferentes Administraciones Públicas Vascas».

⁴² Según ROQUETA, 2008, 8 se incluiría en esta línea, López (2008: 247).

⁴³ Roqueta precisa como materias comunes las siguientes: *los criterios generales en materia de planes e instrumentos de planificación de recursos humanos, sistemas de clasificación de puestos de trabajo, ofertas de empleo público, acceso y evaluación del desempeño; el incremento de las retribuciones del personal al servicio de la correspondiente Administración; la formación continua; la salud laboral; los planes de Previsión Social Complementaria. Estas materias, que constituyen el núcleo duro del régimen estatutario del empleado público, están reguladas en el EBEP por normas comunes al personal funcionario y laboral y, por lo tanto, permeables a la relación de empleo público».*

berán elaborar y aplicar un plan de igualdad a desarrollar en el convenio colectivo o acuerdo de condiciones de trabajo del personal funcionario que sea aplicable, en los términos previstos en el mismo.» Un plan de igualdad en una Administración pública que no contemple conjuntamente la situación de mujeres y hombres, funcionarias, estatutarias y trabajadoras por cuenta ajena será un plan de igualdad incompleto y es que se ha de ser especialmente vigilante con el hecho de que las diferencias entre los regímenes jurídicos funcional y laboral (en cuanto a retribuciones, sistemas de clasificación profesional, estabilidad en el empleo, consideración como empleados a tiempo parcial o completo, condiciones para el acceso y promoción, por mencionar algunas) no repercutan en discriminaciones más o menos encubiertas, por ello entiendo que los planes de igualdad son materia adecuada para su determinación conjunta, sin perjuicio de que deban contemplar las especificidades propias de personal funcionario y laboral. Todo ello sin perjuicio del carácter transversal del derecho a la igualdad de trato y oportunidades en el ámbito laboral que impregna, por lo tanto, todas y cada de las materias y condiciones de trabajo de las personas empleadas públicas en sus respectivos estatutos así como otras materias que deben o pueden ser incluidas en la negociación colectiva.

5.2. El contenido de los Pactos y Acuerdos

El artículo 38 sobre Pactos y Acuerdos, por una parte, incluye referencias a su contenido «necesario» (art. 38.4 y 5 EBEP) y, por otro, a su contenido «posible» (art. 38.9 EBEP). Este contenido posible de los Pactos y Acuerdos, que hace referencia a la estructura de la negociación colectiva resulta especialmente importante por lo que a la negociación colectiva conjunta supralocal se refiere, sobre todo si tenemos en cuenta que el artículo 38.8 EBEP equipara la naturaleza y efectos de estos acuerdos con los del artículo 83 ET, para el personal laboral, consideración totalmente coherente con el hecho de que sean negociados por asociaciones «empresariales» y organizaciones sindicales especialmente representativas y su ámbito superior a la empresa.

En cuanto a los contenidos del UDALHITZ⁴⁴, se echa de menos en su publicación como anuncio, los considerandos y acuerdos que conforman el protocolo constituyente del marco sectorial de relaciones laborales para las instituciones locales de Euskadi, de 28 de abril de 2008, suscrito, de una parte, por EUDEL, en representación de los Ayuntamientos de la Comunidad Autónoma Vasca y, de la otra, por ELA, CC.OO. y UGT.

⁴⁴ El Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal de las instituciones locales vascas UDALHITZ 2008-2010, que salvo error u omisión, es el último suscrito, se puede consultar en el BOPV, n.º 231, de dos de diciembre de 2008. No obstante, en la página web de EUDEL se puede consultar una versión más extendida de este acuerdo (http://www.eudel.eus/es/documentos/otros/ficheros/UDALHITZ_2008_2010__anexo_ii___nuevo_texto_refundido_)

Este protocolo completa los contenidos del acuerdo, con referencias explícitas (e indispensables) a las partes que lo conciertan, a su ámbito personal, funcional y territorial; así como con referencias explícitas a la estructura de la negociación colectiva, al mencionar a «*los temas reservados susceptibles de negociación en las mesas de cada Institución*» (acuerdo cuarto) y fijando las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre las negociaciones de distinto ámbito, de manera muy respetuosa y escrupulosa con las interpretaciones más literales y restrictivas sobre el ámbito de actuación de estos acuerdos supra locales al recordar, por un lado, que los Ayuntamientos y demás entidades locales de la Comunidad Autónoma Vasca deben adherirse al acuerdo.

Por otro lado, las partes signatarias acuerdan que, para facilitar al máximo la integración de las entidades locales en el acuerdo, en aquellas instituciones en las que existan acuerdos vigentes con la representación sindical éstos seguirán en vigor, sin perjuicio de la posibilidad de que se adhieran a los presentes acuerdos por decisión de las partes signatarias de aquellos.

Por último, invitan a todas las instituciones locales concernidas por este protocolo y a las representaciones sindicales en las mismas a abstenerse de iniciar procesos de negociación sobre las materias objeto de esta Mesa y así evitar duplicidades negociadoras de compleja gestión posterior.

En cuanto a las materias y condiciones de trabajo que el UDALHITZ considera que deben ser objeto de determinación conjunta, a la vista de sus contenidos, son las siguientes: Un Título Preliminar, con los contenidos mínimos, completado con el establecimiento de sistemas o procedimientos para el conocimiento y resolución de los conflictos derivados de la aplicación e interpretación del acuerdo: la inclusión de esta materia en Pactos y Acuerdos en el EBEP y a diferencia del ET es voluntaria. Una de las cuestiones que suscita la creación, configuración y desarrollo de sistemas de solución extrajudicial de conflictos colectivos y la opción del UDALHITZ de entretenerse en su regulación se refiere a su articulación con el acuerdo interprofesional Preco que se concibe como de aplicación al personal laboral al servicio de las Administraciones públicas. Esta cuestión, no obstante, habrá que dejarla para mejor ocasión.

El Título Primero, se dedica al tiempo de trabajo, regulando la jornada de trabajo, descansos y fiestas, vacaciones, servicios extraordinarios, licencias y permisos. En el protocolo, se menciona como tema reservado susceptible de negociación en las mesas de cada Institución, las horas extraordinarias. El Título Segundo regula el régimen de retribuciones y se considera tema reservado susceptible de negociación en las mesas de cada Institución, las actualizaciones retributivas de carácter no general. El Título Tercero, el sistema de protector complementario de prestaciones pasivas (ELKARKIDETZA) y otras mejoras

asistenciales. El Título Cuarto se refiere a la selección de personal, provisión de puestos de trabajo y fomento de la promoción interna. Título Quinto la prevención de riesgos laborales y planes de igualdad; se consideran temas reservados susceptibles de negociación en las mesas de cada Institución, las medidas contra el acoso laboral y violencia de género. Título Sexto: la acción sindical. Título Séptimo medidas de impulso del estudio del euskera (o «derechos lingüísticos» como materia desgajada de la formación). Título Octavo: a la estabilidad laboral y calidad en el empleo, ofertas de empleo público y subrogación.

En fin, por lo que respecta al Anteproyecto de ley vasca de empleo público, la misma proclama su compromiso con la equiparación de condiciones de trabajo entre personal funcionario y laboral al servicio de las Administraciones públicas vascas y, coherentemente con dicho compromiso, por un lado, equipara los principios generales para la ordenación de la negociación colectiva tanto para personal funcionario como laboral (los principios son únicos) y, por otro, fija la obligación de constitución de Mesas de Negociación a los efectos de la negociación colectiva del personal empleado público vasco, competentes para la negociación de las materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral de su ámbito, pudiendo constituirse, dependiendo de dichas Mesas Generales de Negociación y por decisión de las mismas, Mesas Sectoriales, para la negociación, en su caso, diferenciada de materias y acuerdos para personal funcionario y laboral.

6. Los acuerdos para la determinación conjunta de condiciones de trabajo de personal funcionario y laboral en el ámbito supralocal: naturaleza y eficacia jurídicas

Según el artículo 38.8 EBEP,

Los Pactos y Acuerdos que, de conformidad con el artículo 37, contengan materias y condiciones generales de trabajo comunes a al personal funcionario y laboral, tendrán la consideración y efectos previstos en este artículo para los funcionarios y en el artículo 83 del Estatuto de los Trabajadores para el personal laboral.

Por lo tanto, de acuerdo con Roqueta (2008: 9) en que ostentan una naturaleza dual y que es innecesario que se formalicen en instrumentos negociales separados. El UDALHITZ, sin embargo, se mantiene fiel a la recomendación mayoritaria de la doctrina científica anterior a la promulgación del EBEP y que como manera de salvar las reticencias de la jurisprudencia contra la negociación colectiva conjunta proponía la formalización en dos acuerdos diferentes de lo relativo a los funcionarios y al personal laboral.

La equiparación a la que procede este artículo 38.8 entre estos acuerdos y los acuerdos interprofesionales del artículo 83 ET no es baladí de cara al establecimiento de reglas de articulación entre los convenios colectivos para el personal laboral al servicio de las Administraciones públicas.

En todo caso lo que marca la diferencia de los acuerdos negociados en el ámbito supramunicipal es la exigencia de adhesión que acompaña a su regulación en el artículo 34.2 EBEP. Aunque no lo indica abiertamente, se reconoce la legitimación negocial de las asociaciones de municipios y, por lo tanto, se permite la negociación que abarca al conjunto de Entidades Locales ubicadas en el territorio de una concreta comunidad autónoma, pero la eficacia de ese producto se hace depender de la previa o posterior adhesión de las entidades afectadas.

Con carácter general, la negociación colectiva de los empleados públicos está sujeta a un procedimiento complejo en donde no queda más remedio que diferenciar el procedimiento negociador propiamente dicho, de la fase de aprobación expresa y formal. Esta fase, a la vista de los preceptos incluidos en las leyes de presupuestos generales que exigen informes preceptivos para la suscripción de convenios colectivos que afecten al personal laboral al servicio de las administraciones públicas, se ha extendido también a la negociación colectiva laboral y es consecuencia de los principios de legalidad, cobertura presupuestaria y competencia que rigen tanto la negociación colectiva funcionarial como la del personal con contrato de trabajo al servicio de las Administraciones públicas, en especial a raíz de la implementación de trascendentales medidas de contención del déficit público. Considero inescindible de la exigencia de la aprobación expresa y formal como requisito subsiguiente al acuerdo, la necesidad de adhesión a los acuerdos supramunicipales.

El respeto al derecho de la negociación colectiva y la consideración sobre la preceptividad de la constitución de mesas generales de negociación en cada entidad local, conduce a defender que la adhesión se debe enmarcar en el proceso negociador a desarrollar en el ámbito de cada Entidad Local concernida, pero no estoy de acuerdo con la consideración de que la interpretación sobre la regulación del EBEP en torno a la adhesión a los acuerdos supramunicipales deba nutrirse de su equiparación con instituciones propias de la negociación colectiva laboral en sentido estricto como la adhesión y extensión de convenios colectivos⁴⁵.

En mi opinión, la adhesión a un acuerdo supramunicipal puede ser una decisión unilateral de los órganos administrativos y de gobierno competentes y una respuesta al fracaso de la negociación en el ámbito correspondiente o a la imposibilidad de desarrollar una negociación colectiva en condiciones.

⁴⁵ En este sentido, vid. Mauri (2008: 402-403).

7. Conclusiones

En resumen, las bases del estatuto de los empleados públicos vigentes reguladas en el EBEP mejoran considerablemente la anterior regulación y ofrecen respuestas a problemas que se habían ido poniendo de manifiesto. Las mejores respuestas serían las siguientes:

- 1.º El EBEP realiza una distinción más adecuada que su antecesora entre las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos y la regulación del estatuto de los funcionarios y empleados públicos al servicio de la Administración General del Estado.
- 2.º El reconocimiento legal explícito de la negociación colectiva conjunta para personal laboral y funcional.
- 3.º El reconocimiento de la legitimación negocial de las asociaciones de para la negociación de ámbito supramunicipal, es decir, para una negociación que englobe las condiciones de trabajo del conjunto del personal al servicio de las diferentes entidades locales del estado o de una concreta comunidad autónoma.
- 4.º La previsión de que se puedan constituir mesas sectoriales por decisión de las generales, también en el ámbito de las entidades locales.
- 5.º La configuración de las Mesas de Negociación como comisiones negociadoras con reglas que promueven una relación efectiva entre organizaciones sindicales representantes y las personas físicas representadas, al establecer expresamente que las mesas quedarán válidamente constituidas cuando las organizaciones sindicales que participen en ellas representen, como mínimo, la mayoría absoluta de los miembros de los órganos unitarios de representación en el ámbito de que se trate y a través de la introducción de reglas concretas sobre la composición numérica de dichas comisiones.
- 6.º El reconocimiento de materias y condiciones de trabajo comunes a los públicos y de la necesidad de que esas materias se regulen y se negocien de manera conjunta.

No obstante, sigue habiendo puntos oscuros:

- 1.º El tenor literal de la norma parece indicar que sigue siendo preceptiva la constitución de mesas de negociación en cada administración territorial, entidades locales incluidas y con independencia de su dimensión. Las Mesas de Negociación a constituir en cada ámbito territorial se duplican al exigir la ley la constitución de Mesas de Negociación para las materias comunes al personal funcionario y laboral y otras, con diferente composición, a los efectos de la negociación colectiva de los funcionarios públicos.

- 2.º No se excepciona para las entidades locales de pequeña dimensión la falta de legitimación negocial de las Juntas de Personal.
- 3.º Si bien se reconoce la legitimación de las asociaciones de municipios para negociar en un ámbito supramunicipal, no se profundiza en las reglas de relación a establecer entre esa unidad de negociación supramunicipal y las correspondientes comisiones negociadoras a constituir en cada entidad local, más allá de una referencia básica a la posibilidad de adherirse a los acuerdos alcanzados en un ámbito supramunicipal.
- 4.º El artículo 38.9 EBEP deja claro que la estructura de la negociación colectiva las administraciones públicas puede ser objeto de negociación y que, por lo tanto, se trata de una materia disponible, pero no queda claro el alcance de esa disponibilidad.
- 5.º Las materias comunes a personal funcionario y laboral no se agotan en el incremento global de las retribuciones a incluir en la ley de presupuestos generales del Estado, pero no resulta fácil concretar ese concepto jurídico indeterminado, ni discernir el grado de imperatividad en dicha regulación. La opción de favorecer la determinación conjunta de materias y condiciones de trabajo, sean o no comunes o cuenten o no con una regulación legal homogénea, que sería la opción de los poderes públicos vascos, cuenta con defensores y detractores en la doctrina científica.
- 6.º La impugnación judicial de los acuerdos fruto de la negociación colectiva conjunta sigue siendo una cuestión abierta.

8. Bibliografía

- ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia (2002): *Derecho del Trabajo*, Madrid, Civitas.
- CANTERO MARTÍNEZ, Josefa (2001): *El empleo público: entre estatuto funcional y contrato laboral*, Madrid, Marcial Pons.
- DEL REY GUANTER, Salvador (1988): *Comentarios a la ley de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las administraciones públicas*, Madrid, MAP.
- (1989): «Evolución general y problemática fundamental de las relaciones colectivas en la Función Pública», en AA.VV., *Seminario sobre relaciones colectivas en la Función Pública*, Sevilla, IAAP.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana (1996): *La negociación colectiva de los funcionarios públicos*, Barcelona, Cedecs.
- JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael (2004): «El reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de función pública», *Revista Vasca de Administración Pública*, 69, 129-160.
- LÓPEZ GANDIA (2008): «La negociación colectiva de los funcionarios públicos tras el Estatuto básico», en AA.VV. *XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, El Estatuto Básico del Empleado Público*, Badajoz.

- MARÍN ALONSO, M.^a Inmaculada (1999): *La negociación colectiva conjunta del personal laboral y funcional en la administración pública: los acuerdos mixtos*, Albacete, Comares.
- (2006): «La reforma de la negociación colectiva en las Administraciones públicas: la mesa general unitaria y las mesas generales conjuntas (a propósito de la Ley 21/2006 de reforma de la Ley 9/1987, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones públicas)», *Aranzadi Social*, 5, 1033-1052.
- (2013): «La progresiva desprotección del trabajador público frente al trabajador común: de las singularidades de la regulación individual y colectiva al desmantelamiento del derecho a la negociación colectiva», *Relaciones Laborales*, 4, 29-45.
- MARTÍNEZ GAYOSO, M.^a Nieves (1999): «Participación en la determinación de las condiciones de trabajo», en AA.VV. *Derecho Social Vasco*, Oñati, IVAP, 473-509.
- (2002): *El derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos en la Constitución*, Bilbao, UPV.
- (2002): *Las comisiones de seguimiento de Pactos y Acuerdos en la Función Pública*, Oñati, IVAP.
- (2003): dir. *La negociación colectiva de las condiciones de trabajo de los empleados públicos al servicio de las Administraciones públicas vascas*, Madrid, Dykinson.
- MAURI MAJÓS, Joan (1995): «Problemas de la representación sindical y la negociación colectiva en la función pública. Convergencias y divergencias con el empleo privado», *Documentación Administrativa*, 241-242.
- (2008): «La negociación colectiva (arts. 31 a 38)» en DEL REY GUANTER, Salvador (dir.), *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid, La Ley, 371-432.
- MONTORO CHINER, María Jesús, (1995): «Para la reforma del empleo público: nueve proposiciones», *Revista de Administración pública*, 136, 179-200.
- ORSI BATAGLINI, Andrea (1993): «Fonti normative e regime giuridico del rapporto d'impiego con enti pubblici», *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 59-60, 1993.
- ROQUETA BUJ, R. (1996): *La negociación colectiva en la Función Pública*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- (2008): «La negociación colectiva conjunta del personal funcionario y laboral de las Administraciones públicas. Las materias objeto de negociación colectiva en la mesa de materias comunes. El papel del comité de empresa en la negociación de la mesa de materias comunes.», *Seminari sobre relacions collectives*, Federació de Municipis de Catalunya, 1-11.

CUESTIONES CRÍTICAS EN LOS CRITERIOS DE SELECCIÓN DE TRABAJADORES AFECTADOS POR LOS DESPIDOS COLECTIVOS EN EL SECTOR PÚBLICO

Critical Issues Related to the Selection Criteria
in the Designation of the Workers Affected By Collective Dismissals
in Public Sector

MARÍA ISABEL RIBES MORENO

Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,
Universidad de Cádiz

Orcid: 0000-0002-1685-7354
DOI: 10.1387/lan-harremanak.17932

Recibido el 30 de abril de 2017
Aceptado el 16 de mayo de 2017

ABSTRACT

La introducción de los despidos colectivos en el Sector público ha suscitado importantes controversias, respecto a la aplicación de los criterios de selección en la designación de los concretos trabajadores afectados por el despido. Algunas de estas controversias parten de la existencia, o no, de diferencias en la aplicación de estas reglas según se trate de una extinción dentro del sector público administrativo, o en el sector público empresarial. En este escenario se destacan dos cuestiones: en primer lugar, la aplicación de la prioridad de permanencia de los trabajadores fijos sobre los temporales y, en segundo lugar, y más importante, el respeto, al establecer los referidos criterios, a los principios de igualdad, mérito y capacidad en la determinación de los trabajadores, proscribiendo toda arbitrariedad. En el presente trabajo se abordarán ambas cuestiones, analizando la regulación y la interpretación judicial, y proponien-

do la necesidad de introducir reglas claras y adecuadas para evitar la problemática que puede suscitarse en la aplicación de los mencionados criterios.

Palabras clave: despido colectivo, sector público, administración pública, criterios de selección, prioridad de permanencia.

■ *The introduction of a new regulation of collective dismissal in public administration originates controversies, specially related to the selection criteria in the designation of the workers affected by the dismissal. Some controversies arise from the differences in the implementation of rules depending on the nature of the public Administration affected by the measure. This paper analyse two aspects related to this situation: firstly, the application of the priority of permanence between the temporary and regular workers and, secondly, more important, the respect to the merit, equality and capacity principles in the selection of workers, without arbitrariness. The pages that follow analyse such regulation and its judicial interpretation, and propose new adequate and proper rules to avoid the problems deriving from this situation.*

Keywords: collective dismissal, public sector, public administration, selection criteria, priority of permanence.

SUMARIO

Sumario: 1. Planteamiento previo. 2. Diferencias entre el procedimiento para la designación de las personas afectadas por los despidos colectivos en el Sector público y la empresa privada: un sistema dual. 3. Dos puntos críticos respecto a los despidos colectivos en el Sector Público: la prioridad de permanencia y los criterios de selección. 3.1 La prioridad de permanencia en despidos colectivos. 3.2. La introducción de criterios de selección. 4. Los criterios de selección y la prioridad de permanencia, un análisis de las decisiones judiciales frente a las extinciones en las Administraciones públicas. 5. Reflexiones finales. 6. Bibliografía.

1. Planteamiento previo

Las Administraciones públicas, al objeto de conseguir una mayor agilidad y adaptación en su organización y funcionamiento, han ido integrando empleados en régimen laboral dentro de su estructura interna. Tanto es así, que ha sido necesaria la construcción de la acepción de empleado público, recogida dentro de las normas reguladoras del personal al servicio de la administración, y que engloba no solo a los funcionarios públicos, sino también, a los empleados en régimen laboral¹. Igualmente, siguiendo este mismo objetivo, las normas vigentes han permitido la implantación, en determinadas actividades o servicios, de la llamada «Administración paralela», es decir, la formada por entes, organismos y entidades que se rigen fundamentalmente por el Derecho privado —aunque con excepciones—, materializando en lo que respecta al régimen jurídico de estas entidades una huida del Derecho público en favor del Derecho privado. Todo ello conforma una superestructura que integra el sector público, que constituye un concepto amplio, que integra tanto el sector administrativo, o jurídico público, como el empresarial y fundacional (De Soto, 2015: 86). Estos fenómenos han permitido que, en lo que respecta a las relaciones laborales, hayan de apli-

¹ En este sentido, el 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), en adelante EBEP, en su artículo 8 establece que son empleados públicos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales diferenciando cuatro categorías dentro de ellos: los funcionarios de carrera, funcionarios interinos, el personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal y el personal eventual.

carse al sector público las normas del Derecho del Trabajo, pero que requieren de adaptaciones en su regulación, ya que manifiestan dificultades en su encaje².

Entre estas disposiciones sobresalen, por su complejidad, las referentes a los despidos colectivos, cuya regulación general, contenida en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, se complementa con las especialidades propias para el sector público que, se introdujeron mediante la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE de 7 de julio), y fueron desarrolladas por el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre (BOE de 30 de octubre), (en adelante RDDC)³. La Ley 3/2012 vino a incluir una Disposición Adicional Vigésima al derogado Estatuto de los Trabajadores, Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, (BOE de 29 de marzo), hoy situada, pero reproduciendo los mismos términos, en la Disposición Adicional Decimosexta del vigente, 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). Dicha norma resolvió el debate existente sobre la aplicación de los artículos 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores al sector público, aunque limitándolos al personal laboral a su servicio (Rodríguez-Piñero, 2013: 224). Por tanto, la regulación del despido colectivo para el sector público se recoge conjuntamente con la regulación del despido colectivo para el sector privado, si bien, ajustando el procedimiento con disposiciones específicas a la medida de sus particularidades (García, 2013), según se verá.

La aplicación de la institución del despido colectivo se dirige a poder hacer efectivas medidas de «regulación de empleo»⁴, aunque limitado al personal laboral al servicio de los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público, de acuerdo con lo previsto en el artículo 3.1 del Real Decreto Legislativo 3/2011, que engloba tanto a la Administración General, Autonómica y Local, como a distintos entes, organismos y entidades.

El régimen jurídico que se prevé para la aplicación de los despidos colectivos al ámbito de las Administraciones públicas, parte de *«la existencia de una bifurcación de regímenes»* (De Soto, 2015: 100). Por una parte, cuando se aplique a la Administración pública propiamente dicha y, por otra parte, las demás ma-

² Estos mecanismos ha pretendido equiparar los objetivos del sector privado con los del sector público, cuestión nada fácil, puesto que el sector privado va dirigido al logro de un beneficio económico y, en cambio, el público se centra *«en la defensa de los intereses generales que el ordenamiento jurídico le asigna y que, en la mayoría de los supuestos, se concretan en prestaciones de servicios a los ciudadanos que suponen gastos sin generar ingresos»*, tal como lo expresa García (2013: 2).

³ Si bien han sido numerosas las reglas que se han introducido, sobre este particular, en un período muy breve de tiempo. Puede consultarse un breve apunte sobre esta cuestión en De Soto (2015: 98-99).

⁴ Término que si bien no tiene razón de ser utilizado para el sector privado, en lo que respecta al público puede mantenerse habida cuenta de sus particularidades, en ese sentido, puede apreciarse el papel que tiene el informe vinculante que figura en el art. 47 del RD 1483/2012.

nifestaciones del sector público, que la ley denomina «entes, organismos o entidades» y que comprenden a los sujetos que se constituyen en virtud de lo previsto por las normas de Derecho privado (sociedades y fundaciones), o las de Derecho público. Asimismo, cabe realizar una nueva segmentación de regímenes, dependiendo del tamaño, cuando se trate de despidos colectivos en el ámbito de las Administraciones públicas, conforme a lo previsto en los artículos 34 y siguientes del RD 1483/2012 (De Soto, 2015: 101). Es decir, a efectos procedimentales se distinguen, en virtud de la ley, dos situaciones distintas, por un lado, la situación del personal laboral al servicio de los entes, organismos y entidades que no tengan la consideración de Administración Pública, que comparten con las empresas privadas la regulación ordinaria, y por otro lado, la de los restantes supuestos que forman parte del sector público y que cuentan con una regulación *ad hoc*.

Ahora bien, como se ha dicho, este régimen jurídico diferenciado requiere especificar quién constituye el sector público empresarial —que, como se ha dicho, comparte con el sector privado la regulación del procedimiento— y el sector público administrativo, cuestión que adolece de enorme complejidad (López, 2012: 1-5). Esta clasificación distintiva se realiza conforme establece el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, RD Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (BOE de 16 de noviembre)⁵, que dispone en su artículo 3.2 que el sector público administrativo se compone en primer lugar, por la propia Administración pública, que comprende en sentido estricto tanto a la Administración General del Estado (incluidas las Diputaciones), Administración Autonómica y Administración Local; en segundo lugar, por las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social; en tercer lugar, organismos autónomos; en cuarto lugar, las universidades públicas; en quinto lugar, las entidades de derecho público que tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, y/o vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de ellas, que no tengan carácter empresarial ni comercial⁶ y, por último, las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco. Así, entenderá como tales aquellas entidades que se nutren de recursos públicos

⁵ Y estableciendo, a tal efecto, un encuadre de lo que se habrá de entender por sector público, si bien la legislación administrativa ofrece distintas definiciones de Administración, lo origina una maraña de situaciones que plantean problemas diversos frente a la estructura organizativa, que resulta difícil de determinar en numerosas ocasiones. Sobre estas cuestiones pueden consultarse numerosas fuentes doctrinales (De Soto, 2015: 10-111 y Purcalla, 2015: 3-6).

⁶ A tal efecto, se entenderán como tales aquellas cuya actividad principal no sea la elaboración de productos y servicios destinados al consumo, ni efectuar operaciones de redistribución de la renta y riqueza nacional (no teniendo ánimo de lucro), y/o que no se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos de operaciones de entrega de bienes o prestación de servicios.

(Purcalla, 2015: 3-6). En lo que respecta al sector público empresarial, según la misma norma, éste se conforma por las entidades empresariales públicas ligadas a la Administración o entidades de derecho público que realizan actividades mercantiles, sociedades mercantiles con participación pública mayoritaria y el sector público fundacional⁷.

No obstante, la incorporación de esta medida al sector público manifiesta ciertos puntos de debate que han sido destacados por la doctrina científica (Rodríguez-Piñero, 2013: 219-253; Cantero, 2012: 7-39). Entre las cuestiones que se han suscitado subrayo, por su especial importancia, los criterios de selección de los trabajadores afectados que, a mi entender, han de vincularse a la elección de los más idóneos para el desempeño de la actividad. Ahora bien, esta decisión ha de justificarse perfectamente, puesto que la Administración en su actuación debe ser ajena a toda arbitrariedad, cumpliendo en todo caso con el principio de igualdad. Sin embargo, no existen actualmente criterios o mecanismos legalmente establecidos que pudieran dirigir su conducta en esta dirección, más que los que se concretan respecto a la prioridad de permanencia.

Por lo tanto, en el presente trabajo estableceré en primer lugar, los procedimientos para la realización de los despidos colectivos en el Sector público distinguiendo, dentro de dicho sector, las posibilidades existentes para los colectivos que engloban dicho sector. En segundo lugar, analizaré los dos problemas que se manifiestan al concretar e identificar a los trabajadores afectados, por un lado, las prioridades de permanencia previstas en la norma, especialmente las referidas al personal laboral fijo, ante la extinción colectiva en el sector público y, por otro lado, valorando lo (no) previsto en la norma para la elaboración de los criterios de selección de los sujetos a la medida extintiva. A continuación, abordaré, en concreto, la problemática que afecta a la Administración pública «pura» respecto a los criterios de selección de trabajadores, con revisión de la jurisprudencia que ha tratado este tema. Por último, ofreceré propuestas de modificación que permiten, a mi juicio, una adecuación de la actuación de la Administración a criterios ajenos a cualquier arbitrariedad.

2. Diferencias entre el procedimiento para la designación de las personas afectadas por los despidos colectivos en el Sector público y la empresa privada: un sistema dual

Como se ha referido anteriormente, el despido colectivo debe atender en su procedimiento a lo previsto en el RDDC. Así, el Título III de dicha norma in-

⁷ Con una sistemática exposición de la clasificación realizada por el RD Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (Roqueta, 2015: 84-85).

introduce disposiciones específicas aplicables en los despidos colectivos del personal laboral al servicio de los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público, si bien, será de aplicación el procedimiento general previsto en el Título I para todo lo que no figure recogido en el Título III, siempre que no se oponga, contradiga o sea incompatible con él⁸. Por tanto, siguiendo lo previsto para los despidos colectivos en general, habrá de establecerse, necesariamente, en la comunicación de inicio del período de consultas, cualquiera que sea la causa alegada, el número y clasificación profesional de los trabajadores afectados, así como, los criterios para la designación de los mismos⁹.

El RDDC prevé, aunque solo para las Administraciones públicas, que estas menciones deberán ir acompañadas de información sobre los criterios tenidos en cuenta en relación con el establecimiento de la prioridad de permanencia del personal laboral fijo que hubiera adquirido esta condición conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad a través de un procedimiento selectivo de ingreso¹⁰. En cualquier caso, los representantes de los trabajadores deben tener información suficiente que les permita valorar la aplicación de los criterios al trabajador en concreto, criterios que pueden ser matizados, o ampliados, durante la realización del período de consultas¹¹.

Ahora bien, sobre esta cuestión se manifiesta una separación entre el empleador público y el privado. Así, los empleadores privados pueden actuar con discrecionalidad a la hora de seleccionar los puestos que van a amortizar mediante el procedimiento de despido colectivo, habida cuenta de la inexistencia de criterios concretos, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos (Ginès, 2010: 1-11). Sin embargo, otra cosa sucederá cuando quien actúe como empleador, y por tanto seleccione a los trabajadores afectados por la extinción, sea una Administración pública, ya que está sometida en su funcionamiento y actuación a mandatos constitucionales¹². Por tanto, debe actuar con-

⁸ Tal como se prevé en el art. 34.4 RD 1483/2012.

⁹ Cuestión que se introduce en el artículo 3.1 del RD 1483/2012. Esta norma modificó la regulación sobre este particular prevista en el reglamento precedente, RD 803/2011, de 10 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos (BOE de 14 de junio), hoy derogado, en cuyo artículo 8 se establecía que la solicitud que el empresario debía presentar ante la Autoridad laboral, documentando el expediente de regulación de empleo, incorporaba, pero con carácter alternativo, bien una relación nominativa de los trabajadores afectados, o bien, los criterios concretos que hubieran sido tenidos en cuenta para dicha afectación.

¹⁰ Por otra parte, en lo que respecta a la prioridad de permanencia, el referido RD 1483/2012 incluye dicha exigencia en el artículo 38.2.

¹¹ En este sentido se ha pronunciado, en distintas ocasiones, el Tribunal Supremo, aunque con respecto a despidos colectivos en el sector privado, realizando una interpretación anti formalista de la norma de aplicación, vid. STS 17 de julio 2014 (recurso de Casación núm. 32/2014).

¹² Entre los que figura el artículo 9 de la CE en el que se establece la interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos, y en este sentido se manifiesta Rodríguez-Piñero (2013: 250).

forme a criterios verdaderamente objetivos «*como corresponde coherentemente a una Administración*» (De Sande, 2006: 432).

La determinación de un criterio preferente en lo que respecta a los despidos colectivos en la empresa privada han sido interpretados en numerosas ocasiones por la jurisprudencia, habiendo sido considerado como una manifestación del poder de dirección y organización que corresponde al empresario aunque sometido a los límites generales de los derechos fundamentales y libertades públicas, dentro del que se encuentra la prohibición de un trato discriminatorio¹³. En estos supuestos, la decisión debe fundamentarse en criterios de razonabilidad —con ausencia de fraude de ley y abuso de derecho—, y coherentemente con los fines buscados, sin que pueda designarse a los concretos trabajadores de forma caprichosa o arbitraria¹⁴, aunque con un margen de discrecionalidad. Asimismo, en esta actuación habrán de respetar, como es visible, aquellas normas que pudiesen limitar su libertad como las reglas legales de prioridad de permanencia.

Los límites anteriormente señalados concurren, y se intensifican necesariamente, cuando el empleador pertenece al sector público; más aún cuando se trata de una Administración pública, cuya actuación debe ir orientada a servir con objetividad los intereses generales, en consecuencia, garantizando la selección de los trabajadores más adecuados para cumplir dicho interés ante la posible extinción de contratos¹⁵. Sin embargo, aunque la Administración pública debe someterse a reglas precisas para garantizar, en su actividad como empleador, el derecho de todos los ciudadanos al acceso al empleo público y, a tal efecto, habrá de actuar conforme a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad; en lo que respecta a la extinción no parece que la ley establezca que tenga que utilizarse este mismo criterio, o por lo menos no de forma exclusiva, cuando designe a los trabajadores concretos¹⁶. Ello es así, puesto que la normativa laboral vigente no recoge criterios específicos a destinados ordenar la actuación de la Administración al seleccionar a los trabajadores que pudieran verse afectados por el despido, tan solo ofrece reglas orientativas referidas a las prioridades de permanencia, así como, recomendaciones de carácter general.

¹³ Entre otras, STS de 19 de enero de 1998 (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1460/1997) y de 15 de octubre de 2003 (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1205/2003).

¹⁴ TSJ de Madrid (Sala de lo Social, Sección 3.ª) de 30 diciembre de 2013, (recurso de Suplicación núm. 1978/2013).

¹⁵ El artículo 103 CE establece que la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.

¹⁶ El artículo 55 EBEP establece los principios rectores para el acceso al empleo público, sin embargo no establece disposiciones específicas o criterios aplicables para una extinción mediante despido.

De este modo, tradicionalmente se entendía que existen diferencias claras entre los empleadores públicos o privados, en relación con su margen de actuación para establecer, y aplicar, los criterios de selección en las extinciones colectivas. En este sentido, los tribunales clasificaban el nivel de libertad que afectaba a dichos criterios conforme a tres grados diferentes de exigencia, dotando a la empresa privada de mayor libertad frente a lo dispuesto para la Administración pública¹⁷. El primer grado, de menor intensidad, en supuestos de extinciones en empresas privadas por causas económicas donde los criterios, no discriminatorios en ningún caso, pueden enunciarse con carácter genérico siempre que exista relación de causalidad entre el despido y la causa. El segundo grado, de intensidad media, se concreta en despidos por causas organizativas, productivas, tecnológicas o económicas, relacionados con un sector específico de la empresa, siendo ésta de carácter privado. En efecto, serán más precisos que los anteriores, para establecer la relación de causalidad entre la causa del despido colectivo y el concreto trabajador afectado, también ajeno a discriminaciones por motivos ilícitos. Y por último, el grado de intensidad máxima que aparece en despidos colectivos que afectan al sector público administrativo, incluidos dentro del ámbito de aplicación del art. 23.2 CE ajenos a discriminaciones (Roqueta, 2015: 85). En este último caso, los criterios habrán de ser suficientemente específicos para determinar, mediante su aplicación, quienes son los concretos afectados y valorando circunstancias relacionadas con el mérito y capacidad de los trabajadores, especialmente cuando dentro de este colectivo se encuentren trabajadores fijos que hayan superado procedimientos de ingreso en las Administraciones públicas conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad. No obstante, los despidos realizados en el sector público empresarial o fundacional no compartirán, como expondré, la máxima intensidad en la concreción de sus criterios justificativos conforme a esta clasificación.

3. Dos puntos críticos respecto a los despidos colectivos en el Sector Público: la prioridad de permanencia y los criterios de selección

Como he señalado repetidamente, la normativa no ha expresado criterio alguno para la preferencia en la designación de las personas afectadas, ni en el sector público ni en el privado, salvo los que pudiesen pactarse en la negociación colectiva o en el acuerdo concluido durante el período de consultas. Sin embargo, tanto el Estatuto de los Trabajadores, como el RDDC, sí que garantizan la prioridad de permanencia a los representantes de los trabajadores frente a de-

¹⁷ STSJ de Granada de 29 de noviembre de 2012 (proc. 8/2012) y Murcia de 9 de julio de 2012 (proc. 8/2012), reproducidas también en la SAN 59/2014, de 28 de marzo (proc. 499/2013).

cisiones extintivas, e introducen —o sugieren— otras nuevas prioridades ante los despidos colectivos en las Administraciones públicas, como la que se manifiesta en relación con los trabajadores fijos o la que se pueda negociar con motivo de la negociación colectiva o durante el procedimiento de extinción. No obstante, aunque se consideraba que tanto la prioridad de permanencia, como el establecimiento de criterios de selección conforme a los criterios de igualdad, mérito y capacidad, se aplicaban al Sector público en su conjunto, la jurisprudencia y la doctrina han diferenciado claramente dos regímenes de actuación. Por ello, abordaré en el presente epígrafe ambas cuestiones.

3.1. La prioridad de permanencia en despidos colectivos

En lo que respecta a la prioridad de permanencia es sabido que, en primer lugar, el RDDC incluye, en su artículo 13, una mención específica acerca de la permanencia de los representantes de los trabajadores —estatutarios y sindicales— y los delegados de prevención, siguiendo lo previsto en los artículos 51.5 y 68.b) del Estatuto de los Trabajadores, el artículo 10.3 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, así como, el artículo 37.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, que también son de aplicación al sector público. El precepto del RDDC se limita a reproducir las reglas previstas en otras normas legales, que condicionan la libertad de elección del empleador, tanto público como privado, en el sentido indicado.

En segundo lugar, a esta previsión ha de incorporarse una particularidad específica para el sector público, aunque presenta una redacción confusa. Se establece la prioridad de permanencia para el personal laboral fijo que hubiese adquirido esta condición a través de un procedimiento selectivo de ingreso —de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad— cuando así lo establezcan dichos entes, organismos y entidades¹⁸. En cualquier caso, es visible que la protección que otorga la prioridad de permanencia en ambos casos no supone, como es lógico, un blindaje frente a cualquier extinción contractual, de hecho los que cuentan con prioridad de permanencia también pueden verse afectados por el despido cuando éste afecte a todo el personal (Rodríguez-Piñero, 2013: 246-251), sin perjuicio de que haya de justificarse en el expediente esta inclusión.

Esta segunda prioridad, tal como figura redactada en el Estatuto de los Trabajadores, parece que se conforma con carácter potestativo (Rodríguez, 2013:26), es decir, que no opera de forma automática, sino que habremos de estar a la decisión tomada por los entes, organismos y entidades. Sin embargo, a juicio de parte de la doctrina se trata más que de una facultad discrecional

¹⁸ Tal como se ha expresado, recogido en la Disposición Adicional 16.^a del Estatuto de los Trabajadores vigente.

de una habilitación a su favor si se constata que no se ha realizado (Roqueta, 2013: 154-155; Rodríguez-Piñero, 2013: 242-243), opinión que comparto. A tal efecto, en el supuesto de que no se haya materializado dicha previsión, la Secretaría de Estado de las Administraciones Públicas o autoridad equivalente en el ámbito de las Comunidades Autónomas (en adelante CCAA), podrá establecer la aplicación de dicha prioridad en los procedimientos que afecten al personal laboral de sus respectivos ámbitos, aun cuando el Departamento, Consejería, organismo o entidad que promueva el procedimiento no lo hubiera previsto anteriormente, si, a la vista del expediente, entendiéndose que es aplicable. Es decir, cuando se entienda que es adecuada a las circunstancias concurrentes, teniendo en cuenta la ordenación general en materia de recursos humanos y el interés público¹⁹. Ello requiere que a *posteriori*, por los motivos indicados, pueda tomarse una decisión que garantice la aplicación de dicha prioridad puesto que en supuestos de no inclusión podría ocasionar que todo el personal laboral estuviese afecto a las medidas extintivas, sin distinciones o prioridades entre ellos.

Igualmente, el RDDC prevé que el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas o autoridad equivalente en el ámbito de las CCAA, cuando se trate, respectivamente, de procedimientos que afecten al personal laboral de la Administración General del Estado o a las CCAA, podrá también acordar la aplicación de la prioridad, que tendrá carácter vinculante en los términos que figuren en el acuerdo o resolución que se dicte y que habrá de remitir al Departamento, Consejería, organismo o entidad que hubiese iniciado el procedimiento, así como, a la representación de los trabajadores y a la autoridad laboral²⁰. Sin embargo, sobre este particular, considero que no estamos ante una facultad discrecional, sino un auténtico derecho del personal laboral fijo, habida cuenta la prioridad establecida en la Ley, que ha sido confirmada por la jurisprudencia²¹ y la doctrina científica (Roqueta, 2015: 83; Purcalla, 2015: 22).

Hay que de puntualizar dos cuestiones sobre la aplicación de esta prioridad. En primer lugar, la norma legal y la reglamentaria han establecido como criterio de prevalencia el carácter fijo de los trabajadores, frente a los temporales o indefinidos no fijos²², marcando una diferencia que se basa en la realización de proce-

¹⁹ Artículo 41.2 RD 1483/2012.

²⁰ Artículo 43 RD 1483/2012.

²¹ Entre otras, sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 20 de marzo de 2013 (recurso 11/2012) y de Cataluña, de 17 de junio de 2013 (recurso de Suplicación núm. 1971/2013).

²² Alguna sentencia considera que no es necesario el respeto de la prioridad de permanencia para el trabajador fijo, pudiendo extinguirse dichas relaciones con anterioridad a la de los temporales STSJ de Madrid (sección cuarta) de 9 de abril de 2013 (Recurso de Suplicación núm. 18/2013) donde se abordó esta prioridad en el Ente Público Telemadrid. Este criterio fue confirmado por el Tribunal Supremo (Sala de lo Social) en sentencia de 26 marzo 2014 (Recurso de Casación núm. 158/2013). Puede consultarse la distinción sobre el personal al servicio de las Administraciones Públicas en (Lalaguna, 2012: 7-9).

dimientos selectivos al acceso al empleo público, aunque sin distinguir el tipo de acceso que hubiese realizado el trabajador: oposición, el concurso-oposición y el concurso de méritos²³, dotándolos de igual valor, e igualando la desigualdad (Roqueta, 2013: 151-152). En segundo lugar, la prioridad tampoco establece otros criterios adicionales que pudiesen ayudar a interpretar su sentido, puesto que no diferencia si opera frente a cualquier extinción, o tiene que matizarse su ámbito de aplicación, es decir, *«si la garantía se mantiene dentro del ámbito de afectación de la causa extintiva o si, por el contrario, puede superar ese ámbito, y extenderse a otros ámbitos que quedan fuera de esa afectación, siempre que en ese ámbito existan puestos de trabajo funcionalmente equivalentes a los afectados y, por tanto, intercambiables»* (Roqueta, 2013: 153-154). Esta última cuestión será decisiva para concretar los despidos y la práctica negociadora en el período de consultas, pero también ha generado diversas interpretaciones, tanto en un sentido como en otro.

Ahora bien, es preciso referir que igualmente se planteó la duda de si esta prioridad de permanencia afectaba al conjunto del sector público o exclusivamente a las Administraciones públicas. A tal efecto, diferentes voces doctrinales hacían referencia a un criterio diferenciador para la posible aplicación, como que lo significativo no era la naturaleza de la entidad en cuestión, sino el tipo de vínculo y forma de acceso al puesto conforme a lo previsto en el Estatuto Básico del Empleado Público (Purcalla, 2015: 21-23; Roqueta, 2015: 86), criterio seguido por algunos Tribunales Superiores de Justicia²⁴. Sin embargo, esta interpretación no se ha mantenido por el Tribunal Supremo, que en distintas sentencias descarta para todos aquellos que no sean Administraciones públicas —o equiparados conforme a lo previsto en el artículo 3.2 de RD Legislativo 3/2011—, sin diferenciar conforme a la vinculación o acceso al puesto, la aplicación de dicha prioridad de permanencia²⁵. Conforme a lo anteriormente expuesto no habrá de

²³ Artículo 61.7 EBEP.

²⁴ Veán Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, como la de 9 de octubre de 2013 (recurso 1277/2013), de 4 de diciembre de 2013 (recurso 1318/2013) y 11 de marzo de 2015 (recurso 2177/2014). En estos casos, aunque algunas han sido recurridas ante el Tribunal Supremo, dichos recursos fueron inadmitidos por falta de contradicción, por ello, no se resolvió sobre este particular. A tal efecto, el TSJ señala en la mencionada sentencia de 11 de marzo, fundamento de derecho séptimo que *«(...) De ahí que, aunque aparentemente la disposición adicional 20.ª del Estatuto de los Trabajadores la considere solamente un criterio de selección en los despidos colectivos en las Administraciones Públicas, en realidad se trate de una preferencia para el mantenimiento del empleo público cuando se produzcan situaciones de concurrencia como la que aquí nos ocupa, por cuanto responde a un imperativo constitucional. Por tanto, como ocurre, por ejemplo, con la preferencia de los representantes legales o sindicales de los trabajadores, en el caso de las Administraciones Públicas hemos de considerar la misma una preferencia legal general, aplicable en todo tipo de situaciones concurrenciales relativas al acceso o la pérdida del empleo público, que beneficia a los trabajadores fijos sobre los indefinidos no fijos.»*

²⁵ Así puede apreciarse que el Tribunal Supremo lo establece en la STS (Sala de lo Social, Sección 1.ª) de 20 octubre 2015 (recurso de casación 172/2014), donde literalmente hace constar, en su Fundamento de Derecho undécimo (2), frente a la impugnación que alega la inaplicación del principio de prioridad de permanencia para el personal laboral fijo *«es cierto que en la referida DA Vigésima ET se*

respetarse la prioridad de permanencia del personal laboral fijo que establece el art. 41 del RD 1483/2012, debido a que

... dicho precepto, relativo a la «prioridad de permanencia en el ente, organismo o entidad pública», por su propia ubicación en el Capítulo II de la norma es de aplicación a las Administraciones Públicas, pero no a los entes, organismos y entidades que forman parte del Sector Público, al que pertenece el Ente demandado, cuya regulación se encuentra en el Capítulo I anterior²⁶.

Por último, se establece que la prioridad de permanencia podrá extenderse a otros colectivos determinados en virtud de lo previsto en convenio colectivo o en el acuerdo alcanzado durante el período de consultas, tales como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad²⁷. Esta previsión no constituye una obligación a la hora de negociar convenios colectivos, ni tampoco tendrá que incorporarse necesariamente en el período de consultas, sino que se ofrece como un criterio orientativo que podrá tenerse en cuenta a la vista de las circunstancias extintivas²⁸.

3.2. La introducción de criterios de selección

La cuestión de la delimitación subjetiva de los afectados requiere, también, de un análisis en este trabajo. Como se ha referido repetidamente, la empresa privada, en ejercicio de la libertad de empresa, puede seleccionar el personal que desee ante la contratación, al igual que ante la extinción. Esta facultad solo se encuentra limitada por las prioridades de permanencia previstas en la normativa, así como, la protección frente a cualquier discriminación.

Por otro lado, en lo que acontece al sector público, hay que matizar que se encuentran sujetos a los principios constitucionales previstos en los artículos 9.3

dispone que «Tendrá prioridad de permanencia el personal laboral fijo que hubiese adquirido esta condición, de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad...». Pero no es menos indiscutible que:

- 1.º) *Lo subordina a que «así lo establezcan los entes, organismos y entidades»; y*
- 2.º) *Lo limita a aquellos «a que se refiere el párrafo anterior», que exclusivamente trata de «los entes, organismos y entidades a que se refiere el artículo 3.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público». Precepto —aprobado por el RD Legislativo 3/2011, de 14/Noviembre— que se refiere a los entes que dentro del sector público tienen «la consideración de Administraciones Públicas», y entre los que no están —obviamente— las sociedades mercantiles estatales, como TRAGSA [nos remitimos a lo que precedentemente hemos expuesto acerca de su naturaleza jurídica]». Aunque la sentencia cuenta con dos votos particulares, en ninguno de ellos se discute la referida interpretación.*

²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 24 marzo 2015 (Recurso de Casación 217/2014).

²⁷ Artículo 13.2 RDDC.

²⁸ Para parte de la doctrina científica, se trata de medidas de *soft law*. (Rodríguez-Piñero, 2013: 249). A tal efecto, al menos hasta ahora, no ha sido tenido en cuenta en la práctica negocial, quizá motivado por la novedad de la medida.

y 14 de la CE. Es decir, han de garantizar la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y el respeto al principio de igualdad. Así, la Administración, en su actuación, se verá sometida a criterios no discrecionales ni arbitrarios. De esta forma, la doctrina expresa que «*la Administración en cuanto actúa como persona jurídica en el comercio está sujeta al principio dispositivo de libertad contractual, pero en cuanto ente público que vela por los intereses sociales ha de ver limitada su actuación*» (Lalaguna, 2012: 10).

Esta situación, no obstante, contrasta con aquellas extinciones realizadas en el sector público, que no Administración pública, cuyas pautas de actuación siguen criterios generales. En ocasiones, la compleja estructura interna que presentaban ha permitido que se manifestaran vacilaciones respecto a las disposiciones que se le venían a aplicar. De hecho, la circunstancia expresada ha requerido que los tribunales realicen con carácter previo la calificación de su estructura organizativa (De Soto, 2015: 103). Así, podemos señalar dos supuestos paradigmáticos en lo que respecta a la aplicación de criterios en estas extinciones, en primer lugar, los que se realizan en los distintos grupos audiovisuales de titularidad pública y, en segundo lugar, los atinentes a la empresa Tragsa.

Por un lado, en lo que respecta a los grupos audiovisuales, los despidos colectivos han aplicado pautas para la selección de los afectados de carácter genérico, debido a que dichas sociedades de radiotelevisión no les son de aplicación lo instituido para las Administraciones públicas, en cuanto a la delimitación de las causas y en lo atinente a los criterios de selección al tratarse de sociedades mercantiles de capital público²⁹. Por ello, los expedientes de regulación de empleo de la televisión de la Comunidad Valenciana establecieron unos criterios de designación en base a la adscripción del puesto de trabajo que fuera a ser afectado por su eliminación o redimensionamiento, con referencia a la experiencia profesional, a la formación relativa al puesto, a la polivalencia funcional, a las buenas prácticas profesionales, a la situación de excedencia voluntaria y el menor absentismo, al mayor coste de su contrato de trabajo o las aptitudes de gestión de equipo y a las habilidades de interacción social³⁰. Estos criterios se concretaron posteriormente mediante una clasificación ordenada, valorando, prioritariamente, la posible incorporación mediante oposición (requisito relacionado con la igualdad, mérito y capacidad). También, la asignación al puesto efectivo de trabajo y/o la titulación específica para el puesto³¹. Igualmente, la prestación efectiva de servicios en los últimos tres años, computando como

²⁹ A diferencia de los Entes Públicos de radiotelevisión, a los que sí que le son de plena aplicación.

³⁰ STSJ Comunidad Valenciana, (Sala de lo Social, Sección 1.ª), Sentencia núm. 2338/2013, de 4 noviembre, Procedimiento núm. 17/2012, hecho probado 6.º.

³¹ En esos casos una titulación homologable para el caso de los técnicos que cursaron imagen y sonido, ya que en la actualidad se han convertido en Ciclos Formativos Superiores).

tiempo de trabajo efectivo determinadas vicisitudes del contrato como los permisos por maternidad, riesgo para el embarazo, excedencia legal por cuidados de hijos y padres, accidente de trabajo o enfermedad profesional y enfermedades graves o crónicas, siempre que sean justificadas por el trabajador. De este mismo modo, también se valora el no haber tenido periodos de excedencia voluntaria o de permisos sin sueldo durante toda la vida laboral del trabajador. Asimismo, se atiende a la capacitación profesional relacionada con el puesto, así como, la polivalencia, cuando el trabajador demuestra que ha sido capaz de ejercer otros puestos de trabajo o, sin haberlo hecho, si lo justifica. Por último, otros aspectos considerados serían la «fidelidad a la empresa», al no haber ejercido simultáneamente otra actividad ajena al Grupo.

Ahora bien, de nuevo hay que referir que dichas extinciones se realizaron conforme a las valoraciones efectuadas por una comisión técnica de valoración, y una subcomisión, tras la entrega por los trabajadores de un formulario, cuyo resultado no se da a conocer salvo por la designación concreta del trabajador afectado. Así, la selección, además de incorporar cuestiones de carácter estrictamente personal, no parece que se hiciese conforme a derecho, lo que se evidencia puesto que se realizaron varias extinciones previamente a la valoración técnica funcional final que se realiza por el Ente público³². Sin embargo, en otras televisiones regionales se ha utilizado para la selección de los trabajadores afectados criterios generales como la antigüedad o la polivalencia, justificándose también la permanencia de determinadas personas, por la versatilidad del trabajador³³.

Por otro lado, en segundo lugar, hay que reseñar el asunto referente a la sociedad mercantil estatal Tragsa, resuelto en primera instancia por la Audiencia Nacional declarando su nulidad, precisamente por la imprecisión de los criterios de selección. Sin embargo esta sentencia fue revocada en casación por el Tribunal

³² Sin embargo, a juicio de la sala lo más importante a la hora de declarar la decisión nula fue el hecho de haber modificado a lo largo de todo el procedimiento las causas que justificaron las extinciones y que diferían entre el ente público y las sociedades mercantiles de capital público afectas a él, como es el caso de una televisión. Aquí, el hecho de haber modificado dichos criterios establece una diferencia entre los trabajadores inicial o posteriormente afectados que sin duda quiebran el principio de igualdad que tiene que tener la administración en su actuación, STSJ de Madrid (sección cuarta) de 9 de abril de 2013 (Recurso de Suplicación núm. 18/2013) donde se abordó esta prioridad en el Ente Público Telemadrid. Este criterio fue confirmado por el Tribunal Supremo (Sala de lo Social) en sentencia de 26 marzo 2014 (Recurso de Casación núm. 158/2013).

³³ STSJ Murcia (Sala de lo Social, Sección 1.ª), de 14 de octubre de 2013, expuso estos criterios para el despido colectivo en la televisión murciana, lo que a juicio de la STS (Sala de lo Social), de 24 marzo 2015, Recurso de Casación núm. 217/2014, se consideró que habida cuenta de que se trata de sector público y no Administraciones públicas, «*Teniendo en cuenta que la empresa adujo criterios de selección, «aunque fuera de forma genérica (antigüedad, polivalencia)» como refiere la sentencia recurrida; ello evidencia la inexistencia de la causa de nulidad con base a la irregularidad de insuficiencia de criterios en la designación de los trabajadores afectados»*», por ello parece permitir una cierta inconcreción siempre que, al menos, indique las líneas en las que se basa la extinción.

Supremo³⁴, lo que ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina³⁵. En este supuesto concreto, en lo que respecta a los criterios de selección, se elaboró un manual por la empresa, que no fue objeto de negociación. El referido manual incluía además de criterios valorables como la formación o la experiencia, incluye otros como el absentismo y la actitud, ésta última atendiendo a los siguientes factores: identificación y compromiso con la empresa, implicación en la consecución de los objetivos, cumplimiento de horarios, normas y procedimientos establecidos trabajo en equipo y polivalencia (capacidad para adaptarse a cambios y otras funciones). Todo ello será evaluado por los responsables de la empresa a través de un sistema informático que integra sus puntuaciones, coste de indemnización por despido y obligación de hacer una aportación al Tesoro Público.

La sentencia de la Audiencia Nacional había cuestionado los mencionados criterios por diversas razones. Por un lado, porque la experiencia y la formación son analizadas por los responsables de la empresa de forma subjetiva, por otro lado, porque *«el factor de actitud podía ser apreciado negativamente conforme a los siguientes parámetros, mostrarse distante o esquivo hacia temas relacionados con la organización, actitud crítica con cualquier aspecto de la empresa, sin aportar elementos constructivos de cambio y mejora en sus comentarios y actuaciones, percibir cualquier alteración en la dinámica laboral como un problema, mostrarse reacio a cambiar de postura u opinión, demostrando poca capacidad de escucha o poca disponibilidad a asumir elementos nuevos, como cambios en el procedimiento, normativas o tareas»*³⁶. A mayor abundamiento, el personal encargado de valorar introducía los datos en un programa informático sin dar audiencia al interesado. A la vista de estos hechos, la Audiencia estimó la nulidad del despido colectivo ya que entendía que la Administración pública, y también los entes públicos incluidos en el ámbito de aplicación del artículo 23.2 de la CE, tenían que ser suficientemente específicos en los criterios de selección, a partir de magnitudes mensura-

³⁴ SAN 59/2014, de 28 de marzo (proc. 499/2013) y STS (Sala de lo Social, Sección 1.ª), de 20 de octubre de 2015, Recurso de Casación núm. 172/2014, se consideró que habida cuenta de que se trata de sector público y no Administraciones públicas, los criterios son adecuados, ya que en primer lugar se extinguirán los puestos de *«trabajadores cuyo puesto de trabajo y unidad organizativa o centro de trabajo de adscripción se encuentren comprendidos en el cuadro recogido en el apartado 5.4 de la presente Memoria Explicativa, que se sustenta en el informe técnico de causas organizativas y productivas en el que se describe la metodología y los parámetros técnicos para la determinación de los puestos excedentarios»*, para, en segundo lugar, los trabajadores *«serán seleccionados por la empresa según criterios de evaluación multifactorial, tales como la formación, experiencia en el puesto, polivalencia entendida como la capacidad para asumir cambios y adaptación a otras funciones, trabajo en equipo, grado de implicación en la consecución de objetivos, cumplimiento de horarios, normas y procedimientos establecidos, absentismo, costes. La aplicación de estos criterios será plenamente respetuosa con los derechos fundamentales y legislación vigente»*, por ello el Tribunal Supremo convalida la decisión extintiva y revocando la sentencia de la Audiencia Nacional.

³⁵ Con un análisis muy pormenorizado sobre la sentencia puede consultarse el Blog del prof. Rojo, www.eduardorojotorrecilla.es.

³⁶ Hecho probado decimotercero de la sentencia de la SAN 59/2014, de 28 de marzo.

bles para poder determinar mediante su aplicación quienes son los trabajadores afectados, criterios que estarán fundados en circunstancias dirigidas a valorar el mérito y capacidad de los trabajadores. Igualmente, considera que estos criterios vulnerarían lo dispuesto en los artículos 9.3 y 23.2 de la CE, que proscriben la arbitrariedad en el acceso al empleo público lo que, a juicio de la Audiencia, debía entenderse también a la pérdida de la condición del empleado público, ya que de otra forma se vaciaría de contenido al derecho. Como se ha anticipado, el Tribunal Supremo ha desvirtuado esta interpretación, lo que considero es un cambio desfavorable, con respecto al criterio de la Audiencia. Por tanto, bastará con alegar un criterio no discriminatorio, mínimamente justificado, para acreditar el cumplimiento de la norma.

Conforme a lo anterior, es visible que a los despidos que se producen en el sector público empresarial o fundacional, se les aplica el criterio de libre elección de los trabajadores. Por ello, el nivel de libertad que afecta a estas extinciones será, dependiendo del supuesto en el que se materialicen, de intensidad menor o media, tal como se expuso en páginas anteriores, sin que en estos casos comparan con la Administración pública el grado de intensidad máxima. Este hecho, a mi juicio, supone una importante debilitación de nuestro Estado de derecho. En consecuencia, se desvirtúa la naturaleza de estas entidades permitiéndoles, respecto a la selección de los trabajadores afectados, que sean ajenas a sus principios de actuación y dotándolas, para estos aspectos, de un carácter enteramente privado, tan solo requerirá de una mera alegación de la justificación, lo que a mi entender es merecedor de censura jurídica.

Al mismo tiempo, en lo que respecta a la posibilidad de extinciones contractuales por la Administración Pública deberíamos encontrarnos ante un distinto escenario. Sin embargo, en la práctica, como se verá, su actuación no difiere en exceso de lo previsto para las entidades privadas. El hecho es que la norma lo único que viene a referir es la necesidad de ceñirse a criterios objetivos, que deben ser adecuadamente precisados. Aquí, por tanto, es preciso que la Administración Pública limite su discrecionalidad al seleccionar al personal afectado, vinculando los puestos amortizados con los empleados públicos que se van a despedir (Cruz, 2012: 39).

Por ello, ante la ausencia de criterios generales, la doctrina ha intentado paliar esta ausencia introduciendo unos criterios ordenadores de carácter orientativo frente a la decisión de extinguir. Así, se considera que se verán afectados en primer lugar, los trabajadores con contrato temporal, en segundo lugar los trabajadores indefinidos no fijos de plantilla y demás empleados cuyo contrato esté aquejado de irregularidades, en tercer lugar, los trabajadores que ocupen puestos de trabajo a suprimir, en cuarto lugar, los resultados obtenidos por los trabajadores en la evaluación del desempeño y, en su defecto, la puntuación alcanzada en el concurso de provisión de puestos de trabajo o de acceso y por último

la antigüedad (Roqueta, 2012: 151)³⁷;. Otros sectores de la doctrina, también hacen una propuesta de otros mecanismos, como «*los concursos de méritos negativos*», es decir, atendiendo a una comparación basada en la formación, conocimientos e historial, y seleccionando a los de peor calificación para su extinción (Rodríguez-Piñero, 2013: 251). En cualquier caso, estos criterios tienen que recoger la prioridad de los trabajadores fijos establecidos para la Administración, y también habrán de respetar necesariamente las demás legalmente previstas en favor de los representantes legales o preventivos.

A mi juicio, a día de hoy los criterios que se articulan son manifiestamente insuficientes, puesto que no se ha implantado en la Administración sistema alguno de evaluación del desempeño. Por ello, atender a la puntuación que obtuvo el trabajador en su acceso al empleo, evita tener en cuenta el desarrollo profesional que hubiese podido realizar durante su carrera profesional, y otro criterio podría resultar arbitrario e injusto. Por tanto, en mi opinión, deben tenerse en consideración dos variables a la hora de extinguir el contrato: primera, la adecuación al puesto del trabajador, es decir, su capacidad concreta y, segunda, los méritos del mismo, pero no solo los iniciales, sino los obtenidos durante su trayectoria, de este modo se valoraría el mérito del trabajador y su capacidad con respecto a las circunstancias concretas del puesto que se va a mantener.

En consecuencia, resulta necesario, por su importancia, establecer un sistema que garantice que las Administraciones Públicas aplican criterios objetivos, ajenos a toda arbitrariedad, ante la necesidad de seleccionar a los trabajadores afectados por las decisiones extintivas (Cruz, 2010: 49). Estos criterios habrán de respetar, en su caso, las prioridades de permanencias legales o pactadas que afecten al sector concreto.

4. Los criterios de selección y la prioridad de permanencia, un análisis de las decisiones judiciales frente a las extinciones en las Administraciones públicas

Ante las cuestiones analizadas se nos plantea el siguiente interrogante: ¿se están estableciendo criterios objetivos en las extinciones realizadas en la Administración pública? La respuesta no es sencilla puesto que las extinciones resueltas por los Tribunales no siempre analizan cuestiones acerca de la concurrencia formal de criterios objetivos en la extinción.

La aplicación de criterios para la selección —o exclusión en virtud de la prioridad de permanencia— han sido tratados bien porque se entiende que vul-

³⁷ En el mismo sentido, Rodríguez (2013: 25-26).

neran el principio de igualdad, o bien, con motivo de su posible inclusión en causas discriminatorias, dejando a los Juzgados de lo Social la valoración individual del ajuste a los criterios para la selección, por razones procedimentales. La Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (BOE 11 de octubre), en su artículo 124.13, establece que la posible vulneración de criterios objetivos para decidir quiénes son en concreto aquellos trabajadores afectados por el expediente de regulación de empleo no podrán ser objeto de un procedimiento de despido colectivo, ya que la demanda solo podrá fundarse en la falta de inclusión en el expediente de la relación de trabajadores afectados o del criterio utilizado para su elección, o bien, cuando se alegue que dicha decisión se tomó con fraude, dolo, coacción o abuso de derecho o vulnerando derechos fundamentales o libertades públicas. Por tanto, aunque la decisión de extinción tomada sin respetar las prioridades de permanencia establecidas en la ley, convenios colectivos, o acuerdos durante el período de consultas será nula, su revisión habrá de seguir un procedimiento individual y no se resolverá dentro del proceso sobre despido colectivo. Aquí se manifiesta otro problema adicional que ya ha sido puesto de manifiesto por un cierto sector de la doctrina, que considera que la inconcreción de los criterios no puede subsanarse mediante la remisión a los procesos individuales de despido³⁸.

De este modo, en general se exponen en diversas resoluciones las razones que deben inspirar la conducta de la Administración a la hora de contratar o extinguir, estableciendo que en la contratación habrá de aplicar sistemas objetivos que permitan la elección de los más idóneos para desarrollar las funciones asignadas a sus puestos de trabajo de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad por lo que, consecuentemente, al seleccionar a quienes va a extinguir sus contratos, debe hacerlo pero a la inversa, evaluando su desempeño, su conducta profesional, su rendimiento y el logro de resultados mediante sistemas de evaluación que se deberían adecuar, en todo caso, a criterios de transparencia, objetividad e imparcialidad³⁹.

Igualmente, las sentencias estudiadas abordan las prioridades de permanencia, siempre con respeto de las previstas para los representantes de los trabajadores y de prevención, y exponiendo, respecto a ello, la diferencia de tratamiento entre personal funcionario y laboral —como es sabido los primeros no están

³⁸ Voto particular STS (Sala de lo Social, Sección 1.ª) de 25 de junio de 2014, (Recurso de Casación núm. 198/2013) con alegación expresa de las obligaciones derivadas de los compromisos internacionales que se manifiestan en el Convenio n.º 158, sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982, ratificado por España en 1985 y la Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos (DO L 225 de 12.08.1998).

³⁹ ST Juzgado de lo Social núm. 12 de Barcelona de 13 de diciembre de 2011 (Procedimiento núm. 470/2011), anterior a la reforma laboral, referido a la entidad de Derecho público, Instituto Catalán del Suelo.

afectos a procedimientos de despido colectivo—⁴⁰, y la que se establece entre personal fijo y el personal indefinido no fijo o el temporal⁴¹.

Ahora bien, en la práctica judicial se manifiestan diversos criterios adoptados en el período de consultas. Algunas extinciones siguen las pautas sugeridas por la norma: como es la edad, las cargas familiares o la discapacidad favoreciendo la permanencia de los colectivos afectados por estas condiciones. De este modo, parece consagrarse con la aplicación de los referidos criterios, una disminución del coste social de los despidos colectivos, cuestión que parte de la doctrina considera muy adecuada (Ginès, 2010: 3-4), ya que estas actuaciones permiten reducir, además del mencionado coste social, los costes individuales de la extinción y, consecuentemente, conllevan efectos sobre el consumo, la inversión, el ahorro, la oferta y la demanda. En esta línea, distintas resoluciones reflejan dichos criterios, fijando un rango de edad concreto, el hecho de que el trabajador sea familia monoparental con hijo a cargo, con pareja en desempleo, cuyo único ingreso dependa de la entidad pública que realiza el expediente o que tenga hijos aquejados de discapacidad⁴².

Ahora bien, el nudo gordiano se encuentra en aquellas —escasas— sentencias que han acometido la revisión de los criterios de selección⁴³. Se trata, generalmente, de extinciones en el ámbito de la Administración local o Diputaciones, donde algunos expedientes atienden a criterios de edad, así como, al resultado de procedimientos de evaluación continua. En estos casos, se contrasta la existencia de una consulta previa al personal técnico responsable, para preser-

⁴⁰ Si bien el art. 85.2 del EBEP prevé, por su parte, la posibilidad de que en el futuro se regulen «otras situaciones administrativas de los funcionarios de carrera, en los supuestos, en las condiciones y con los efectos que en las mismas se determinen, cuando (...) por razones organizativas, de reestructuración interna o exceso de personal, resulte una imposibilidad transitoria de asignar un puesto de trabajo o la conveniencia de incentivar la cesación en el servicio activo» lo que hace pensar que no está tan lejana la posibilidad de un despido colectivo para el personal funcionario.

⁴¹ STSJ Galicia (sala de lo Social, sección 1.ª) de 2 de mayo de 2013 (recurso de Suplicación núm. 10/2013), para la extinción colectiva de la Diputación de Orense, que se vio confirmada por la del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1.ª) de 23 mayo 2014 Sentencia núm. 396/2016 de 6 mayo, (recurso de Casación núm. 179/2013); en el mismo sentido, STSJ de Madrid, (Sala de lo Social, Sección 1.ª), en el Recurso de Suplicación núm. 54/2016. Igualmente, se refieren en distintas sentencias la diferencia frente a la extinción del contrato de un trabajador indefinido no fijo y otro que ocupa una plaza de interinidad por vacante STSJ Madrid (sala de lo social, sección 4.ª) de 14 de junio de 2013 (Recurso de Suplicación núm. 1398/2013) y STSJ Islas Baleares de 9 de abril de 2013 (Recurso de Suplicación núm. 272/2012).

⁴² STSJ Comunidad Valenciana de 12 de marzo de 2013 (proceso 5/2013), que fue convalidado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 21 de mayo de 2014, (recurso de casación número 162/2013).

⁴³ Son numerosas las que refieren, pero no abordan, los criterios, como la STSJ de las Islas Canarias, Las Palmas (Sala de lo Social, Sección 1.ª), de 19 de diciembre de 2012 (Recurso de Suplicación núm. 17/2012), referido al Ayuntamiento de Gáldar, que habla de su existencia aunque no detallando cuestión alguna sobre ella, siguiendo la misma línea, la sentencia de casación sobre ella STS (Sala de lo Social, Sección 1.ª), de 16 de abril 2014 (Recurso de Casación núm. 57/2013).

var el empleo de aquellos con mayor competencia técnica, formación, experiencia y polivalencia, respetando la prioridad de permanencia para el personal laboral fijo que hubiese adquirido esta condición conforme a los referidos principios de mérito y capacidad. Igualmente, también se ha tenido en consideración la valoración del desempeño de funciones concretas, como las de naturaleza comercial, y una mayor cualificación profesional, conjuntamente con criterios de mayor antigüedad en el área de trabajo, mayor antigüedad en la empresa, mayor edad, mayor experiencia profesional, mayores cargas familiares y mayor grado de discapacidad⁴⁴, que vienen a unirse a la mencionada prioridad de permanencia del personal laboral fijo. Estos criterios se acomodaban —al menos aparentemente— a los principios exigidos en la actuación de la Administración, ya que constituyen causas objetivas y razonables ajustadas al art. 103 CE respetando, por consiguiente, los principios de mérito y capacidad para el acceso a la función pública. Sin embargo, en la práctica, se vieron afectados por actuaciones arbitrarias.

Efectivamente, a la vista del contenido de las sentencias, se aprecia que en la determinación del personal afectado, y a los efectos de su valoración, no se tuvo en cuenta el uso de información de carácter veraz, sino que se consideraron otros motivos, dotando de una apariencia de imparcialidad a los criterios, pero que no se correspondían con la realidad de la decisión extintiva. Así, en algunos casos se evaluó al personal en función de su carácter problemático o quejica, e incluso acogiendo como cierta la rumorología imperante en el centro de trabajo⁴⁵. Otras extinciones utilizan como criterio para la elección de los trabajado-

⁴⁴ STSJ Comunidad Valenciana de 12 de marzo de 2013, sin embargo, este criterio fue impugnado por la representación de los trabajadores por entenderlo arbitrario ya que consideraba que no existía distinción entre trabajos comerciales y los administrativos, puesto que existía en la empresa polivalencia funcional, lo que no fue aceptado por la sala.

⁴⁵ Sorprende por ello, el contenido de la STSJ Andalucía de 20 de marzo de 2013 (Sevilla), referido a la regulación de empleo del Ayuntamiento de Jerez. Sin embargo, pese a la evidencia de estas decisiones desviadas, en función de las diferentes categorías, ya que se confirmó que el criterio se basaban en *«quién trabajaba mejor o peor, era problemático, quejica, en base a la rumorología, la actitud ante el trabajo, si eran vagos y que los informes eran verbales, no valorando la formación, sino quien trabajaba bien, era el día a día y esa documentación se destruyó, porque no eran buenos trabajadores y eran conflictivos, con encarecimiento de los servicios, y hay quien no hace nada y el desconocía el currículum»*, la sala no consideró como nula la decisión tomada al estimar parcialmente las demandas y reconocer la improcedencia de los despidos. Esta decisión ha sido convalidada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1.ª), en su sentencia de 25 de junio de 2014 (Recurso de Casación núm. 198/2013), aunque con un voto particular que manifiesta su discrepancia con la decisión mayoritaria de la Sala al entender que aunque formalmente se concretan criterios objetivos, en la práctica se trata de una decisión arbitraria e irrazonable, opinión que comparto absolutamente. Así se expresaba que *«en definitiva, los principios de igualdad, mérito y capacidad que son esenciales y exigibles para el acceso a las diversas formas de empleo público no se tuvieron realmente en cuenta para determinar, a la inversa, quienes debían resultar directamente afectados por la extinción contractual colectiva ; y, además, como concluía la sentencia ahora impugnada, en la aplicación del sistema o criterio de evaluación continua la Administración pública empleadora incurrió en una absoluta arbitrariedad y que, como quedó acreditado*

res afectados, uno tan simple como la falta de inclusión en la relación de puestos de trabajo (RPT), la supresión de servicios no obligatorios —y su correspondiente vinculación al mismo— y criterios objetivos como titulación, antigüedad y edad⁴⁶, pero sin justificarlo adecuadamente. E incluso, se manifiestan extinciones conforme a un criterio que se basa, en primer lugar, en el carácter del personal extinguiendo al de naturaleza temporal e interina y, en segundo lugar, sobre el personal indefinido prioriza la permanencia de aquellos trabajadores considerados «imprescindibles», lo que se acogió como un criterio razonable y suficientemente justificado por la sala⁴⁷. Por tanto, se evidencia el carácter subjetivo de las razones esgrimidas.

Por otra parte, también he de señalar aquellos supuestos, como fue en el caso de las pruebas para orientadores laborales, en los que se incorpora un criterio de valoración basado en el orden de puntuación obtenido en las pruebas de acceso específicas, convocadas para la ejecución del programa, a través del que fueron seleccionados los que forman parte del colectivo sujeto al expediente de regulación de empleo. En el asunto que se resolvió, no obstante, el criterio viene referido al momento de selección de los trabajadores, sin tener en cuenta la situación posterior de méritos o rendimiento en el desempeño de su actividad⁴⁸,

en la práctica de la prueba, a juicio subjetivo del técnico o del delegado y, con una valoración personal, subjetiva y arbitraria, carente de la aplicación de cualquier parámetro objetivo, fueron determinados los trabajadores afectados por la decisión extintiva, sin tenerse en cuenta ni su competencia técnica, ni su formación, ni su experiencia, ni la polivalencia».

⁴⁶ STSJ de las Islas Canarias, Las Palmas (Sala de lo Social, Sección 1.ª), de 19 de diciembre de 2012 (Recurso de Suplicación núm. 21/2012), referido al Ayuntamiento de la Oliva, sin que al declarar su nulidad por falta de causa tratase el ajuste o no a derecho de los criterios para la selección. Esta misma circunstancia se reprodujo en la sentencia de casación STS (Sala de lo Social, Sección 1.ª), de 18 febrero 2014 (Recurso de Casación núm. 59/2013).

⁴⁷ STSJ Galicia (Sala de lo Social, Sección 1.ª) de 2 de mayo de 2013, (Recurso de Suplicación núm. 10/2013), para la extinción colectiva de la Diputación de Orense. A tal efecto, como criterio de justificación, junto a los mencionados en otros apartados, se refiere que *«El despido colectivo afecta solamente a personal laboral indefinido (no al personal laboral fijo de la Entidad demandada). Y entre el personal indefinido no afecta a quienes tengan la condición de representante de los trabajadores, tampoco afecta a los trabajadores que tenga reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33%. Se excluye también al personal laboral indefinido que desempeña puestos de trabajo que resultan «imprescindibles», así como al personal cuyo despido sería antieconómico por estar próxima su jubilación.»* No se comprende cómo puede valorarse como suficientemente justificado el criterio de la «imprescindibilidad». Este criterio se convalidó, asimismo, por el Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1.ª), en la sentencia de casación, de 23 mayo 2014 (recurso número núm. 179/2013).

⁴⁸ STSJ Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social, Sección 1.ª) de 28 de mayo de 2013, (Proceso en primera instancia núm. 9/2013), en relación a las extinciones de contratos de personal laboral contratado para la ejecución del plan extraordinario de medidas de orientación, formación profesional e inserción laboral del Servicio público autonómico de empleo de Castilla y León, donde además se hace mención de las diferencias entre personal fijo e indefinido no fijo, refiriendo la objetividad del criterio de selección y estableciendo *«(...) que el doble criterio de dar preferencia a quienes han realizado una prueba específica para realizar el cometido de orientador laboral, respecto a quienes no la han realizado es un criterio objetivo y razonable como lo es el dar preferencia a los resultados obte-*

lo que a todas luces resulta poco ecuánime con la realidad presente de los sujetos que se ven afectados por la extinción.

Ante las circunstancias expresadas se evidencia la necesidad de una modificación normativa, con introducción de mecanismos de valoración objetivos, que permitan que la Administración pública se ciña a criterios ajenos a discrecionalidad. Estos criterios no tendrán por qué ser únicos, sino que pueden adecuarse al lugar en el que se ejecute la medida extintiva, siempre condicionados por la preceptiva concurrencia de los principios de igualdad, mérito y capacidad. Conforme a lo anterior, la introducción de un sistema objetivo de evaluación del desempeño es prioritaria, mecanismo que aparece previsto, pero no llevado a cabo, en el propio Estatuto Básico del Empleado Público. Por tanto, dicha medida simplificaría la aplicación de los criterios de selección, con interdicción de arbitrariedad alguna.

5. Reflexiones finales

La adaptación del sector público a instituciones laborales como la del despido colectivo requiere de un ajuste más profundo que el realizado con el RDDC. Es necesario buscar alguna fórmula que garantice que el sector público actúa, en cuestiones como la determinación de las personas afectadas por los despidos, como es dable esperar, es decir, con arreglo a los criterios de no arbitrariedad, supeditando sus acciones al cumplimiento del interés general. Sin embargo, a la vista de lo expuesto en páginas anteriores, es visible que se evidencian dos modelos distintos: por un lado, el que afecta exclusivamente a las Administraciones públicas, con interdicción de arbitrariedad y por ello con menor libertad frente a la determinación de los sujetos afectados. Por otro lado, el del resto de entidades, entes y organismos del sector público, que comparten con la empresa privada los mismos procedimientos y mecanismos, dotados de mayor libertad en su actuación dirigida a la extinción contractual.

nidos en dicha prueba». En este mismo sentido, la STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección 1.^a) de 19 diciembre, aunque haciendo referencia a entidades de derecho público que realizan actividades mercantiles y, por tanto, formando parte del Sector público, pero sin constituir Administración pública conforme al artículo 3.1 del RD Legislativo 3/2011, refieren el establecimiento de un sistema de valoración conforme a los criterios establecidos en un manual de competencias, mapa de conocimientos y estudio de cargas de trabajos que, sin embargo en la práctica, no permitió a los trabajadores conocer los resultados globales de las evaluaciones efectuadas. En el supuesto que referimos, cada trabajador afectado recibió con posterioridad al período de tramitación de consultas su valoración personal, lo que parece sembrar una duda razonable sobre la ecuanimidad de las valoraciones. No obstante, a juicio del TS (Sala de lo Social, Sección 1.^a), en sentencia de 18 noviembre 2014, que desestimó el recurso de Casación (núm. 160/2013) interpuesto sobre la anterior, quizá porque no se sustentó adecuadamente el recurso.

La Administración pública, al tener que identificar el número y personas afectadas en los despidos colectivos, ha de justificar y aportar los criterios de selección de los designados. Esta actuación puede suscitar controversias debido a que, se fijan criterios, pero no se concretan unas bases o baremos respecto a su adecuación al puesto, que pudieran permitir una evaluación no arbitraria del desempeño de los sujetos afectados. Así, la normativa únicamente prevé el sometimiento de la Administración al principio de prioridad de permanencia de trabajadores fijos sobre los temporales y, en lo que respecta a la articulación de criterios de selección, no hay reglas inequívocas, sino que dichos criterios necesariamente habrán de ser objetivos, *«condicionados por los principios de acceso, promoción y permanencia en los puestos conforme a los criterios de mérito y capacidad»* (Cruz, 2012: 39).

En esta línea, por el momento no existen mecanismos que puedan ser utilizados, a diferencia de lo que sucede en grandes empresas, para evaluar el desempeño del empleado público. No obstante lo anterior, existe una previsión, que figura en el artículo 20 del Estatuto Básico del Empleado Público, sobre el establecimiento de sistemas de evaluación del desempeño, tanto de los funcionarios como del personal laboral, que aún no se ha puesto en práctica. El establecimiento de estos sistemas, que deben adecuarse a criterios de transparencia, objetividad, imparcialidad y no discriminación, permitiría valorar la conducta profesional y el rendimiento o el logro de resultados del trabajador y, si bien no están previstos para ser utilizados frente a las extinciones, podrían servir de orientación. No obstante, sería conveniente replantearse la introducción de los sistemas de evaluación, lo que hasta ahora no se ha acometido, posiblemente por motivos económicos, y la posible vinculación de los mismos a los despidos. Ello requeriría, en todo caso, de una modificación normativa sobre el particular.

Al mismo tiempo, las normas que fijen los criterios y mecanismos generales en materia de evaluación del desempeño pueden formar parte de la negociación colectiva en virtud de lo establecido en el artículo 37.1.d) del Estatuto Básico del Empleado Público. Por tanto, a mi juicio, es preciso que los sujetos negociadores tomen conciencia de esta necesidad y desarrollen en los convenios colectivos esta cuestión incorporando un modelo flexible para todos los empleados públicos, que pueda atender a sus particularidades, criterios objetivos que permitan mediante la aplicación de baremos destinados valorar el desempeño del empleado, junto a la formación adquirida durante su trayectoria profesional.

En conclusión, todos estos criterios podrían utilizarse como base dentro de los trámites del despido colectivo limitando la discrecionalidad de la Administración que se evidencia en las resoluciones judiciales revisadas. Con ello se simplificaría la evaluación de los sujetos afectados, conforme a baremos igualitarios, al mismo tiempo que garantizaría una mayor imparcialidad en las decisiones extintivas, respetando el principio de legalidad.

6. Bibliografía

- CANTERO MARTÍNEZ, Josefa (2012), «Las medidas de racionalización de plantillas en el empleo público local y en un contexto de contención fiscal», *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 28, págs. 7-39.
- CRUZ VILLALÓN, Jesús (2010), «Los expedientes de regulación de empleo en las Administraciones Públicas», *Revista de Derecho Social*, núm. 49, págs. 17-40.
- DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, María (2006), *Empleo y prestación de servicios en la Administración Pública*, Ed. Lex Nova, Valladolid.
- DE SOTO RIOJA, Sebastián (2015), «Los despidos colectivos en el ámbito del sector público. Balance de aplicación tras «casi» tres años desde su reforma», en *Reforma de las Administraciones Públicas y Empleo Público*, (Gómez Muñoz, J.M., coordinador), Monografías de Temas Laborales, Sevilla, págs. 85-151.
- GARCÍA MUÑOZ, Manuel (2013), «Despido colectivo por causas económicas en la Administración local». *Revista Doctrinal Aranzadi Social* volumen 6 núm. 5. Versión digital, documento Westlaw. BIB 2013\1678.
- GINÈS Y FÁBRELLAS, Anna (2010), «Criterios de selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo», *Aranzadi Social, Revista doctrinal*, núm. 14. Versión digital, documento Westlaw, BIB 2010\2374, págs. 1-11.
- LALAGUNA HOLZWARTH, Enrique (2012): «Despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas en la Ley 3/2012», *Aranzadi Social, Revista doctrinal*, núm. 6. Versión digital, documento Westlaw, BIB 2012\2918, págs. 1-22.
- LÓPEZ CUMBRE, Lourdes (2013), «La contratación laboral en el sector público y los derechos de los empleados públicos: los efectos de la reforma laboral en el empleo público», *Revista General de Derecho Del Trabajo y de la Seguridad Social*, Iustel, núm. 34.
- PURCALLA BONILLA, Miguel Angel (2015), «El despido colectivo en la Administración Pública y en sector público», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 37, págs. 1-30.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana (2013), «Los despidos colectivos en la Administración pública», ponencia presentada en las XXIV Jornadas Catalanas de Derecho Social (21 y 22 de febrero de 2013), <http://www.iuslabor.org/jornades-i-seminaris/ponencies/>.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel (2013), «El despido colectivo en el sector público», en *Estudios en torno a la Reforma Laboral de 2012*, (Castellano Burguillo, E. y Feria Basilio, I., dir.), Editorial Punto Rojo, Sevilla.
- ROJO TORRECILLA, Eduardo, *El blog de Eduardo Rojo*, www.eduardorojotorrecilla.es
- ROQUETA BUJ, Remedios (2013), *La reestructuración de las plantillas laborales en las Administraciones Públicas. La reforma laboral de 2012*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.
- ROQUETA BUJ, Remedios (2015), *La selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.

EL TELETRABAJO EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Telework in Public Administrations

ALICIA VILLALBA SÁNCHEZ

Prof.^a contratada interina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Departamento de Derecho Especial y de la Empresa
Universidad de Santiago de Compostela

Orcid: 0000-0001-8188-4810
DOI: 10.1387/lan-harremanak.17933

Recibido el 29 de abril de 2017
Aceptado el 11 de mayo de 2017

ABSTRACT

La aplicación de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación en el trabajo ha supuesto una transformación de la prestación de servicios. Lejos de constituir un mero instrumento tendente a facilitar su ejecución, las posibilidades que ofrece una tecnología en continua evolución han difuminado el vínculo de subordinación que media entre el empleador y el prestador de servicios en aquellos puestos de trabajo cuyo desempeño exige una mayor cualificación y especialización del trabajador. Siendo las Administraciones Públicas organizaciones donde abundan dichos puestos de trabajo, se comprende la relevancia que en las mismas adquiere la implantación del teletrabajo. El presente estudio aborda su recepción en la Administración General del Estado así como en las Administraciones autonómicas, haciendo hincapié en las virtudes y carencias que presenta su régimen jurídico.

Palabras clave: Administraciones Públicas, nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, teletrabajo.

■ *The implementation of new information and communication technologies in the workplace has led to a transformation of the work culture. The opportunities offered by a constantly evolving technology have blurred the subordination between the employer and the employee, mainly when the latter is highly qualified. Given Public Administrations are rich in this kind of staff, telework could play a relevant role. This paper deals with telework deployment into the Spanish Public Administrations, with particular emphasis on the advantages and deficiencies of its framework.*

Keywords: Public Administrations, new information and communication technologies, telework.

SUMARIO

Sumario: 1. Introducción. 2. El teletrabajo en las Administraciones Públicas. 2.1. El teletrabajo en la Administración General del Estado. 2.2. El teletrabajo en la Administración de las Comunidades Autónomas. 2.2.1. Marco normativo y concepto. 2.2.2. Ámbito de aplicación. 2.2.3. Procedimiento de selección. 2.2.4. Contenido de la prestación. 3. Conclusión. 4. Bibliografía.

1. Introducción

La aplicación en el trabajo de las tecnologías de la información y de la comunicación no constituye novedad alguna. No ha sido preciso aguardar hasta las últimas décadas del siglo xx para constatar la utilidad que puede proporcionar el uso en el entorno laboral de instrumentos como el teléfono. No obstante, el desarrollo tecnológico alcanzado a partir de ese momento ha cobrado tal relevancia que lo que otrora no era sino un mero instrumento que mejoraba la prestación de servicios ha dado pábulo a una transformación radical de la forma de trabajar.

En el seno de esta revolución tecnológica han surgido unos puestos de trabajo cada vez más especializados que, a su vez, demandan trabajadores dotados de una elevada formación. El desarrollo alcanzado y la cualificación del personal han hecho posible una prestación de servicios cada vez más autónoma. Tal es así que, a día de hoy, las notas características de la prestación objeto del Derecho del Trabajo parecen desvanecerse. Merece ser reinterpretada la subordinación (Pérez de los Cobos, 2005: 1315), pues el trabajador que emerge en esta nueva era tecnológica goza de una independencia que impide su sujeción a órdenes y directrices constantes en cuanto atañe a la ejecución de su prestación, máxime cuando la misma requiere la posesión de unos conocimientos específicos de los cuales carece su superior jerárquico. Correlato de lo afirmado es la adaptación de las facultades empresariales de control, que se centrarán en la constatación del resultado alcanzado por el trabajador (Thibault, 2000: 46). Cobra así importancia la determinación de los objetivos cuya consecución se pretende, y la responsabilidad del trabajador en el correcto cumplimiento de la prestación debida.

La ausencia de una dirección y control continuos de la actividad del trabajador ha permitido el desempeño de sus funciones fuera de las dependencias de la empresa, lo cual significa que también se difumina la ajenidad, nota caracterís-

tica de la prestación que, entre sus diversas manifestaciones, exige que el trabajo se desempeñe en los locales del empresario, y con instrumentos por él proporcionados. De ahí el resurgimiento del trabajo a distancia, antaño destinado a la ejecución de prestaciones que requería escasa cualificación (Ferreiro, 2015: 47).

Consciente de su renovada importancia, el legislador de 2012 acometió la regulación del trabajo a distancia en el art. 13 del ahora Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores¹ —en adelante, ET—. Dicho artículo lo define como aquél en el que la prestación se realice «*de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste*», incluyendo en la definición de trabajo a distancia una de sus modalidades, a saber: el trabajo a domicilio. Cambia así el tenor del precepto anteriormente vigente, que aludía al «*trabajo a domicilio*», en pos de la construcción de un concepto genérico donde encuentra cabida aquél, pero también cualquier otra forma de trabajo no presencial (Sempere y Kahale, 2013: 9). Es de advertir que en ningún momento se alude a la utilización de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación en el desempeño del trabajo a distancia, rasgo característico de una especie perteneciente a aquel género: el teletrabajo. Curiosamente, se refiere a ella en la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral², razón por la cual la doctrina ha considerado que «*el legislador ha querido introducir el teletrabajo a través de la nueva figura del contrato de trabajo a distancia*» (Purcalla y Preciado, 2013: 215).

Sí lo hizo en su momento el Acuerdo marco Europeo sobre Teletrabajo, firmado el 16 de julio de 2002 en Bruselas, a iniciativa de la Comisión Europea, por los interlocutores sociales más relevantes de ámbito europeo, cuyo apartado 2 entiende por tal «*una forma de organización y/o de realización del trabajo*» caracterizada por el uso de las tecnologías de la información, donde una prestación, que se podría desempeñar en los locales de a empresa, se efectúa fuera de éstos de forma regular.

Es esta especie de trabajo a distancia la que centra la atención del presente trabajo, habida cuenta del reto que supone regular de manera adecuada una nueva forma de prestar servicios donde la inmediatez geográfica y el vínculo de subordinación se debilitan notablemente. Además del interés jurídico que presenta, el teletrabajo merece ser abordado en atención a los objetivos susceptibles de ser alcanzados con su correcta regulación y aplicación. Amén de los que repercuten en una mejor organización de los recursos humanos de la empresa, con el consecuente ahorro de costes e incremento de la eficiencia que ello comporta, destaca la consecución de un mayor bienestar del trabajador que gana autono-

¹ BOE n.º 255, de 24 octubre 2015.

² BOE n.º 162, de 7 julio 2012.

mía a la hora de compatibilizar su prestación de servicios con sus circunstancias personales. Dejando a un lado las ventajas que su aplicación surte en la relación individual de trabajo, existen también intereses sociales a cuya satisfacción contribuiría en gran medida su adecuada implementación. Se alude, por ejemplo, a la reducción de las emisiones dañinas para la atmósfera que supone la disminución de los desplazamientos innecesarios de trabajadores, o al reparto más equilibrado de la población que se podría conseguir permitiendo un desempeño de la prestación de servicios menos centralizado en torno a las grandes urbes.

Por todo ello procede abordar el régimen jurídico aplicable al teletrabajo, mas la amplitud del objeto de estudio exige una mayor concreción del tema a tratar. Toda vez que el teletrabajo constituye una modalidad de prestación de servicios idónea para el desempeño de aquellos puestos de trabajo que exigen una mayor cualificación —aunque éstos no agoten su ámbito de aplicación, existiendo cierta «*teletaylorización*» que afecta a puesto de teletrabajo donde la prestación es más rutinaria (Belzunegui, 2008: 137)—, y éstos abundan en las Administraciones Públicas se considera pertinente analizar el marco normativo aplicable al teletrabajo en aquéllas. Huelga añadir el compromiso que éstas tienen, en calidad de empleador, para con el bienestar de sus propios trabajadores, la eficiencia en la gestión pública y la salvaguardia del medio ambiente.

Pese a ello, es sabido que el legislador no siempre se adapta de manera suficientemente rápida a la realidad social que ha de regular. Muestra de ello es la ausencia de mención alguna al teletrabajo en el 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 Público³ —en adelante, EBEP—. Ante esta laguna, es menester abordar el marco normativo específico diseñado para el teletrabajo en la Administración General del Estado, así como en las Administraciones de las Comunidades Autónomas, algunas de las cuales han desarrollado iniciativas dignas de mención.

2. El teletrabajo en las Administraciones Públicas

2.1. El teletrabajo en la Administración General del Estado

En cuanto concierne a la Administración General del Estado, procede hacer alusión al Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de marzo de 2005, por el que se aprobó el Plan Concilia que, entre otros compromisos, previó una serie de medidas para hacer efectiva la conciliación de las responsabilidades profesionales con la vida personal y familiar en el ámbito del empleo público.

³ BOE n.º 261, de 31 octubre 2015.

En el marco de aquél fue puesto en práctica un Plan piloto para la aplicación de técnicas de teletrabajo para los empleados públicos por el Ministerio de Administraciones Públicas, orientado al favorecimiento de la conciliación de la vida laboral, familiar y personal (Belzunegui, 2008: 144). Una vez concluida esta experiencia piloto, los resultados alcanzados fueron traídos a colación para hacer extensiva la posibilidad de realizar este tipo de experiencias a otros Departamentos, mediante la Orden APU/1981/2006, de 21 de junio, por la que se promueve la implantación de programas piloto de teletrabajo en los departamentos ministeriales⁴.

En ella se alude al teletrabajo, ora como una «*nueva fórmula basada en las tecnologías de la información*» que posibilita el desarrollo total o parcial de la jornada laboral desde un lugar distinto al de su centro de trabajo, ora como una «*nueva forma de organización de la prestación laboral*». Ya en su texto articulado, se define como una «*modalidad de prestación de servicios de carácter no presencial*», en virtud de la cual un empleado de la Administración General del Estado puede desarrollar parte de su jornada laboral mediante el uso de medios telemáticos desde su propio domicilio. Se configura así como una prestación de trabajo a desarrollar en alternancia con la presencial, previendo así el indeseable aislamiento en que puede recaer el trabajador. Si bien el anterior matiz merece una favorable acogida, no sucede lo mismo con la alusión al domicilio del trabajador como lugar a desarrollar los servicios no presenciales, ya que circunscribe el teletrabajo a una de sus modalidades: el teletrabajo a domicilio (Sierra, 2011: 130).

Esta Orden se dictó con el propósito de posibilitar la puesta en marcha de programas piloto de teletrabajo en los departamentos ministeriales y sus organismos públicos vinculados o dependientes, garantizando, en todo caso, la voluntariedad de los empleados públicos que decidan participar. Al margen de esta precisión, que trae a colación la singular relevancia del consentimiento del trabajador (Thibault, 2006: 382), la Orden se limita a desgranar los extremos a contemplar por las experiencias piloto que hubieran de ponerse en práctica.

En ella se precisa la necesidad de incluir en cada programa los puestos de trabajo afectados, atendiendo a la naturaleza de sus funciones que, evidentemente, han de permitir su ejecución de manera no presencial. Se excluyen, por consiguiente, todos aquéllos que requieran la presencia del trabajador. Con arreglo a este criterio, queda abierta la posibilidad de limitar la opción de teletrabajar en supuestos en los cuales la presencia del trabajador sea conveniente, pero no inexcusable. Se antoja éste un matiz digno de crítica, máxime cuando el teletrabajo de que se trata se desarrolla, como se ha puntualizado, de manera parcial o en alternancia con la prestación de trabajo presencial.

⁴ BOE n.º 149, de 23 junio 2006.

Según la citada Orden, esta modalidad estará a disposición de los empleados en servicio activo que reúnan los conocimientos en ofimática suficientes, siempre y cuando lo soliciten. Cada plan ha de determinar el número máximo de participantes así como su procedimiento de selección, la duración del propio programa y la de la prestación de servicios no presenciales en función de cada tipo de jornada. Se impone determinar también en cada plan el órgano encargado del control y los criterios para llevarlo a cabo, así como el sistema de evaluación del trabajo desarrollado de forma no presencial.

Nótese que la propia Orden destaca, entre sus ventajas, la identificación de los objetivos y la evaluación del grado de su cumplimiento, especialmente desde el punto de vista del empleador. A tal efecto, se consideraría preferible aludir al rendimiento del trabajador (Gárate, 1984: 34), toda vez que un objetivo puede o no alcanzarse exclusivamente a través del esfuerzo del trabajador. De esta guisa, no cabría sancionar al trabajador por la no consecución de un objetivo de imposible cumplimiento. Desde la perspectiva del empleado, hace hincapié en el incremento de su posibilidad de conciliar su vida personal con el desarrollo profesional. Lejos de tratarse de intereses contrapuestos, una adecuada determinación del sistema llamado a evaluar el rendimiento del trabajador se erige en la mejor garantía de un teletrabajo que permita la adecuada conciliación de la vida laboral, personal y familiar. Nótese que, además, al personal que participe en dichos programas no le será de aplicación de los criterios generales sobre jornada y horarios, extremo que requiere una determinación razonable del rendimiento a alcanzar.

Del marco normativo expuesto, sorprende la ausencia de alusión alguna a la salvaguardia de intereses existentes al margen de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, como la preservación del medio ambiente o la redistribución de la población hacia el ámbito rural. También el relegado papel que se atribuye a las organizaciones sindicales (art. 2).

Procede también hacer alusión a la publicación del Manual para la implantación de programas piloto de teletrabajo en la Administración General del Estado por el Ministerio de Administraciones Públicas. Aunque se trate de un documento informativo, carente de eficacia jurídica, sirve para confirmar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral como objetivo primordial de la normativa estatal, al que se añaden la potenciación del trabajo en términos objetivos, al margen del tiempo de presencia, el aumento del compromiso y motivación del personal y la disminución del absentismo laboral. Por lo demás, su contenido se limita a concretar aspectos del programa piloto como el número de trabajadores que pueden participar, el procedimiento de selección, su duración, su alternancia con el trabajo presencial, la definición de los puestos susceptibles de ser desempeñados a través de esta modalidad y demás aspectos vinculados a la formación y a la prevención de riesgos laborales.

Habida cuenta del carácter experimental de estos programas, la Orden dispone que concluidos éstos, incumbe a los departamentos y organismos informar al Ministerio de Administraciones Públicas, a fin de efectuar un análisis global integrado sobre su implantación. Transcurrido este período de experimentación, el gobierno elaboró un Proyecto de Real Decreto por el que se regula el Teletrabajo en la Administración General del Estado, pero sin someterlo a las fases previas de consulta y negociación con las organizaciones sindicales, carencia puesta de relieve por el dictamen del Consejo Económico y Social⁵ (Sierra, 2011: 130). Dicha carencia fue subsanada en el Proyecto de Real Decreto por el que se regula el Teletrabajo, el 8 de mayo de 2007, cuyo aciago destino recomienda dejar a un lado su estudio para pasar a abordar la normativa autonómica en la materia, dado que a día de hoy es la única en vigor que ofrece una regulación sistemática del teletrabajo en las Administraciones Públicas.

2.2. El teletrabajo en la Administración de las Comunidades Autónomas

2.2.1. *Marco normativo y concepto*

En el ámbito autonómico, procede hacer referencia al Decreto n.º 9/2011, de 17 de marzo, por el que se regula la jornada de trabajo no presencial mediante teletrabajo en la Administración de la Comunidad de Castilla y León⁶—en adelante, Decreto castellanoleonés—; al Decreto n.º 92/2012, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Acuerdo sobre la prestación del servicio en la modalidad no presencial mediante la fórmula del teletrabajo por el personal empleado público de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi y sus Organismos Autónomos⁷—en adelante, Decreto vasco—; al Decreto n.º 127/2012, de 6 de julio, por el que se regula la prestación del servicio en la modalidad no presencial, mediante la fórmula del teletrabajo, en la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura⁸—en adelante, Decreto extremeño—, que prevé una implantación progresiva del mismo a través de programas experimentales; al Decreto n.º 36/2013, de 28 de junio, por el que se regula la modalidad de prestación de servicios mediante teletrabajo en la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears⁹

⁵ Consultado el día 29 abril 2017 en el siguiente enlace: http://www.csit.es/hospedasw/arbolicit/admon_estado/modificacionleyes/23.04dictamanteletrabajo.pdf.

⁶ BO. Castilla y León n.º 57, de 23 marzo 2011, precedido por el Programa Experimental de Teletrabajo en la Administración de la Comunidad de Castilla y León contemplado en la Orden ADM/2154/2009, de 17 de noviembre.

⁷ BO. País Vasco n.º 111, de 7 junio 2012, precedido por la Instrucción 1/2010, de 29 de octubre, que aprobó el Plan Piloto de Teletrabajo en la Administración General de la Comunidad Autónoma Vasca.

⁸ DO. Extremadura n.º 135, de 13 julio 2012.

⁹ BO. Illes Balears n.º 91, de 29 junio 2013, precedido de las experiencias piloto en materia de teletrabajo aprobadas mediante las resoluciones del consejero de Interior de 20 de marzo de 2006 y de 4 de octubre de 2006.

—en adelante, Decreto balear—; al Decreto n.º 57/2013, de 12 de agosto, por el que se regula la prestación de servicios de los empleados públicos en régimen de teletrabajo en la Administración de Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha¹⁰ —en adelante, Decreto castellanomanchego—; al Decreto n.º 45/2013, de 5 de diciembre, por el que se regula la prestación del servicio en la modalidad no presencial mediante la fórmula del teletrabajo para el personal funcionario y laboral al servicio de la Administración General de la Comunidad Autónoma de La Rioja y sus Organismos Autónomos¹¹ —en adelante, Decreto riojano—; a la Orden de 20 de diciembre de 2013, conjunta de la Vicepresidencia y Consellería de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia y de la Consellería de Hacienda, por la que se regulan la acreditación, la jornada y el horario de trabajo, la flexibilidad horaria y el teletrabajo de los empleados públicos en el ámbito de la Administración general y del sector público de la Comunidad Autónoma de Galicia.—en adelante, Orden gallega— y la Resolución conjunta de 8 de agosto de 2014, de la Dirección General de Evaluación y Reforma Administrativa y de la Dirección General de la Función Pública, por la que se dictan las instrucciones relativas al desarrollo de la Orden de 20 de diciembre de 2013 por la que se regulan la acreditación, la jornada y el horario de trabajo, la flexibilidad horaria y el teletrabajo de los empleados públicos en el ámbito de la Administración general y del sector público de la Comunidad Autónoma de Galicia —en adelante, Resolución gallega—; a la Instrucción de 6 de agosto de 2014, del Director General de la Función Pública y Calidad de los Servicios, para la implantación del programa piloto de la modalidad de teletrabajo en la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón¹² —en adelante, Instrucción aragonesa— y al Decreto n.º 82/2016, de 8 de julio del Consell, por el que se regula la prestación de servicios en régimen de teletrabajo del personal empleado público de la Administración de la Generalitat¹³ —en adelante, Decreto valenciano¹⁴.

¹⁰ DO. Castilla-La Mancha n.º 158, de 16 agosto 2013.

¹¹ BO. La Rioja n.º 154, de 13 diciembre 2013.

¹² BO. Aragón n.º 160, de 18 agosto 2014.

¹³ DO. Comunitat Valenciana n.º 7828, de 14 julio 2016, precedido por la Instrucción de la Dirección General de Administración Autonómica de fecha 3 de diciembre de 2010, por el que se aprobó el programa experimental en materia de trabajo desde domicilio en el ámbito de la Administración de la Generalitat.

¹⁴ No cae en el olvido la recientemente entrada en vigor Orden de 3 de octubre de 2016, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se convoca un proyecto piloto experimental de teletrabajo en la Administración Pública Regional (BO. Región de Murcia de 10 octubre 2016). Sin embargo, lo restringido de su ámbito de aplicación, ceñido al personal adscrito a la Secretaría General de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, a la Intervención General, a la Dirección General de Patrimonio e Informática y a la Dirección General de la Función Pública y Calidad de los Servicios, desaconseja abordarla junto con las anteriores experiencias.

En todas ellas se conviene en calificar el teletrabajo como modalidad de prestación de servicios¹⁵ construyendo su definición sobre dos elementos, cuales son el desarrollo de la prestación de trabajo fuera de las dependencias de la Administración y la utilización de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación¹⁶. Existe, no obstante, alguna norma que opta por describir el teletrabajo como «*modalidad de jornada de trabajo*»¹⁷, lo que parece aludir más al tiempo de trabajo que al desempeño del puesto de trabajo. Lo característico de todas las normas citadas es el desarrollo de la prestación fuera de los locales de la empleadora, aunque esta normativa asume que la misma se llevará a cabo en el domicilio del trabajador¹⁸, lo cual no tendría que ser así necesariamente (Morgado, 2004: 1911). El Decreto valenciano, hace hincapié en que dicha modalidad de prestación de servicios se llevará a cabo «*bajo la dirección, coordinación y supervisión de su superior jerárquico*» (art. 2), destacando una subordinación por lo demás difuminada en una prestación caracterizada por la mayor independencia de quien la realiza.

Coincide también la normativa autonómica a la hora de determinar los objetivos perseguidos con la implantación del teletrabajo. En primer término, y puede que remarcando así su carácter preferente, se alude a la mejora en la organización del trabajo¹⁹ o a la consecución de una mayor eficiencia en la gestión pública²⁰ y en la prestación de los servicios, a través de una «*mejor organización del trabajo*»²¹ utilizando la tecnología. Se trata de objetivos cuyo alcance beneficia a la propia Administración, pero también al administrado y al trabajador. No por ello deja de hacerse cumplida referencia a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral como principal aliciente para el trabajador²², con lo cual se pretende garantizarle «*un mayor grado de satisfacción laboral*»²³. En concreto, Precisa el preámbulo de la Instrucción aragonesa que la consecución de este bienestar a través de un adecuado equilibrio entre vida laboral y vida familiar es propia de «*organizaciones saludables*», entre las cuales las Administraciones Públicas deberían ocupar un lugar destacado.

Más ambiciosos son los objetivos contemplados en el Decreto extremeño, que añade a los previamente citados otros como la modernización de la propia

¹⁵ Art. 13 de la Orden gallega. También el art. 1 del Decreto balear; el art. 2 del Decreto extremeño; el art. primero de la Instrucción aragonesa, así como el art. 1 del Decreto vasco, aunque en su preámbulo se alude a ella como una «*modalidad de prestación de la jornada de trabajo no presencial*».

¹⁶ Así lo hace el art. 1 del Decreto castellanomanchego; el art. 3 del Decreto riojano el art. 13 de la Orden gallega y la Resolución gallega.

¹⁷ Art. 2.3 del Decreto castellanoleonés y art. 1 del Decreto vasco.

¹⁸ V. gr. el Decreto riojano (preámbulo, arts. 3, 4, 7, 8, 14, 15 y 18).

¹⁹ Art. 2.2 del Decreto castellanoleonés.

²⁰ Art. 13 de la Orden gallega.

²¹ Art. 1 del Decreto vasco.

²² Art. 2.2 del Decreto castellanoleonés.

²³ Art. 2.2 del Decreto castellanoleonés y art. 1 del Decreto vasco.

Administración autonómica —expresión también utilizada por el art. 1 del Decreto de Illes Balears y por el preámbulo del Decreto castellanomanchego— a través de, entre otros medios, su digitalización y conectividad, definiendo así un modelo sostenible para los centros de trabajo. También se citan otros aspectos vinculados con la organización del trabajo en general, y con el incremento de la eficiencia de los trabajadores. Se alude así al aumento del compromiso y del nivel de motivación del personal, a la mejora de las condiciones de trabajo y la profesionalización de los empleados públicos como factores llamados a incrementar la calidad de los servicios. También a la potenciación del trabajo en términos de objetivos y resultados frente a criterios de mero cumplimiento del tiempo de presencia en el centro de trabajo —crítica evidente al modelo presencialista—, al aumento del compromiso con la calidad del trabajo, a la disminución del absentismo laboral, al aumento de la productividad y a la elaboración de métodos y sistemas de evaluación del desempeño de los empleados públicos. En suma, del espíritu de esta norma se desprende el ansia de lograr una mejor y más moderna organización del trabajo a través del uso de la tecnología y de la mayor eficacia y eficiencia en la relación con los ciudadanos usuarios de dichos servicios. La más reciente de las disposiciones citadas, a la sazón, el Decreto valenciano, alude en su preámbulo también a la flexibilidad en el tiempo de trabajo, que puede operar tanto en beneficio del empresario como del trabajador.

No quedan en el olvido intereses de otro orden, como la protección al medio ambiente o la distribución sostenible de la población, sobre los que habitualmente se omite cualquier mención expresa. Empero, se traen a colación en el preámbulo del Decreto extremeño, que define el teletrabajo como «*medida orientada a la gestión más sostenible de los recursos y a la consecución de ahorro energético, de transporte y de otros consumos derivados de la actividad presencial*». En el mismo sentido se pronuncia el preámbulo del Decreto riojano. Por su parte, el del Decreto balear alude a los objetivos sociales que la correcta implantación del teletrabajo puede alcanzar a largo plazo, «*como la disminución de la contaminación y el ahorro de energía avanzando en la línea de la responsabilidad social pública*».

2.2.2. *Ámbito de aplicación*

En cuanto a su ámbito de aplicación, la normativa autonómica opta por desgranar un listado de puestos susceptibles de ser desempeñados en régimen de teletrabajo para, a renglón seguido, especificar ciertos casos donde expresamente se excluye esta posibilidad. Por lo general, éste se pone a disposición del personal funcionario, estatutario y laboral al servicio de la Administración de que se trate o de sus entidades públicas instrumentales²⁴.

²⁴ Así lo sostiene el art. 2 de la Orden gallega y el art. 3 del Decreto extremeño. Otras normas, como el Decreto castellanoleonés, se limitan a aludir a los organismos autónomos, entre dichas entidades públicas instrumentales. Por su parte, el Decreto balear incluye sólo al personal funcionario

Diversos son los criterios acogidos por cada norma para excluir dicha posibilidad. Desde una perspectiva funcional, se conviene en excluir al personal que ocupe puestos de trabajo en oficinas de registro, atención e información al ciudadano, así como todos aquellos cuyas funciones conlleven necesariamente la prestación de servicios presenciales²⁵. Por añadidura, en Galicia queda al margen de esta posibilidad el personal al servicio de la Administración de justicia, el que preste servicios en las instituciones sanitarias del Servicio Gallego de Salud y en centros docentes²⁶. El art. 2.2 del Decreto riojano añade a estas tres exclusiones la que afecta a los empleados públicos que ocupen un puesto de Secretaría de Dirección General o de Secretaría General Técnica u órganos asimilados, a quienes no utilicen ningún tipo de herramienta informática en el desarrollo de las tareas encomendadas y a aquéllos que ocupen puestos de trabajo relacionados con servicios cuya prestación efectiva solamente queda plenamente garantizada con la presencia física del empleado público en el centro de trabajo. También se excluye al personal docente en el Decreto balear, así como al personal estatutario al servicio de la sanidad pública autonómica, al personal laboral de las entidades públicas empresariales, fundaciones, consorcios o sociedades mercantiles públicas del sector público de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears. En Castilla y León, por el contrario, se incluye expresamente al personal docente, mientras que se excluye al personal que ocupe puestos de trabajo que lleven aparejadas funciones de dirección, coordinación o supervisión, iguales o superiores a Jefes de Servicio, y las Secretarías de Altos Cargos. Por su parte, el art. 3 del Decreto extremeño añade al listado habitual de supuestos excluidos los puestos de estructura cuya provisión se efectúe mediante el procedimiento de libre designación.

La voluntariedad que caracteriza la aplicación del teletrabajo en las Administraciones Públicas²⁷ comporta que necesariamente su disfrute deba ser solicitado

representado en la Mesa Sectorial de Servicios Generales y al laboral de servicios generales que presta servicios en la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears. El Decreto riojano alude al personal funcionario y al personal laboral que presta servicios en la Administración General de la Comunidad Autónoma de La Rioja y sus Organismos Autónomos (art. 2). Incluyendo en el programa piloto en ella regulado a todo «el personal funcionario, laboral o estatutario», véase el art. segundo de la Instrucción aragonesa, y citando simplemente al «personal empleado público», el art. 3 del Decreto valenciano. Más sucinto es el tenor literal del art. 3 del Decreto vasco, que hace referencia al personal funcionario incluido en el ámbito de aplicación del Acuerdo regulador de condiciones de trabajo del personal funcionario al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi y sus Organismos Autónomos y al personal laboral incluido en el ámbito de aplicación del Convenio de Colectivos Laborales al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi para los años 2010-2011. También el Decreto castellanomanchego extiende su ámbito de aplicación a los empleados públicos que presten servicios en la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y sus organismos autónomos (art. 2).

²⁵ Paradigmático resulta lo dispuesto en el art. 3.2 del Decreto castellanoleonés.

²⁶ Art. 2.3 de la Orden gallega.

²⁷ Art. 2.2 del Decreto castellanoleonés; art. 1 del Decreto vasco; art. 5.2 del Decreto extremeño; art. 4 del Decreto castellanomanchego; art. 2 del Decreto balear; art. 4 del Decreto castella-

por el personal. Para ello, no basta con que el solicitante esté en activo —aunque los Decretos balear, catellanoleonés y valenciano²⁸ admiten que se pueda solicitar también desde cualquier situación administrativa que comporte reserva del puesto de trabajo [arts. 4.1.a), 5.a) y 5.1.a), respectivamente]—, sino que se exige que el potencial teletrabajador reúna una serie de características que denoten su pericia en el desempeño del puesto de trabajo en cuestión y unos conocimientos informáticos y telemáticos suficientes²⁹. En concreto, se suele requerir que cuente con cierta antigüedad. Las Administraciones Públicas de Castilla y León, Aragón y Galicia la cifran en, al menos, dos años³⁰, precisando, en el caso de la gallega, que la misma se ha de referir al servicio en el puesto para el que se solicita el teletrabajo, aunque se admite la acreditación de una experiencia por prestación de servicios en puestos con funciones y tareas análogas³¹. La Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi y la de la Comunidad Valenciana flexibilizan este requisito, exigiendo que el personal haya desempeñado el puesto de trabajo durante períodos que sumen al menos un año, en los últimos dos años³². Por su parte, la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha cifra dicha antigüedad en un año [art. 5.b)]. Menos exigente todavía se muestra la Administración de la Comunidad Autónoma de Illes Balears, para la cual basta con acreditar un «*desempeño efectivo mínimo de seis meses en el puesto de trabajo que se pretende desarrollar mediante teletrabajo o en otro puesto con funciones análogas, siempre que en este último caso ya lleve un mes en el que ha de ejercer mediante teletrabajo*» [art. 4.1.b)]³³. En el extremo

noleonés; art. tercero de la Instrucción aragonesa; art. 2 del Decreto valenciano y art. 13 de la Orden gallega.

²⁸ Este último dispone que, de ser seleccionada, la persona solicitante ha de reincorporarse a su puesto de trabajo desde la situación administrativa en la que se encuentre, siendo excluida, de no solicitarlo, del procedimiento de selección.

²⁹ Art. 5.1.c) del Decreto castellanoleonés; art. 5.4 del Decreto extremeño; art. 14.e) de la Orden gallega. También lo exige el art. 5.1.e) del Decreto valenciano, que hace alusión en particular, a las medidas a adoptar para la protección de datos. Menos exigente se muestra el Decreto balear, para el cual bastará con que el solicitante realice una declaración responsable (art. 4.1). Incrementa el nivel de exigencia el art. 4.1.d) del Decreto vasco, conforme al cual podrá exigirse excepcionalmente la superación de una prueba

³⁰ Art. 5 del Decreto castellanoleonés. En este caso, también se admite que se solicite desde la situación de excedencia concedida por esta Administración. Véase, asimismo, el art. 14.a) de la Orden gallega. En el mismo sentido, art. quinto de la Instrucción aragonesa que, a su vez, requiere de una antigüedad mínima de seis meses en el puesto de trabajo en cuestión.

³¹ Se entenderá que concurre dicha circunstancia aunque la prestación de los servicios haya sido interrumpida en los últimos cinco años, a tenor de la Quinta instrucción de la Resolución gallega.

³² Arts. 4.1.a) del Decreto vasco y 5.1.b) del Decreto valenciano.

³³ En los supuestos en que la solicitud se haga desde alguna situación administrativa que comporte reserva de puesto de trabajo, una vez solicitado el reingreso al servicio activo, se debe acreditar que se desempeñó efectivamente el puesto reservado durante un mínimo de seis meses, si hace menos de tres años desde que dejó de cumplirlo. Si hace más de tres años, además, se tendrá que ocupar como mínimo el puesto tres meses, posteriormente al reingreso, antes de acceder a prestarlo en la modalidad de teletrabajo [art. 4.1.b)].

opuesto, está el Decreto riojano y el extremeño, que no exigen antigüedad alguna a los solicitantes.

El reconocimiento de este derecho se supedita también a la naturaleza y características del puesto de trabajo, que han de hacerlo susceptible de ser desempeñado de forma autónoma³⁴ a distancia, a través de las nuevas tecnologías³⁵.

³⁴ Como recuerda la quinta instrucción de la Resolución gallega.

³⁵ En concreto, el art. 14.c) de la Orden gallega, considera como tales «el estudio y análisis de proyectos, la elaboración de informes, la asesoría, la redacción y tratamiento de documentos, la inspección, la gestión de sistemas de información o el análisis y diseño de sistemas de información u otros análogos que no requieran la prestación de servicios presenciales», considerándose por tales aquéllos «en que la prestación efectiva sólo queda plenamente garantizada con la presencia física del/ de la empleado/a». La quinta instrucción de la Resolución gallega añade a los anteriores la elaboración de dictámenes o actas de inspección, la introducción de datos en bases de datos, y la traducción. Se excluyen de manera expresa aquéllos que comporten la presencia del trabajador, como los puestos de atención directa al público, los de oficinas de registros, aquéllos cuyas funciones conlleven la necesidad continua de consulta y manejo de documentación física que obre en poder de la Administración siempre que no quepa su consulta accediendo a las bases de datos de la unidad o a su escaneado, los puestos de personal conductor, subalterno, técnicos o administrativos de unidades con atención veinticuatro horas o los que desarrollen su jornada laboral, de manera permanente, fuera de las dependencias administrativas, como los agentes forestales, los guardacostas o similares. El art. 5.1.b) del Decreto castellanoleonés cita el estudio y análisis de proyectos, la elaboración de informes, las labores de asesoría, la redacción, corrección y tratamiento de documentos, la inspección, la gestión de sistemas de información y comunicaciones y el análisis, diseño y programación de sistemas de información y comunicaciones. *A contrario sensu*, excluye los puestos de trabajo en oficinas de registro, atención e información al ciudadano, así como todos aquéllos cuyas funciones conlleven necesariamente la prestación de servicios presenciales. Igualmente quedan excluidos los empleados públicos que ocupen puestos de trabajo que lleven aparejadas funciones de dirección, coordinación o supervisión, iguales o superiores a Jefes de Servicio, y las Secretarías de Altos Cargos. Sin ánimo de mencionar de nuevo supuestos ya aludidos, baste destacar que el Decreto extremeño añade la grabación masiva de datos, el mantenimiento de sistemas de información y el tratamiento de información, entendiéndose por esto último el procesamiento de datos y programación. El Decreto balear, por su parte, hace referencia también a quienes utilicen de manera continua y reiterada documentación oficial en papel que contenga datos confidenciales o protegidos por la normativa de protección de datos de carácter personal, así como a quienes ocupen puestos de trabajo que comporten funciones de dirección, coordinación o supervisión iguales o superiores a jefatura de servicio o asimiladas, y las secretarías de altos cargos. (art. 2). El Decreto castellanomanchego incluye la elaboración de propuestas de resolución y aquéllas relacionadas con la gestión de las tecnologías de la información y las comunicaciones y excluye expresamente las jefaturas de servicio de las unidades administrativas y aquellos cuyo desempeño requiera contactos personales frecuentes (art. 2.2). El Decreto riojano añade la gestión administrativa (como la solicitud de informes, elaboración de pliegos de contratación, elevación de propuestas, ejecución y control presupuestario, y similares), la redacción de memorias, la preparación de borradores de proyectos de disposiciones normativas o de actos administrativos generales, la actualización de registros informatizados, la compilación de información, la gestión de sistemas de información y comunicaciones y el análisis, diseño y programación de sistemas de información y comunicaciones. La Instrucción aragonesa excluye expresamente las actividades que, «en razón de los materiales o instrumentos utilizados en el desempeño de sus funciones» no puedan ejercerse en lugar distinto al centro de trabajo y aquellas para cuya ejecución se requiere la presencia física obligada en el lugar de desempeño habitual, citando a modo ejemplificativo las de conducción, mantenimiento, carreteras, cocina, campo, taller, limpieza o servicios auxiliares (art. quinto). El Decreto valenciano excluye, a diferencia de los citados, los puestos de naturaleza eventual, los puestos de personal no do-

También acostumbra a ser requerida la disposición por parte del trabajador de los instrumentos de trabajo pertinentes, a la sazón, del equipo informático³⁶. Sobre este extremo, detalla el art. 10 del Decreto castellanoleonés que dicho equipamiento consistirá en un ordenador personal que lleve incorporado el sistema de comunicación que defina la Administración «*en función de la disponibilidad tecnológica y la seguridad de los sistemas*», garantizando la accesibilidad, agilidad, seguridad y confidencialidad de la comunicación. Asimismo, corresponderá al personal empleado solucionar las incidencias que le resulten imputables en su equipo informático, previsión que comparte el Decreto castellanomanchego [art. 5.e)]. Con el propósito de mantener la comunicación entre la persona teletrabajadora y la Administración Pública, se prevé que ambos se faciliten mutuamente un número de teléfono de contacto, dándose por supuesto que los gastos inherentes a la adquisición, instalación y mantenimiento del terminal que corresponda al trabajador correrán a su cargo. En el mismo sentido se pronuncia el art. 11 del Decreto balear que, al menos, contempla la posibilidad de dirigirse al servicio de soporte informático de la dirección general competente en materia de innovación y desarrollo tecnológico, cuando las incidencias sean imputables a los sistemas de información de la Administración (art. 11.8)³⁷, así como art. 13 del Decreto extremeño. Este último, además, responsabiliza a quien teletrabaje de disponer de un espacio de trabajo adecuado a las funciones a desempeñar. En este caso, la Administración sólo se compromete a facilitar una cuenta de correo electrónico, las aplicaciones informáticas necesarias para el desarrollo de su labor cotidiana y un escritorio remoto, con acceso seguro VPN que reproduzca las condiciones de trabajo de un puesto físico del centro de destino. De modo más tajante, el art. 14. d) de la Orden gallega contempla la necesidad de que el personal disponga de un equipo informático básico con acceso a internet y acceso remoto a la red corporativa de la Xunta de Galicia³⁸, de un lector de tarjeta, así como de teléfono móvil que «*no serán facilitados, en ningún caso, por la Administración de la Xunta de Galicia*», equipos cuyo mantenimiento y reparación incumbe también al empleado.

Sorprende que esta previsión se haya generalizado en la normativa autonómica reguladora del teletrabajo en la Administración —nótese que el Manual para la implantación de programas piloto de teletrabajo en la Administración

cente en centros docentes y en centros de formación e inserción profesional, pero también el personal de emergencias, los destinados en residencias y centros de atención a personas mayores dependientes o con diversidad funcional, centros de recepción y acogida de menores, centros de reeducación, comedores sociales, centros especializados de atención a mayores y centros de evaluación y orientación de discapacitados (art. 4).

³⁶ Art. 5.1.d) del Decreto castellanoleonés; art. 4.1.e) del Decreto vasco y art. 15.2 del Decreto riojano.

³⁷ Como también lo hace el Decreto riojano (art. 15.1).

³⁸ A tenor de la susodicha instrucción quinta, que también prevé la posibilidad de realizar una prueba técnica.

General del Estado dispone lo contrario, salvo pacto con el trabajador—, por ser contraria a la regla general contenida en el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, a tenor de la cual será el empresario quien deba facilitar, instalar y mantener los equipamientos necesarios para el teletrabajo, corriendo también con los costes vinculados a las comunicaciones, salvo que se haya acordado lo contrario. Huelga añadir que esta regla no es sino una manifestación de la ajenidad en los medios propia de la prestación de servicios objeto del Derecho del Trabajo (Thibault, 2000: 55 y Mella, 2003, 177), con arreglo a la cual incumbe al empleador proporcionar los instrumentos de trabajo. La cada vez más frecuente aportación de aquéllos por parte del trabajador (Mella, 2015: 175) confirma la transformación de las notas elementales de la prestación, que justifica el estudio de la implementación de las nuevas tecnologías como catalizador de dicho proceso. Conviene precisar que el Acuerdo Marco admite que se pacte la utilización del equipo propiedad del trabajador, excepción a la regla general que redundaría en perjuicio del trabajador (Pérez de los Cobos, 2005: 1315).

En el polo opuesto se sitúan los Decreto vasco y valenciano, cuyos arts. 14 y 8.2 disponen que será la propia Administración la encargada de facilitar los recursos para el desempeño del puesto en la modalidad de teletrabajo, a saber: un ordenador portátil, un número de teléfono IP o móvil corporativo y el acceso a las aplicaciones informáticas del Departamento en cuestión, susceptibles de ser ejecutadas mediante el canal utilizado, en el caso de la Administración vasca; y un equipo informático, sin mayores precisiones, en cuanto concierne a la valenciana. En este último caso, sólo se prevé un intercambio de números de teléfono a fin de comunicarse posibles incidencias. Por su parte, incumbe al personal aportar una línea de acceso a Internet que cumpla con las características que define la Administración³⁹. El Decreto valenciano prohíbe expresamente el uso de redes de comunicaciones compartidas al público, habida cuenta del riesgo que entraña su uso, que pone en tela de juicio la confidencialidad y la protección de datos. Concretamente, alude a las conexiones a internet ofrecidas por «*tien- das, hostelería, lugares públicos u otros tipo de establecimientos comerciales*» y, en general, de aquellas, que el personal teletrabajador podría verse tentado a utilizar para ahorrarse unos costes que jamás debería haber recaído sobre su persona. De lo afirmado, es dable deducir que los gastos inherentes a la conexión serán a cargo del trabajador, aspecto digno de crítica, por cuanto supone un desplazamiento de los gastos requeridos para efectuar la prestación de servicios hacia el personal teletrabajador.

³⁹ A mayores, se dispone que las personas teletrabajadoras dispondrán de una línea de atención telefónica receptora de incidencias sobre el servicio dentro del horario del mismo. La asistencia técnica para resolver incidencias relacionadas con el portátil o el teléfono, si requiere intervención técnica presencial, se realizará en los días de jornada presencial.

También con arreglo esta última norma el personal teletrabajador ha de mantener incólume el equipo facilitado, de manera tal que, cuando una avería relativa al mismo o a sus aplicaciones impida la prestación de servicios no presencial y no pueda ser solventada ese mismo día, deberá incorporarse a su centro de trabajo al día siguiente. Es de advertir que esta previsión hace difícil la consecución de muchos de los objetivos inherentes a la implantación del teletrabajo, puesto que requiere una disponibilidad *cuasi* inmediata del personal para retornar a la prestación de servicios tradicional. Sobra añadir que eso puede ser harto difícil para quien ha solicitado ejecutar la prestación de servicios bajo la modalidad de teletrabajo para conciliar su vida personal, familiar y laboral, por problemas de salud o por graves inconvenientes vinculados al desplazamiento a las dependencias administrativas, por ejemplo.

Como presupuesto adicional a mencionar, el art. 4.1.c) del Decreto vasco requiere que el personal desarrolle, o tenga autorizada su solicitud para desarrollar, la jornada de trabajo a tiempo total o con una reducción de un octavo o un quinto, durante el tiempo en que se va a desarrollar el trabajo en la modalidad no presencial. Esta misma norma añade también una prohibición que afecta a quien esté realizando, o tenga autorizada la realización, de cursos presenciales de larga duración en horario laboral durante el tiempo en que se va a ejecutar el trabajo en la modalidad no presencial. Esta exclusión se justifica con fundamento en la incompatibilidad que presentan ambas actividades. No obstante, no se desestimará la solicitud por incumplimiento de este motivo cuando se trate de cursos de euskera que se imparten en una localidad próxima al lugar de teletrabajo (art. 4.1.g). Resta por recordar que el puesto de trabajo ha de ser susceptible de ser desempeñado mediante esta modalidad de prestación de servicios. A su vez, existen normas que requieren la superación de un curso formativo por parte del trabajador solicitante⁴⁰.

2.2.3. *Procedimiento de selección*

La tramitación de las solicitudes depende de cada Administración Pública. En la Comunidad Autónoma de Euskadi, se dirigirán a los órganos competentes en materia de personal de los departamentos, entes u organismos autónomos a los que estén adscritos los empleados y empleadas solicitantes, dándose traslado de las que reúnan los requisitos exigidos a los órganos a los que estén adscritas orgánicamente las personas solicitantes para que, en el plazo de diez días, emitan informe sobre la solicitud. Ello se hará a la vista de la propuesta de la persona responsable de la unidad administrativa de la que dependa funcionalmente el solicitante sobre la cobertura de las necesidades del servicio. En caso de propuesta favorable, se indicará el número máximo de personas de su uni-

⁴⁰ Véase el art. 5.1.f) del Decreto valenciano.

dad que podrían acceder al teletrabajo (art. 5 del Decreto). Además, el Área de Informática del departamento u organismo autónomo elaborará, en el plazo de diez días, un informe técnico sobre la necesidad de recursos telemáticos, la conectividad del lugar de teletrabajo, así como de la posibilidad de desarrollar sus funciones mediante este tipo de conexión con las prestaciones técnicas requeridas para ello⁴¹. A la vista de los informes del órgano al que está adscrito el empleado o empleada, y en el plazo de un mes desde la presentación de la solicitud, el órgano competente en materia de personal dictará resolución motivada de autorización o denegación de la solicitud de teletrabajo. Por razones organizativas, se prevé que la Administración pueda hacer convocatorias en las que se determinen las fechas para la presentación y resolución de las solicitudes y el inicio y fin de la prestación de servicio en modalidad no presencial (arts. 5. 3.4. y 5 del Decreto).

En la Comunidad Autónoma de Galicia, compete a la secretaría general, secretaría general técnica u órgano equivalente de las entidades públicas instrumentales del sector público (art. 15.3 de la Orden), que emitirán resolución en el plazo de tres meses contados a partir de la presentación de la solicitud, previo informe conjunto del centro directivo competente en materia de función pública y de evaluación y reforma administrativa, transcurrido el cual las solicitudes se entenderán estimadas. En cuanto al procedimiento, las personas interesadas deberán presentar su solicitud y la documentación pertinente ante el titular del centro directivo donde presten servicios, quien, en el plazo de quince días, deberá emitir un informe comprensivo de los siguientes extremos: a) sentido favorable o desfavorable —en este último supuesto, debidamente motivado— a petición de la persona interesada; b) cobertura de las necesidades del servicio; c) designación de un supervisor; d) asignación de tareas; y e) descripción de la forma y medios de llevar a cabo esta supervisión.

En la Rioja las solicitudes se dirigirán a la Secretaría General Técnica o Gerencia del Organismo Autónomo al que esté adscrito el empleado público solicitante, junto con un informe de su Jefe de servicio o equivalente superior jerárquico en el que se indicarán los objetivos que se establecerán al teletrabajador haciendo mención expresa de los medios técnicos con los que cuente en su domicilio (art. 8). Una vez presentada la solicitud, la Secretaría General Técnica o Gerencia del Organismo Autónomo correspondiente deberá remitir a la Dirección General competente en materia de Función Pública, en el plazo de un mes, la propuesta razonada de la Comisión de valoración de si procede estimarla

⁴¹ Cuando la persona solicitante haya prestado servicios en la modalidad de trabajo no presencial con anterioridad, los informes del órgano al que está adscrito ésta y del Área de Informática serán de ratificación de los emitidos en el procedimiento anterior y se emitirán en el plazo de cinco días, salvo que se hayan producido cambios en relación con la cobertura de las necesidades del servicio o con las necesidades de recursos telemáticos y viabilidad de la conectividad (art. 5.6 del Decreto vasco).

o desestimarla, acompañada de la solicitud del empleado público, la documentación adjunta a la misma, los informes que estime oportunos que justifiquen la propuesta realizada y, en su caso, de la prelación determinada (art. 11). En dicha propuesta se ha de incluir el horario que se establece para el cumplimiento de la jornada en la modalidad de teletrabajo y la designación de la persona que actuará de supervisor. El plazo máximo para dictar y notificar la resolución será de tres meses desde la fecha de solicitud del empleado público.

En Castilla y León la solicitud se dirigirá al titular de la Secretaría General de la Consejería o al titular del órgano correspondiente del Organismo Autónomo, que dará traslado en el plazo de diez días hábiles a las Direcciones Generales, Delegaciones Territoriales u órganos equivalentes de los Organismos Autónomos en los que preste servicios el empleado público solicitante, a fin de que emitan el correspondiente informe en el plazo de veinte días, debiendo resolverse también en el plazo de tres meses (art. 4 de la Orden castellanoleonesa). Idéntico órgano será competente en Castilla-La Mancha, si bien el plazo para resolver será de un mes (art. 6 del Decreto castellanoleonés). En Extremadura también han de dirigirse las solicitudes a la Secretaría General, con sujeción al modelo de solicitud que se apruebe en el correspondiente Programa de Teletrabajo (art. 7 del Decreto extremeño), siendo el plazo para resolver de tres meses.

En la Comunidad Autónoma de Illes Balears la solicitud se dirigirá a la persona titular de la Secretaría General de la consejería o al órgano correspondiente del ente del sector público instrumental autonómico donde preste servicios el solicitante (art. 5 del Decreto balear). Dicha solicitud puede ir acompañada del informe del jefe de la unidad de trabajo de la cual dependa, con el visto bueno de la persona que sea su jefe de departamento, o jefe de servicio, si no hubiera. Si no se adjuntara el informe en cuestión, la Secretaría General o el órgano equivalente, en el plazo de cinco días hábiles, requerirá al jefe de la unidad de trabajo donde presta servicios la persona solicitante para que lo emita en el plazo de diez días hábiles (art. 6 del Decreto balear). El contenido del mismo hace referencia a la concurrencia de los requisitos exigidos para solicitar el desempeño del puesto de trabajo bajo la modalidad que nos ocupa, la cobertura adecuada de las necesidades del servicio, la indicación de la persona que actuará como supervisora, la distribución de la jornada y la aplicación de los criterios establecidos para conceder la solicitud, en caso de concurrencia de solicitantes. La persona titular de la consejería competente en materia de función pública ha de dictar y notificar una resolución motivada sobre la aceptación o denegación de la solicitud formulada en el plazo máximo de dos meses, a contar desde la solicitud de la persona interesada (art. 6.3).

Por su parte, en el programa piloto puesto en práctica por la Instrucción aragonesa, las solicitudes se dirigirán al Director General de la Función Pública y Calidad de los Servicios (art. sexto), mientras que el Decreto valenciano de-

signa como competentes a las Subsecretarías u órganos competentes en materia de personal de las Consellerías u organismos proponentes, quienes analizarán las solicitudes y las valorarán de conformidad con el baremo previsto en el programa de teletrabajo, previo informe del órgano superior o directivo con competencias sobre el colectivo afectado (art. 14.2).

La conciliación vuelve a cobrar relevancia como finalidad de la implantación del teletrabajo en las Administraciones Públicas cuando, en el supuesto de existir varias solicitudes de teletrabajo en la misma unidad, se impone valorar preferentemente las solicitudes de las personas interesadas que cumplan los requisitos de flexibilización por razones de conciliación de la vida familiar y laboral, según la Orden gallega. Por su parte, el art. 6 del Decreto castellanoleonés dispone que, si por cuestiones de organización administrativa no fuera viable conceder la solicitud a todas ellas, agotadas las posibilidades de rotación o de acuerdo entre los empleados públicos y la Administración, se valorarán preferentemente las siguientes circunstancias debidamente acreditadas: a) que tengan a su cargo personas mayores de 65 años que precisen cuidados continuados, hijos menores de doce años, familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad con discapacidad o familiares con enfermedad grave hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad⁴²; b) que se trate de empleados públicos con discapacidad; c) que se trate de empleadas públicas víctimas de violencia de género; d) el tiempo y distancia de desplazamiento del domicilio al lugar de trabajo o la dificultad para acceder a un servicio o transporte público; e) la realización por parte de los empleados públicos de estudios reglados o relacionados con el puesto de trabajo y f) el no tener autorizada compatibilidad para el desempeño de un segundo puesto de trabajo, cargo o actividad en el sector público o privado. Similares criterios aporta el Decreto castellanomanchego que, en caso de empate, aboga por decantarse a favor del solicitante que ostente mayor antigüedad en el puesto de trabajo. El programa piloto regulado por la Instrucción aragonesa recomienda atender a la existencia de hijos, familiares o personas dependientes de personal, a la necesidad de cuidado de la propia salud, a necesidades derivadas de dificultades en la movilidad, de discapacidades físicas, psíquicas, sensoriales e intelectuales, a la distancia del domicilio habitual al centro de trabajo así como a situaciones puntuales de formación y capacitación (art. séptimo).

Parecidos son los criterios adoptados para el mismo fin por el Decreto vasco que, no obstante, dota su enumeración de una mayor claridad y sistematización, ordenándolos en cuatro categorías: a) aspectos relacionados con la salud laboral de la empleada o empleado público: discapacidades permanentes o tempo-

⁴² Las referencias que en este apartado se hacen al parentesco en grado de afinidad incluyen también el parentesco entre el empleado público y los parientes por consanguinidad de su pareja de hecho (art. 6.1 del Decreto castellanoleonés).

rales; b) violencia de género; c) conciliación de la vida familiar y laboral⁴³; d) tiempo y distancia de desplazamiento del domicilio al lugar de trabajo o dificultad para acceder a un servicio o transporte público para este desplazamiento; e) realización de estudios relacionados con el puesto de trabajo y f) realización de estudios reglados no relacionados con el puesto de trabajo o desarrollo de una actividad en el sector público o privado, para la que se tiene autorizada la compatibilidad (art. 6 del Decreto). Los mismos llevan asociados una puntuación a tener en cuenta a la hora de resolver la solicitud.

Similar es el sistema adoptado por el Decreto extremeño, que también designa una serie de circunstancias vinculadas a la conciliación de la vida personal y familiar, a la situación de violencia de género, al tiempo de desplazamiento al centro de trabajo, a la realización de estudios así como a la discapacidad y salud de la persona solicitante (art. 8)⁴⁴. Es de advertir que su Disp. Ad. Primera reconoce una preferencia absoluta a favor de las trabajadoras en estado de gestación, finalizando la prestación de servicios en régimen de teletrabajo una vez hayan cesado las causas que la motivaron. Para la comprobación de los requisitos de los solicitantes y, en su caso, su valoración, se constituirá una comisión, cuya composición se adecuará al criterio de paridad entre hombres y mujeres, que, en todo caso, garantizará un adecuado perfil profesional⁴⁵. Lo propio hace el Decreto riojano, que enumera entre los criterios a considerar los vinculados a la conciliación entre la vida personal y laboral, la discapacidad, la situación de violencia de género, el tiempo y distancia de desplazamiento del domicilio al lugar de trabajo o la dificultad para acceder a un servicio de transporte público, la realización por parte del empleado público de estudios reglados o relacionados con el puesto de trabajo, su permanencia en la Administración así como los medios técnicos con que cuente en su domicilio (art. 7).

⁴³ Entre los cuales se detallan a) el tener, por razones de guarda legal, a su cuidado directo algún o alguna menor de doce años o persona discapacitada física, psíquica o sensorial que no desempeñe actividad retribuida o familiar que padezca enfermedad grave continuada y conviva con el mismo o b) el tener que atender o cuidar a un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, o incluso de grado más lejano si mediara convivencia, por tener dificultades de movilidad o padecer una enfermedad grave continuada, acreditada por informe médico.

⁴⁴ En caso de igualdad en la puntuación total, se desempatará, sucesivamente, por la mayor puntuación obtenida en los distintos apartados en el orden en que están indicados. De persistir, se resolverá por sorteo público.

⁴⁵ La misma estará constituida por la persona titular de la Dirección General de la Función Pública, Recursos Humanos e Inspección o persona que la sustituya, que actuará a la sazón como Presidente; un representante de la Dirección General de la Función Pública, Recursos Humanos e Inspección, un representante de la Dirección General de Administración Electrónica y Evaluación y un representante de la Consejería afectada por el Programa de Teletrabajo aprobado en cada caso, en calidad de vocales y un funcionario de la Consejería de Administración Pública como Secretario, con voz y voto. Además, podrán asistir a las reuniones, con voz y sin voto, un representante de cada una de las organizaciones sindicales con representación en la Mesa Sectorial de Administración General.

El Decreto balear exige agotar las posibilidades de rotación, de turnicidad o de acuerdo entre las personas solicitantes, tras lo cual se autorizará a quien no haya tenido concedida, durante los dieciocho meses consecutivos inmediatamente anteriores, la prestación de servicios mediante la modalidad de teletrabajo. Si todos los solicitantes ya la han disfrutado, el reconocimiento del derecho se resolverá, una vez más, acudiendo a una serie de criterios vinculados a la conciliación de la vida familiar y personal con la laboral, a la situación de discapacidad o alteración de la salud que afecte a la movilidad, a la situación de violencia de género, a la realización de estudios reglados relacionados con el puesto de trabajo o a la distancia de desplazamiento del domicilio al puesto de trabajo. Coinciden con los supuestos anteriores en llevar aparejada cierta puntuación, de manera tal que quien alcance una suma mayor ostentará un derecho preferente a que le sea concedida su solicitud. Es de notar el detalle con el que se define cada uno de estos supuestos⁴⁶.

Por último, el Decreto valenciano se remite al programa de teletrabajo, que será el encargado de fijar el baremo aplicable a la selección del personal, que deberá ajustarse a los enumerados en su Anexo II, que alude a causas vinculadas con la conciliación, la diversidad funcional del solicitante y la distancia entre el lugar de trabajo y su domicilio.

2.2.4. *Contenido de la prestación*

Para evitar que el teletrabajo produzca desarraigo «o un cambio de hábitos y rutinas de tal magnitud que la vuelta a la modalidad presencial pueda causar algún perjuicio a la persona empleada» (art. 8 del Decreto vasco), la normativa vasca, extremeña, balear⁴⁷, valenciana y gallega establecen un límite temporal de un año, sin perjuicio de su prórroga si persisten las mismas condiciones que hayan motivado su concesión, en la Comunidad Autónoma de Galicia y en la Comunidad Valenciana⁴⁸. Por su parte, los Decretos vasco y extremeño preceptúan que el tiempo mínimo entre periodos de teletrabajo ha de ser de seis meses⁴⁹, si bien en el primero, «por razones de urgencia y necesidad de la prestación del servicio se permite la autorización de nuevos periodos de teletrabajo antes de que haya transcurrido este tiempo mínimo, de una duración no superior a dos meses». Por su

⁴⁶ Véase art. 7.4 del Decreto balear.

⁴⁷ Con arreglo al art. 8.2 del Decreto balear, «la autorización por tiempo inferior a un año se irá prorrogando automáticamente por meses, a menos que la persona autorizada comunique, antes de finalizar el plazo inicialmente autorizado o de prórroga, la voluntad de reincorporarse a la modalidad presencial al acabar el mismo».

⁴⁸ A tal efecto, la persona que teletrabaje solicitará su prórroga con una antelación mínima de dos meses a la fecha de finalización. No será necesaria la presentación del cuestionario relativo a la información de riesgos en el teletrabajo ni del test de autoevaluación de riesgos laborales siempre y cuando se mantengan las circunstancias descritas en ellos (instrucción quinta).

⁴⁹ Véase art. 4 del Decreto extremeño.

parte, el Decreto castellanomanchego permite su autorización *«por tiempo indefinido»* (art. 6.4). El programa piloto implantado por la Instrucción aragonesa prevé experiencias más breves, de tres meses de duración, aunque dichos períodos son susceptibles de prórroga, sin que se fije un límite máximo expresamente.

El Decreto balear añade a ese período máximo uno mínimo, de seis meses (art. 9), lo que se compadece mal con la voluntariedad de la prestación de servicios bajo esta modalidad, salvo que se entienda que el trabajador conserva el derecho a revertir su situación sin que haya transcurrido dicho semestre. Sin embargo, la exigencia de acreditar una causa justificativa (art. 14.3 del Decreto) para poder retornar al trabajo presencial antes de la fecha de finalización prevista⁵⁰ desmiente que en este caso el teletrabajo constituya una modalidad libremente reversible. También flexibiliza el límite máximo, previendo que después de un año se pueda prorrogar la autorización como máximo hasta dieciocho meses en total, previa solicitud de la persona interesada, *«siempre que se mantengan los requisitos y previa nueva evaluación de los criterios preferentes de autorización»*. Además, la persona interesada podrá solicitar la nueva autorización al menos dos meses antes de finalizar los dieciocho meses sin que se tenga que producir la interrupción de la prestación con esta modalidad.

En cuanto atañe a la forma en la cual se desarrollará la prestación de servicios, se advierte que las funciones no serán otras que las que el trabajador venía desempeñando en su puesto de trabajo habitual, *«salvo las ligadas a la presencia física en las dependencias administrativas»* (art. 15.3 de la Orden gallega). La pluralidad de normas examinadas conviene en regular una prestación en la modalidad de teletrabajo llevada a cabo en alternancia con el trabajo presencial. El Decreto balear impide que se puedan efectuar más de tres jornadas semanales en régimen de teletrabajo (art. 9.1). La Orden gallega comparte dicha regla y, además, impide que las jornadas sean consecutivas, salvo que así lo requieran las necesidades del servicio y así se haga constar en el informe emitido por el centro directivo. Por su parte, el Decreto castellanoleonés y el valenciano (art. 7.1)⁵¹ preceptúan que la jornada de trabajo se distribuya de manera que al menos tres días a la semana se presten de forma no presencial. El Decreto vasco también dispone el desempeño de la prestación de manera no presencial durante tres días, y de manera presencial en los dos restantes (art. 8.2). Las cuatro

⁵⁰ Solicitud que ha de realizarse con un preaviso mínimo de quince días. Una vez acreditada la causa alegada, se dictará una resolución motivada de finalización de la prestación del servicio en la modalidad de teletrabajo.

⁵¹ Aunque el valenciano se remita a lo dispuesto en el programa concreto de teletrabajo que, atendiendo a las características específicas de los puestos de trabajo, establecerá la distribución de la jornada y el sistema de control concretos, sin que en ningún caso el número de días de modalidad presencial pueda ser inferior a dos (art. 7.3). No obstante, se advierte que siempre debe existir un porcentaje del tiempo de trabajo, determinado en el programa de teletrabajo, no inferior al veinte por ciento, de la prestación de servicios de modo presencial,

normas rechazan que la jornada diaria pueda fraccionarse en ambas modalidades⁵². El Decreto extremeño fija directamente en tres los días semanales destinados a la prestación de servicios no presencial, (art. 4.2), si bien permite a las trabajadoras en estado de gestación la prestación del total de la jornada en régimen de teletrabajo (Disp. Ad. Primera). También prevé la posibilidad de cumplir la totalidad de la jornada en régimen de teletrabajo el Decreto castellanoleonés (Disp. Ad. 1.^a), ante situaciones de alerta sanitaria, u otros acontecimientos de carácter extraordinario, volviendo a alternarla con la prestación presencial cuando hayan cesado dichas causas.

Más flexible se muestra el Decreto castellanomanchego, a tenor del cual «*el porcentaje de jornada de teletrabajo nunca podrá ser superior al cuarenta por ciento de la jornada de trabajo en cómputo mensual, siendo obligada la asistencia presencial al puesto de trabajo el tiempo restante*» (art. 3.2). Al amparo de esta normativa tampoco cabrá fraccionar la jornada diaria entre sendas modalidades, pero nada impide que se teletrabaje hasta alcanzar el porcentaje máximo sin solución de continuidad (art. 3.1). También el Decreto riojano ofrece un marco normativo maleable al permitir desempeñar entre un veinte y un cuarenta por ciento de la jornada de forma no presencial (art. 14.1)⁵³. Cruzando ese límite, la Instrucción aragonesa permite que, en el marco del plan piloto que regula, el tiempo dedicado a la prestación de servicios bajo la modalidad de teletrabajo pueda llegar al cincuenta por ciento de la jornada total en cómputo semanal. La distribución concreta de ese horario se acordará entre el teletrabajador y su supervisor directo, pudiendo ser por días completos, en cuyo caso se limitará a un máximo de dos días por semana, o en una parte de la jornada diaria (art. cuarto).

Para evitar el aislamiento entre los diversos miembros del personal y propiciar las sinergias que contribuyen a la eficiencia de cualquier organización, el Decreto valenciano dispone, con buen criterio, que al menos un día a la semana coincida toda la plantilla en las dependencias físicas (art. 7.5). Asimismo, por necesidades del servicio debidamente justificadas, podrá ser requerida la presencia en el centro de trabajo del personal que preste servicios en la modalidad de teletrabajo con una antelación mínima de veinticuatro horas (art. 7.6 del Decreto valenciano). Con idéntico propósito, el Decreto vasco (art. 8.2) preceptúa que uno de los días en los que la prestación sea presencial se dedique a reu-

⁵² Art. 8.1. del Decreto castellanoleonés; art. 8.2 del Decreto vasco; art. 9 del Decreto balear y art. 7 del Decreto valenciano.

⁵³ La jornada ordinaria está establecida en treinta y siete horas y media semanales de trabajo efectivo, por lo que, el veinte por ciento de la jornada laboral semanal supone un total de siete horas y media y el cuarenta un total de quince horas. A su vez, entre las siete horas y media y las quince horas semanales, se puede establecer la acumulación en uno o dos días completos semanales, o su distribución irregular a lo largo de la semana que podrán disfrutarse bien al inicio, bien al final de la jornada; de ocho a diez y media de la mañana y de la una a las tres y media de la tarde para empleados que realicen jornada continuada.

niones de coordinación, formación, participación en proyectos comunes u otras cuestiones que determine la persona responsable de la unidad administrativa, que será además la encargada de fijarlo (art. 8.2).

Además, la Orden gallega impone, durante la jornada dedicada al teletrabajo, un deber de presencia virtual, en virtud del cual ha de tener activado el correo corporativo y el teléfono móvil, pudiendo ser requerida su presencia en las dependencias administrativas si así fuera preciso por las necesidades del servicio. A tal fin, se señalará el horario en que el personal deberá estar disponible en la resolución de concesión⁵⁴. En idéntico sentido, merece especial mención lo dispuesto en los arts. 8.5 del Decreto vasco y 7.1 del valenciano, cuando contemplan la posibilidad de fijar períodos mínimos de interconexión para la realización del trabajo, pudiendo hacerse coincidir con unas franjas horarias determinadas, en las que las necesidades del servicio hacen necesaria la comunicación entre la Administración y la persona teletrabajadora. Ciertamente, concurren razones organizativas que avalan la previsión de estos períodos de conexión, mas no deja de echarse en falta la regulación de períodos de desconexión, durante los cuales el trabajador tenga el derecho-deber de desconectar (Mella, 2016: 30) y apartarse del trabajo, habida cuenta del riesgo que el teletrabajo entraña para aquellos trabajadores propensos a padecer cierta adicción al trabajo (Pérez de los Cobos y Thibault, 2001, 80; y Mella, 1998: 663).

A fin de garantizar la correcta prestación de servicios de los empleados públicos que opten por el teletrabajo, también resulta común la previsión de actividades formativas especialmente dirigidas a estos trabajadores, aunque únicamente la norma vasca y la riojana configuran su superación como un requisito necesario para acceder a la prestación de servicios en esta modalidad no presencial⁵⁵. En su momento, el Decreto castellanoleonés ya encomendó a la Escuela de Administración Pública de Castilla y León la tarea de facilitar al personal empleado la formación relativa al desempeño de la jornada de trabajo no presencial, así a la prevención de riesgos laborales. La misma competencia ha sido atribuida al Instituto Vasco de Administración Pública, quien también ha de formar al personal teletrabajador sobre protección de datos de carácter personal⁵⁶. También la Escuela Gallega de Administración Pública llevará a cabo actividades formativas al respecto. De cara al teletrabajador, éstas incidirán en materias tales la protección de datos, la confidencialidad, los soportes telemáticos a emplear y la prevención de riesgos laborales. Es menester hacer hincapié en esta última, ya que al teletrabajador se le impone el deber de cumplir la normativa

⁵⁴ Instrucción quinta.

⁵⁵ Art. 4.1.f) del Decreto vasco, que supedita su concesión a la superación de los cursos de formación del Instituto Vasco de Administración Pública relativos a la prestación del servicio en la modalidad no presencial. Cfr. art. del Decreto riojano.

⁵⁶ Art. 17 del Decreto vasco.

en materia de seguridad y salud laboral, para lo cual se le facilita a través de la intranet un «Manual de información para teletrabajador o teletrabajadora», al cual convendría añadir de manera preceptiva formación específica y personalizada.

Se sostiene esta posición, por más que a la solicitud deba adjuntarse un cuestionario relativo a la autoevaluación de riesgos laborales en el teletrabajo⁵⁷ amén de una declaración relativa a la información de riesgos laborales en el teletrabajo. Ésta implica el compromiso de adoptar las medidas de seguridad e higiene contenidas en el citado Manual y las que, en su caso, recomiende el Servicio de Riesgos Laborales una vez evaluado el cuestionario de autoevaluación (sic.)⁵⁸. A fin de facilitar dicha tarea, el Servicio de Prevención de Riesgos Laborales prestará asesoramiento telefónico, cuando así se precise. Asimismo, la norma gallega prevé la posibilidad de acordar una inspección presencial en el domicilio del trabajador, previa autorización, habida cuenta de la especial protección de la que es acreedor el ámbito donde se ejecuta la prestación de servicios, inviolable, a fin de proteger la intimidad del trabajador y de su familia (Mella, 2015: 179).

También la norma balear hace descansar sobre el personal buena parte de la actividad preventiva, previa información recibida de la propia Administración relativa a la política en materia de salud y seguridad en el trabajo, especialmente sobre las exigencias relativas a las pantallas de datos. Es la persona autorizada la encargada de rellenar el cuestionario de autocomprobación en materia de prevención de riesgos laborales para el puesto de teletrabajo facilitado por el servicio competente en materia de seguridad y salud laboral de los empleados públicos de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears (art. 11.5 del Decreto balear). La exigencia de dicho cuestionario también concurre en el Decreto valenciano (art. 9.1), que prevé, no obstante, la solicitud de una inspección domiciliaria, voluntaria, por las razones arriba indicadas.

La norma vasca, por su parte, prevé que el Servicio de Prevención de Riesgos Laborales «facilite» al personal la evaluación de riesgos de su actividad, así como la formación e información necesaria en materia de seguridad y salud laboral para evitar dichos riesgos o, de ser inevitables, «minimizarlos y disponer la aplicación de las medidas preventivas necesarias» (art. 16). A tal efecto, se centra la atención en la formación del personal, que deberá acudir a una sesión donde se le indicará como debe acondicionar su puesto de trabajo fuera de las dependencias administrativas, y se le ilustrará sobre las nociones necesarias sobre seguridad y ergonomía en los puestos de trabajo con pantallas de visualiza-

⁵⁷ También solicitado por el art. 10.7 del Decreto castellanoleonés, donde se dispone que «los empleados deberán cumplimentar el cuestionario de autocomprobación en materia de prevención de riesgos laborales para el puesto de teletrabajo facilitado por el Servicio competente en materia de Seguridad y Salud Laboral de los empleados públicos de la Administración de la Comunidad de Castilla y León».

⁵⁸ Instrucción quinta.

ción de datos, conocimientos cuya adquisición deberá acreditar a través de un prueba. También aquí se reconoce el derecho de las personas teletrabajadoras a solicitar al Servicio de Prevención el examen del puesto de trabajo en su lugar de teletrabajo. No obstante, el relevante rol del trabajador en la aplicación de la normativa en materia de seguridad y salud en el trabajo (Mella, 2015: 175) se evidencia cuando se advierte que, en el caso de que el Servicio de Prevención recomiende adoptar medidas correctoras en el puesto de trabajo, será responsabilidad del personal teletrabajador su implantación.

De menor calado parece la competencia formativa atribuida a la Escuela Balear de Administración Pública, que acreditará el correcto cumplimiento por el personal de un cuestionario relativo las formas de cumplimiento de la jornada de trabajo no presencial, evaluación por objetivos, prevención en riesgos laborales, protección de datos, seguridad informática y confidencialidad administrativa. Ello se hará previa puesta a disposición de un «*manual de teletrabajo*» donde se recogerán los contenidos objeto de evaluación, cuestionario que se tendrá que rellenar antes de empezar cada nuevo período en la modalidad de teletrabajo (art. 12 del Decreto balear).

Más lacónico todavía se muestra el Decreto castellanoleonés, cuando atribuye a la Administración la competencia para facilitar al personal empleado público la formación necesaria para la prestación de servicios mediante teletrabajo, así como a las personas responsables de las unidades administrativas la formación necesaria en técnicas de dirección por objetivos, planificación y gestión (art. 4.4).

Procede hacer alusión también a las competencias formativas atribuidas a la Escuela Riojana de Administración Pública (art. 19 del Decreto riojano), que ha de impartir un curso destinado al personal autorizado a teletrabajar con un contenido similar a los citados anteriormente, curso cuya realización se tendrá en cuenta en futuros períodos de teletrabajo⁵⁹. Aunque la Instrucción aragonesa

⁵⁹ También el Decreto riojano atribuye al Servicio de Prevención de Riesgos Laborales el deber de facilitar al personal «la evaluación de riesgos de su actividad, así como la información necesaria en materia de seguridad y salud laboral para evitar los riesgos laborales o, si son inevitables, minimizarlos y disponer la aplicación de las medidas preventivas necesarias». Por su parte, el personal ha de acudir a una sesión formativa donde se le indicará como debe acondicionar su puesto de trabajo fuera de las dependencias administrativas, así como las nociones necesarias sobre seguridad y ergonomía en los puestos de trabajo con pantallas de visualización de datos, sesión de preceptiva asistencia, debiendo las personas empleadas acreditar los conocimientos adquiridos mediante la prueba correspondiente (art. 18). No obstante, el Servicio de Prevención les proporcionará asistencia y asesoramiento telefónico cuando lo precisen. Igualmente, los empleados públicos teletrabajadores podrán solicitar al Servicio de Prevención de Riesgos Labores el examen del puesto de trabajo en su domicilio particular. Se accederá a esa petición cuando el Servicio considere que es necesaria esa presencia domiciliaria. En el caso de que el Servicio de Prevención recomiende adoptar medidas correctoras en el puesto de trabajo, será responsabilidad del personal teletrabajador su implantación.

también contempla la recepción de formación por parte de los sujetos involucrados⁶⁰ —teletrabajadores y supervisores—, no señala órgano alguno encargado de tal cometido, como tampoco lo hace el Decreto valenciano (art. 10).

Pensando en el personal responsable de los quienes presten servicios bajo esta modalidad, se prevé facilitar una formación orientada hacia técnicas de dirección destinadas a evaluar el desempeño con base en la consecución de determinados objetivos⁶¹. Este aspecto adquiere especial relevancia, toda vez que la propia normativa, como la instrucción quinta de la Resolución gallega, recuerda que los trabajadores ejecutarán su prestación *«por objetivos, según las tareas que sean encomendadas por la persona supervisora, que será la responsable de verificar su adecuado desempeño a través de los indicadores acordados y de los medios de seguimiento de la actividad que se establezcan»*. En concreto, el Decreto vasco añade que las tareas a realizar y los resultados a obtener durante el desarrollo de la jornada de trabajo bajo la modalidad no presencial *«se fijará por acuerdo entre la persona responsable de la unidad administrativa y el empleado o empleada»*, otorgando así una mayor participación a la persona trabajadora. En caso de desacuerdo, resolverá el órgano al que esté adscrita la persona empleada, siguiendo los criterios que establezca al respecto la Dirección de Relaciones Laborales (art. 9). Aunque su escaso poder de negociación impide que esta precisión se erija en garantía del carácter razonable de los objetivos fijados, no deja de constituir un avance en el participación de la persona trabajadora en la organización del trabajo. El Decreto balear, por su parte, sólo prevé la puesta a disposición de un manual relativo a técnicas de evaluación, dirección por objetivos, planificación y gestión y formas de cumplir la jornada de trabajo no presencial (art. 12.2).

Siendo la reversibilidad⁶² en la adopción del teletrabajo una característica del mismo —salvo lo dispuesto en el Decreto balear (art. 14)—, correlato de la voluntariedad de su solicitud⁶³, ha de garantizarse el retorno a la prestación de ser-

⁶⁰ Su art. octavo contempla la necesidad de deparar formación en teletrabajo, manejo de las herramientas informáticas y de telecomunicaciones que vayan a utilizarse durante la realización del programa piloto, medidas necesarias de protección de la salud y prevención de riesgos laborales en el puesto de trabajo, protección y confidencialidad de datos, establecimiento y evaluación de objetivos y resultados y gestión eficaz del tiempo.

⁶¹ Art. 11 del Decreto castellanoleonés; art. 19 del Decreto riojano; art. 16 de la Orden gallega y art. 17 del Decreto vasco. También se prevé facilitar acciones formativas a los responsables en el art. 12 del Decreto extremeño, cuyo seguimiento será obligatorio.

⁶² A la que alude de manera directa el art. 5 del Decreto extremeño, sí como del art. 4 del Decreto riojano. Este último requiere que la renuncia sea comunicada «a la Secretaría General Técnica o Gerencia del Organismo Autónomo al que este adscrito el teletrabajador, quien la remitirá en un plazo no superior a diez días al titular de la Dirección General competente en materia de función pública, junto con una propuesta de fecha de incorporación del teletrabajador a la modalidad presencial» (art. 13).

⁶³ Aunque el Decreto valenciano exija que medie comunicación de la persona teletrabajadora, con un preaviso mínimo de quince días, no deja de tratarse de un requisito formal que no empece el carácter voluntario del teletrabajo (art. 11).

vicios presencial a instancia del trabajador. Además de por su propia voluntad, la prestación de servicios en régimen de teletrabajo se podrá revertir por causas tales como las necesidades del servicio, el incumplimiento de los objetivos establecidos así como por circunstancias sobrevenidas que alteren sustancialmente las condiciones y los requisitos que motivaron la resolución de autorización⁶⁴. El cambio de puesto de trabajo supondrá también la pérdida del derecho al teletrabajo con arreglo a la normativa gallega⁶⁵, y el mutuo acuerdo de la partes⁶⁶. El Decreto vasco prevé también la posibilidad de suspender temporalmente la prestación de servicio en la modalidad de trabajo no presencial «*por circunstancias sobrevenidas que afecten a la persona empleada o a las necesidades del servicio que justifiquen la medida*» (art. 11)⁶⁷.

Expuestos las singularidades de la regulación autonómica que se han considerado dignas de mención, huelga añadir que el personal teletrabajador tendrá los mismos derechos y deberes que el que desempeñe sus funciones en régimen íntegramente presencial, sin que pueda sufrir variación alguna en sus retribuciones. Aunque algunas normas se ocupan de subrayar este extremo⁶⁸, en la práctica la prestación de servicios en régimen de teletrabajo comporta desventajas que convendría superar. A modo de ejemplo, es de advertir que el desplazamiento de costes a que da pie la aportación y mantenimiento del material informático y el sostenimiento de la conexión a la red por parte de quienes desarrollen sus funciones bajo esta modalidad comportan una notable minoración indirecta de las retribuciones a percibir, frente a lo cual no los protege esta normativa.

⁶⁴ Se dispone que la resolución por la que se modifique o revoque la autorización de la prestación de servicios en régimen de teletrabajo deberá ser comunicada con una antelación mínima de quince días naturales (art. 15.4 de la Orden gallega). Véase también el art. 4.4 del Decreto castellanoleonés, que exige audiencia previa del personal afectado y el art. 7.1 del Decreto castellanoleonés. No obstante, este último dispone que «la autorización quedará asimismo sin efecto por la finalización del plazo establecido, en su caso, o por cese en el puesto de trabajo. Sin embargo, en el caso de cese en el puesto de trabajo como consecuencia de un cambio de puesto, el órgano competente podrá autorizar la continuidad de la prestación de servicios en régimen de teletrabajo si el nuevo puesto es de similares características al anterior y siempre que sea susceptible de prestación en régimen de teletrabajo.

⁶⁵ Instrucción quinta.

⁶⁶ Art. 12.1.d) del Decreto vasco.

⁶⁷ En la tramitación del procedimiento se dará audiencia a la persona afectada. Acreditadas las circunstancias justificativas, el órgano competente en materia de personal dictará resolución motivada de suspensión de la autorización, en la que se señalará el plazo de suspensión (art. 11).

⁶⁸ Véase el art. 9 del Decreto castellanoleonés y art. 10 del Decreto vasco.

3. Conclusión

El desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación ha hecho que éstas trascendieran su rol instrumental, erigiéndose en catalizadores de la evolución de la prestación de trabajo. Esta transformación afecta notablemente a aquellos puestos de trabajo para cuyo desempeño se requiere una mayor autonomía funcional y una formación especializada, puestos que abundan en el sector privado, pero no menos en las Administraciones Públicas. Lamentablemente, la implementación de nuevas formas de trabajo no presencial basadas en el uso de las nuevas tecnologías, como el teletrabajo, no goza todavía de reflejo en el EBEP, tras cuya refundición se ha perdido una oportunidad para diseñar un marco jurídico a partir del cual regular el teletrabajo en las diversas Administraciones Públicas.

Frente a la inactividad del legislador estatal, merecen una favorable acogida las experiencias llevadas a cabo a nivel autonómico. Diversas han sido las Comunidades Autónomas que, en ejercicio de sus competencias, han regulado la prestación de servicios no presencial a través del teletrabajo del personal al servicio de sus respectivas Administraciones. Pese a ofrecer una regulación sistemática del teletrabajo, estas normas muestran algunos extremos susceptibles de mejora. En primer término, todas ellas coinciden en identificar el teletrabajo con aquél desarrollado desde el domicilio del trabajador, pese que éste no es sino una especie perteneciente a un género que comprende todo aquel trabajo no presencial basado en el uso de las nuevas tecnologías. Lo limitado de su ámbito se comprende mejor al abordar la finalidad de dichas normas, que comparten el afán de propiciar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Siendo este un loable objetivo, convendría plantearse la regulación de otras modalidades de teletrabajo, amén de la prosecución de otros objetivos de interés social, tales como la protección del medio ambiente, la redistribución de la población o la prevención de accidentes y molestias derivados del exceso de tráfico de vehículos a motor.

En cuanto al régimen jurídico de la prestación, procede alabar la regulación de aspectos tales como el establecimiento de límites temporales que regulan la alternancia del teletrabajo con la prestación de servicios presencial, a fin de evitar el aislamiento del trabajador, si bien se echa de menos la previsión generalizada de causas debidamente justificadas que permitan, de manera temporal, una prestación desempeñada íntegramente a distancia. Por el contrario, urge replantearse la asunción de los costes inherentes al teletrabajo por parte del personal empleado público, so pena de convertir esta modalidad de prestación de servicios en un paradigma de precariedad. La previsión de actividades formativas de asistencia preceptiva se considera también un extremo a incluir, habida cuenta de la responsabilidad que asume el personal en materias como la protección de datos de carácter personal o la prevención de riesgos laborales. Aunque ya exis-

tan normas que hayan hecho suyas estas propuestas, convendría tenerlas presentes de cara a la reforma de las normas autonómicas vigentes, pero también con vistas al diseño de un marco general regulador del teletrabajo en las Administraciones Públicas.

4. Bibliografía

- BELZUNEGUI ERASO, Ángel (2008): «Teletrabajo en España, acuerdo marco y administración pública», *Revista Internacional de Organizaciones*, 1, 129-148.
- FERREIRO REGUEIRO, Consuelo (2015): «La conformación del teletrabajo en la negociación colectiva», en MELLA MÉNDEZ, Lourdes (dir.) y VILLALBA SÁNCHEZ, Alicia (coord.), *Trabajo a distancia y teletrabajo. Estudios sobre su régimen jurídico en el Derecho español y comparado*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi.
- GÁRATE CASTRO, Francisco Javier (1984): *El rendimiento en la prestación de trabajo*, Madrid, Civitas.
- MELLA MÉNDEZ, Lourdes (1998): «Sobre una nueva manera de trabajar: el teletrabajo», *Aranzadi Social*, 5, 641-666.
- MELLA MÉNDEZ, Lourdes (2003): «Comentario general al Acuerdo Marco sobre el Teletrabajo», *Relaciones Laborales*, 1, 177.
- MELLA MÉNDEZ, Lourdes (2015): «La seguridad y salud en el teletrabajo», en MELLA MÉNDEZ, Lourdes (dir.) y VILLALBA SÁNCHEZ, Alicia (coord.), *Trabajo a distancia y teletrabajo. Estudios sobre su régimen jurídico en el Derecho español y comparado*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi.
- MELLA MÉNDEZ, Lourdes (2016): «Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y la salud de los trabajadores», *Trabajo y derecho*, 16, 30-52.
- MORGADO PANADERO, Purificación (2004): «El teletrabajo: nueva forma de prestación de servicios», *Actualidad Laboral*, 16, 1911.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco (2005): «La subordinación jurídica frente a la innovación tecnológica», *Relaciones Laborales*, 10, 1315.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco y THIBAUT ARANDA, Javier (2001): *El teletrabajo en España. Perspectiva jurídico laboral*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- PURCALLA BONILLA, Miguel Ángel y PRECIADO DOMÈNECH, Carlos Hugo (2013): «Trabajo a distancia vs. teletrabajo: estado de la cuestión a propósito de la reforma laboral de 2012», *Actualidad Laboral*, 2, 214.
- SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente y KAHALE CARRILLO, Djamil Tony (2013): *Teletrabajo*, Madrid, Francis Lefebvre.
- SIERRA BENÍTEZ, Esperanza Macarena (2011): *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, Sevilla, Consejo Económico y Social de Andalucía.
- THIBAUT ARANDA, Javier (2000): *El teletrabajo*, Madrid, Consejo Económico y Social.
- THIBAUT ARANDA, Javier (2006): «Teletrabajo forzado a domicilio», *Actualidad Laboral*, 4, 386.

EL ACOSO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. UNA PROPUESTA DE INTERVENCIÓN A TRAVÉS DE LA MEDIACIÓN

Labor Bullying in the Public Administration.
A Proposal of Intervention Through Mediation

ESTHER GÓMEZ JIMÉNEZ

Mediadora Civil y Mercantil

Orcid: 0000-0002-4081-0396
DOI: 10.1387/lan-harremanak.17934

Recibido el 30 de abril de 2017
Aceptado el 11 de mayo de 2017

ABSTRACT

Este artículo pretende analizar partiendo del concepto de acoso laboral, su incidencia en el personal de las Administraciones públicas. Para ello, en primer lugar, se contextualizará el término acoso desde diferentes perspectivas, poniendo el foco de atención en la identificación de una serie de conductas que determinan los comportamientos más frecuentes. Bajo este paraguas se plantean una serie de interrogantes, así como la posibilidad de adoptar técnicas de resolución de conflictos, cómo es el caso de la mediación. Posteriormente, el estudio de protocolos de actuación y prevención frente al acoso laboral darán paso a una serie de conclusiones.

Palabras clave: Acoso laboral, mobbing, Administración pública, conflicto, mediación.

This article intends to analyse the concept of labour bullying and its incidence in the personnel of the public administrations. For this purpose, in the first place, we will establish the term mobbing from diverse perspectives, putting the focus of attention in the identification of a series of behaviours that determine the most frequent

patterns of mobbing. Under this umbrella we pose a series of queries, as well as the possibility to adopt resolution techniques for conflicts, such as the case of mediation. Later, we examine the protocols of response and prevention when facing labour bullying giving pace to a series of conclusions.

Keywords: Labour bullying, mobbing, public Administration, conflict, mediation.

SUMARIO

Sumario: 1. Introducción. 2. Contextualizando el acoso laboral. 3. Génesis del conflicto. 4. Fases del acoso y su tipología. 5. El conflicto en las Administraciones Públicas: su determinación y efectos. 6. La mediación como herramienta para la resolución de conflictos: especial referencia a protocolos de actuación y prevención. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

1. Introducción

La actualidad del mercado de trabajo caracterizado por una alta vulnerabilidad, competitividad, y variabilidad, ponen de manifiesto el hecho de que las organizaciones se vuelvan cada vez más competitivas y entiendan que es necesario renovarse. Fruto de ello, es la importancia que ha ido cobrando el uso de determinadas técnicas de formación de personal adoptadas en el ámbito del sector privado. Cada vez son más las organizaciones privadas que apuestan por la mejora de las capacidades de su personal, lo que se traduce en una mejora de sus resultados, y por tanto del clima laboral. Por el contrario, en el sector público la adopción de estas técnicas en cuanto a mejora de las capacidades se encuentra en una fase incipiente. La Administración pública se sigue caracterizando por una cultura organizacional predominantemente rígida, que en muchas ocasiones hace que la relación laboral se vea mermada. Por un lado, porque los trabajadores se ven abocados a soportar cargas de trabajo excesivas, y por otro, porque al no saber gestionarlas, se presentan episodios de estrés, desembocando en situaciones conflictivas que repercuten en el correcto desempeño de la actividad laboral.

Por lo anteriormente mencionado, se hace indispensable la adopción de técnicas y herramientas que propicien un entorno de trabajo saludable, y que sienten las bases de una cultura de resolución de conflictos. Tal y como apunta Arciniega (2012: 88)

La cultura organizacional y determinados estilos de liderazgo están siendo cada vez más identificados como factores clave en el desarrollo del acoso laboral, a lo que añade que no se trata de un problema episódico o interpersonal, sino de un problema estructural y estratégico que tiene sus raíces en factores organizativos, culturales y sociales más amplios.

Desde la antigüedad las Administraciones públicas se han caracterizado por una serie de factores que son identificados por Goiría et.al. (2007: 42)

- Excesiva rigidez de la organización que provoca un sistema cerrado, incapaz de adaptarse a las situaciones cambiantes.
- Dificultad de movilidad de los trabajadores que trabajan a kilómetros de sus domicilios, lo que dificulta la conciliación de la vida familiar y laboral, produciendo estrés y aumento de conflictos.
- Dificultad para llevar a cabo los procedimientos, el desempeño requiere más rapidez y agilidad por lo que se llevan a cabo soluciones que pueden ser arbitrarias.

Las Administraciones públicas deben evolucionar hacia un modelo de trabajo basado en la participación, equidad, y motivación de los empleados transformando su modelo de gestión en un modelo más comunicativo y eficaz.

Dado que actualmente, cada vez son más las organizaciones que deciden adoptar mecanismos de resolución de conflictos, ya sea mediante la adopción de protocolos, códigos de buenas conductas o con la formación de personal especializado, resulta de especial relevancia poner el foco de atención en la búsqueda y adopción de herramientas para la resolución de los conflictos, como es el caso de la mediación. Para García Sánchez (2007: 50)

El hecho de que los trabajadores o recursos humanos del sector público constituyan el principal input en la prestación de servicios, otorga una significativa importancia a la gestión de los mismos, constituyendo el factor de mayor valor estratégico con el que cuentan las administraciones para adaptarse al cambio. Esto hace que se propicie la adopción de nuevas técnicas en la gestión de recursos humanos que permitan potenciar las capacidades de los trabajadores, a través de la desaparición de la rigidez del tradicional modelo público.

Por tanto, la rigidez de la Administración pública ligado a cargas de trabajo excesivas, es el resultado de la proliferación de situaciones de acoso en el entorno laboral. De manera que, es necesario poner el acento en la exposición de motivos que dan origen a conflictos en las Administraciones públicas, es decir intentar dar respuestas a una serie de interrogantes ¿por qué surge el acoso en la Administración pública?, ¿por qué son acosados los funcionarios? Para poder llegar así, a vislumbrar la adopción de mecanismos que frenen este tipo de conductas. En muchas ocasiones, la organización contempla la mediación, y por ello, decide formar a una serie de empleados en técnicas de resolución de conflictos. Así, mediante el conocimiento de la misma, estos empleados se convierten en mediadores y por tanto en catalizadores del conflicto.

2. Conceptualizando el acoso laboral

Son muchos los términos que se utilizan para hacer referencia al acoso laboral. Se utilizan diferentes expresiones inglesas como *mobbing*, *bullying*, *bossing*, siendo la más conocida el término *mobbing*. La palabra «*mob*» ha sido traducida como multitud y «*to mob*» como acoso, acosar en masa a alguien. El término en español ha adquirido varias acepciones entre las que se encuentran el término acoso psicológico, psicoterror laboral, hostigamiento, etc.

En cuanto al concepto, son muchos los enfoques que toma dicho término, pudiendo valorarse desde varios ámbitos.

La Organización Internacional del Trabajo ha definido el acoso laboral como «*la acción verbal o psicológica de índole sistemática, repetida o persistente por la que, en el lugar de trabajo o en conexión con el trabajo, una persona o un grupo de personas hiere a una víctima, la humilla, ofende o amedrenta*» (OIT 2002)¹.

Desde el área de la psicología Leyman (1996: 27)

Lo define como aquel comportamiento que consiste en actitudes hostiles, frecuentes y repetidas en el lugar de trabajo que tienen a la misma persona en la punta de mira. Se trata, por consiguiente, de un proceso de destrucción, integrado por comportamientos hostiles que, observados aisladamente, podrían parecer anodinos pero cuya repetición constante tiene efectos perniciosos.

Seguidamente Piñuel (2007: 19) añade que:

Se trata de un acoso psicológico continuado y deliberado maltrato verbal o modal que recibe un trabajador de otro u otros, con vistas a reducirlo, someterlo, apocalarlo, destruirlo psicológicamente, y que consiste en comportamientos de hostigamientos frecuentes, recurrentes y sistemáticos contra él.

Desde el enfoque sociológico se considera que el fenómeno siempre ha existido (Arciniega, 2012), a lo que Molina (2001) añade que el *mobbing* es una palabra que desgraciadamente está muy de actualidad, incluso podría decirse que es un término de moda.

Desde el ámbito del derecho, el Código penal en el art. 173.1 se desprende que

el que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años. Con la misma pena serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o

¹ Informe OIT, Reunión de Expertos recomendaciones prácticas sobre la violencia y el estrés en el sector servicios

funcionarial y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima.

Para González (2009: 92)

se trata de una situación de conflicto derivada del ejercicio ilegítimo de un poder conformador o domesticador que se lleva a cabo, de un modo continuado y sistemático, a veces también con desviación de poder, por un sujeto activo (acosador) con el propósito de domeñar el alma de un sujeto pasivo (acosado) y que tiene lugar en el seno de una organización a los que ambos pertenecen, conflicto que puede llegar a ser de tal intensidad que hace extremadamente difícil al acosado, seguir desempeñando sus funciones.

De todas las definiciones anteriormente mencionadas, se extrae que el hecho debe ser continuado y que tiene lugar durante la relación laboral. Todas estas definiciones anteriormente mencionadas desembocan en una serie de características que son identificadas por Rayner y Cooper (1997: 212) agrupándolas en:

- Amenazas del status profesional.
- Amenazas a la reputación personal.
- Aislamiento.
- Carga excesiva de trabajo.
- Desestabilización.

Para Leyman (1996:7) el terror psicológico o *mobbing* en la vida laboral implica una comunicación hostil e inmoral. Se trata de una situación de conflicto en el que la víctima se encuentra en situación de desamparo e indefensión.

3. Génesis del conflicto

En cualquier organización ya sea pública o privada la existencia de conflictos es evidente, ya que éstos surgen en distintos entornos o contextos, siendo considerados inherentes a la naturaleza humana. Al referirnos al entorno laboral, es preciso conocer las causas que los originan dando como resultado, situaciones de acoso. Para ello, se hace imprescindible puntualizar y por tanto delimitar su concepto.

Para Muñoz (2003: 98) el conflicto se presenta cuando dos actores están en situación de oposición incompatible, lo que conlleva a un enfrentamiento o lucha. Sin embargo, Touzard (1981: 24) lo define como una situación en que unos actores persiguen metas diferentes o defienden valores contradictorios, o bien persiguen de forma competitiva la misma meta. De estas definiciones se establece que para hablar de conflicto debe haber al menos dos individuos y que

se perciba una situación de incompatibilidad de intereses. Haciendo alusión al origen del mismo, el conflicto es entendido a través de la conflictología, según Vinyamata (2003: 323)

Disciplina que ha de ser capaz de educar en los aspectos característicos de la transformación, con la finalidad de que las partes puedan regular sus conflictos por ellas mismas, haciendo uso de su empoderamiento, y con el objetivo último de reconstruir las relaciones humanas por medio de la reconciliación.

La conflictología, como sostiene Muñoz (2003: 101)

No implica actuar con presión o violencia, sino más bien examinar los déficits o insatisfacción de alguna necesidad, estableciendo diferencia entre los conflictos de intereses en los que las partes intentan hacer primar sus privilegios y ventajas sobre la otra parte.

Tal y como apunta Quera (2003: 140) la cooperación es la clave, se necesitan colaboradores para alcanzar soluciones «*viables, creativas y válidas*», dado que son las personas las que tienen la facultad de regular sus conflictos, siendo la vía más importante, el diálogo. A continuación, se detallan los tipos de conflictos según sus causas, atendiendo a la clasificación dada por Moore (1995: 62)

- Conflictos de relación: Se deben a fuertes emociones negativas, percepciones falsas o estereotipos, a escasa o nula comunicación, o a conductas negativas repetitivas.
- Conflictos de información: Se dan cuando a las personas les falta la información necesaria para tomar decisiones correctas, están mal informadas, difieren sobre qué información es relevante, o tienen criterios de estimación discrepantes.
- Conflictos de intereses: Están causados por la competición entre necesidades incompatibles o percibidas como tales. Los conflictos de intereses resultan cuando una o más partes creen que para satisfacer sus necesidades, deben ser sacrificadas las de un oponente. Los conflictos fundamentados en intereses (dinero, recursos físicos, tiempo, etc.), o de procedimiento, o psicológicos (percepciones de confianza, respeto, etc.).
- Conflictos estructurales: Son causados por estructuras opresivas de relaciones humanas. Estas estructuras están configuradas muchas veces por fuerzas externas a la gente en conflicto. Escasez de recursos físicos o autoridad, condicionamientos geográficos (distancia o proximidad), tiempo (demasiado o demasiado poco), estructuras organizativas, etc.
- Conflictos de valores: Son causados por sistemas de creencias incompatibles. Los valores son creencias que la gente emplea para dar sentido a sus vidas. Las disputas de valores surgen solamente cuando unos intentan imponer por la fuerza un conjunto de valores a otros.

En relación a los actores implicados, se clasifican de la siguiente forma:

- Conflicto intrapersonal o intrapsíquico: El origen de los conflictos incluye ideas, pensamientos, emociones, valores, predisposiciones, impulsos, que entran en colisión unos con otros.
- Conflicto interpersonal: Este tipo de conflictos ocurre entre las personas individuales, ejemplo, jefe y subordinado, amigos, etc. La mayoría de la teoría sobre negociación y mediación se refiere a la resolución de los conflictos interpersonales.
- Conflicto intragrupal: Este tipo de conflicto se da dentro de un pequeño grupo: dentro de las familias, corporaciones, clases, etc. En este nivel se analiza como el conflicto afecta a la capacidad del grupo para resolver sus disputas.
- Conflicto intergrupalo: En éste último nivel el conflicto se produce entre dos grupos: ejemplo, sindicatos y patronal, etc. En este nivel el conflicto es muy complicado debido a la gran cantidad de gente implicada y a las interacciones entre ellos.

De todos esos conflictos los más notorios en la Administración pública son los conflictos interpersonales y los estructurales.

4. Fases del acoso laboral y su tipología

Leyman (1996) identificó cuatro fases que dan origen a situaciones de acoso laboral:

Fase 1: De conflicto: en esta fase se da la existencia de problemas puntuales que por una lado pueden solucionarse a través del diálogo o por el contrario pueden ocasionar un problema más profundo, si es así, se da paso a la siguiente fase.

Fase 2: De Mobbing o Estigmatización: En esta fase aparece el hostigamiento hacia la víctima de manera sistemática, prolongada. En este momento se puede hablar de acoso psicológico.

Fase 3: De intervención de la organización: el conflicto trasciende a la organización. Se plantean dos situaciones: por un lado el conflicto puede ser resuelto positivamente por medio de la investigación y tomando las medidas pertinentes (amonestación, sanción) o por el contrario no se toma en cuenta y la situación no es sancionada como es debida. Si no se adoptan las medidas oportunas desencadenan la cuarta fase.

Fase 4: Exclusión de la vida laboral. En esta fase el trabajador presenta un deterioro de su estado anímico lo cual se traduce en largas temporadas de baja médica.

En las organizaciones privadas el trabajador decide abandonar el trabajo, en la Administración pública podría elegir un cambio de destino (forzoso). En

cuanto a la tipología del acoso laboral, según Abajo (2004), se distinguen diferentes manifestaciones:

- *Mobbing* horizontal: se da entre trabajadores de misma escala jerárquica. Para Leyman (1996), las causas de este tipo de acoso se resumen en un grupo de trabajadores fuerza a otro a conformarse con las normas fijadas por la mayoría, enemistad personal, falta de trabajo o aburrimiento o discriminación hacia la víctima por presentar alguna diferencia.
- *Mobbing* descendente: Quien ostenta el poder acosa a uno o varios trabajadores situados en un nivel inferior dentro de la escala jerárquica.
- *Mobbing* ascendente: Consiste en aquella en la que una determinada persona que ocupa un cierto grado jerárquico de tipo superior dentro de la organización es acosada por uno o varios de sus subordinados.
- *Mobbing* mixto: se trata de un tipo de acoso que conjuga el vertical descendente y horizontal. Se produce con motivo de que la jerarquía superior no tome medidas al respecto o permita que el acoso laboral continúe a sabiendas de éste (Escudero y Poyatos, 2004).

De estos tipos de acoso, el más grave es el descendente puesto que supone una condición de inferioridad en la víctima, la cual se encuentra muy limitada para poder reaccionar.

Tras lo anteriormente mencionado, en el ámbito de las Administraciones públicas los conflictos que se suelen dar identificados por Ramió (1996), son: a) conflictos entre los puestos de naturaleza política y los de naturaleza profesional, b) conflictos entre los funcionarios que pertenecen al cuerpo general y los funcionarios que pertenecen a cuerpos especiales, c) conflictos entre los diferentes modelos profesionales de la administración, expresados por grupos (A, B, C, D y E).

5. El conflicto en la Administración Pública: su determinación y efectos

En el sector privado es muy frecuente terminar pronto con el problema objeto de conflicto, sin embargo en el sector público se intenta la sanción e incluso el traslado forzoso de la víctima².

² Libro Blanco «Los riesgos psicosociales en la Administración». Resultados del Barómetro Cisneros V sobre violencia en el entorno laboral en las Administraciones públicas. El Barómetro Cisneros es un cuestionario desarrollado por el profesor Iñaki Piñuel, para sondear el acoso laboral en las organizaciones. Se compone de 43 ítems que objetivan y valoran conductas. Mirar también *Informe UMIST* de la Universidad de Manchester, estudio llevado a cabo en una muestra de 5.288 personas de organizaciones profesionales diferentes. Disponible en: <http://www.adapttech.it/old/files/document/19764Destructiveconfl.pdf>.

El conflicto como apunta Quera (2003:125) tiene su origen en actos de *violencia, presión, abusos de poder*.

El acoso laboral o *mobbing* evoluciona después de un cierto tiempo de conflicto (Leyman, 1996) a veces, muy rápidamente, otras veces después de semanas o meses. En ese sentido, Arciniega (2012) alude a que en el proceso del *mobbing* si no se «abre» el conflicto, la víctima no puede defenderse, ni argumentar, ni criticar al acusador. Asimismo, Einarsen (1999) considera que en los ambientes donde no se maneja constructivamente los conflictos se puede intensificar la frustración y los desacuerdos, generando esto problemas interpersonales dentro de la organización, donde el objetivo último para las partes implicadas es machacar y destruir al oponente. Según Luna (2003: 45)

En los casos en que existe una relación de poder entre los que intervienen en el proceso, incluso en los que ocupan categorías laborales idénticas, ocurren situaciones en las que se otorga más poder a una parte que a otra por motivos de antigüedad, vínculos con personas cuyo poder es aún mayor, o ubicaciones en departamentos con algún peso específico.

Escudero (2005) apunta a que este tipo de hostigamiento donde se produce con más frecuencia es en los centros del Sector Público, tal y como menciona la Asociación Española contra el Acoso Psicológico, especialmente en los sectores educativo y sanitario. Actualmente muchas de estas organizaciones no cuentan con mecanismos para afrontar y administrar el proceso. Estudios recientes realizados en los últimos años, afirman que el acoso laboral ha aumentado considerablemente en Europa, más significativamente en países del norte³.

Al hablar de Administraciones públicas, Molina (2001: 2) considera el acoso:

Como el resultado de las leyes de inercia histórica y la obsolescencia de buena parte de sus paradigmas de regulación organizativa, predominan las estructuras cerradas, el reglamentismo y una cultura de gestión que sigue considerando el poder y el control como valores prioritarios para conseguir la eficacia, frente a otros parámetros propios de las organizaciones de empresa, como la productividad, la eficiencia, la competitividad o, incluso, la racionalidad.

De igual forma Rivas (2005) sostiene que entre las posibles causas podemos encontrarnos, la estabilidad funcional, su régimen de promoción y ascensos y ocupación de determinados cargos de responsabilidad, como las posibles causas explicativas del acoso en la función pública. Seguidamente Einarsen y Hauge

³ Informe Eurofound: «La violencia y el acoso en el lugar de trabajo en Europa: alcance, repercusiones y políticas en el lugar de trabajo en Europa», del 27/02/2015, disponible en: https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef1473es1.pdf

(2006: 255) mencionan como posibles causas la aparición de desequilibrios de poder.

Lo anteriormente expuesto hace alusión a las causas que desencadenan el acoso laboral en la función pública, no hay que olvidar que en el Estatuto Básico del Empleado público se tipifica tal conducta como falta disciplinaria muy grave (art. 95)⁴, a su vez en el en el art. 14⁵ del citado Estatuto se menciona el respeto a la intimidad, y que dicha conducta se produzca dentro de la relación laboral.

Así pues se plantean una serie de interrogantes sobre ¿qué conductas serían calificadas como constitutivas de acoso laboral? y ¿cuáles serían sus efectos? Atendiendo a lo dispuesto en el *protocolo* de actuación del acoso laboral de la Administración General de Estado⁶ se recogen una serie de conductas que se consideran acoso laboral:

- Dejar al trabajador sin ocupación efectiva durante un tiempo, dejarlo in-comunicado, sin ninguna causa que lo justifique.
- Dictar órdenes de obligado cumplimiento con los medios que al trabajador se le asignan, ocupar al trabajador con tareas inútiles o que no tienen valor productivo.
- Llevar a cabo acciones de represalia frente a trabajadores que han planteado quejas, denuncias o demandas frente a la organización, o frente a los que han colaborado con los reclamantes. Insultar o menospreciar repetidamente a un trabajador.
- Reprenderlo reiteradamente delante de otras personas.
- Difundir rumores falsos sobre su trabajo o vida privada.

Tras hablar de los motivos, resulta indispensable el conocer los efectos que el acoso laboral produce, no sólo en la figura del trabajador, sino también en la propia organización. Así pues, a nivel psicológico Leyman (1996: 168) afirma que las repercusiones más habituales están relacionadas con estados de ansiedad que pueden generalizarse a otras situaciones de la vida cotidiana. En este sentido, los efectos que produce una situación de acoso en el trabajador pueden ser

⁴ Estatuto básico del empleo público, art. 95.2.b) falta disciplinaria muy grave, «*toda actuación que suponga discriminación por origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, lengua, opinión, lugar de nacimiento o vecindad, sexo o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, así como el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso moral, sexual, y por razón de sexo*».

⁵ Art. 14. Derechos individuales, h) respeto a su intimidad, orientación sexual, propia imagen y dignidad en el trabajo, especialmente frente al acoso sexual y por razón de sexo, moral o laboral.

⁶ Protocolo de actuación frente a la violencia en el trabajo en la Administración general del Estado y los organismos públicos vinculados o dependientes de ella. Resolución de 26 de noviembre de 2015, de la Secretaría de Estado de las Administraciones públicas, por la que se aprueba dicho protocolo. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2015/12/10/pdfs/BOE-A-2015-13388.pdf>

el desencadenante de una baja médica. En relación a las consecuencias en la organización, se produce un incremento en la rotación y por ende una disminución de la productividad.

Con respecto a la rotación, actualmente en las investigaciones existentes sobre el acoso laboral, existen estudios que muestran, que la rotación en el trabajo es una consecuencia, por el sentimiento de abandono hacia el puesto de trabajo que muestra la víctima (Hoel y Cooper, 2000: 5) por el contrario, Tepper (2000: 183) pone de manifiesto que las dificultades de encontrar un nuevo empleo debido a la inestabilidad del mercado laboral, evitan que muchas víctimas de acoso teman abandonar su trabajo. El resultado es un empeoramiento de la situación, que lleva a los trabajadores a una situación improductiva.

Como se observa, se pone de manifiesto, que resulta necesario atender y por tanto, poder dar respuesta a esas cuestiones que suscitan inseguridad en el trabajador ocasionando un ambiente hostil. A día de hoy, sigue siendo un problema real, que no sólo incide en la salud del propio trabajador, sino que incide directamente en los resultados de la propia organización. Es necesario poner en práctica instrumentos, dotar al trabajador de técnicas y herramientas, que no sólo regulen sino que también lo protejan, para poder luchar así contra la lacra del acoso laboral.

6. La mediación como herramienta para la resolución de conflictos en el sector público. Especial referencia a protocolos de actuación y prevención

Existen diversas formas para prevenir las conductas de acoso, en el caso que nos ocupa se menciona la mediación, como método alternativo de resolución de conflictos.

De la mediación se puede decir que tiene una larga historia. Desde siempre han existido fórmulas de mediación con la intervención de un tercero neutral para dirimir los conflictos. En España, tras la aprobación de la Ley 5/2012 de Mediación de Asuntos Civiles y Mercantiles, se ha hecho hincapié en el uso de la misma. Fruto de la notable relevancia que ha ido cobrando la mediación, al ser extrapolada a diversos ámbitos, surgen numerosas definiciones.

En concreto, Haynes (1995: 11) define la mediación como un proceso en el cual una tercera persona ayuda a los participantes a manejar el conflicto. A la definición dada por Haynes se suma la establecida por Folberg y Taylor (1996: 27) para quienes la mediación:

Es aquel proceso en el que los participantes junto con la asistencia de una persona o personas neutrales aíslan sistemáticamente los problemas en disputa con el ob-

jeto de encontrar opciones, considerar alternativas y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades.

Concepto que es completado por Moore (1995: 44) quien subraya que:

La mediación es la intervención en una disputa, de un tercero imparcial y neutral que carece de poder de decisión para ayudar a las partes en disputa a alcanzar voluntariamente su propio acuerdo mutuamente aceptable.

En resumen, estas tres definiciones comparten que la figura de un tercero es clave en un proceso de mediación y que la imparcialidad y la neutralidad son dos características esenciales en todo proceso de mediación. En cuanto a la neutralidad para Guillén y de Diego (2010: 71)

La neutralidad es una característica básica, el mediador es un tercero neutral, el que ejerce la neutralidad desde la participación y el compromiso, el que ejerce una autoridad equilibrada, poniéndose al servicio de las partes.

Así pues, tal y como sostiene Novel (2010: 72) el mediador no forma parte de los intereses de la organización, ni forma parte de las partes en conflicto, ni tiene intereses en ello. Al hablar de mecanismos de adopción de medidas de actuación y prevención adoptadas por organismos públicos nos encontramos con que en muchas ocasiones el mediador es designado por el Comité de Seguridad y Salud, es decir por la propia organización. Ante tal cuestión, es necesario preguntarse si al pertenecer a la propia organización el mediador sería todo lo neutral que tiene que ser o si por el contrario el hecho que sea externo a la organización, le llevaría afrontar el caso con más neutralidad e imparcialidad.

A continuación se plantean una serie de protocolos establecidos por Ayuntamientos en los que se contempla la mediación como herramienta frente situaciones de acoso laboral, y en los que se alude a la figura del mediador.

El *protocolo* de actuación para la erradicación del acoso laboral establecido por el Ayuntamiento de Alcorcón⁷ (Madrid), se basa en actuaciones que persiguen la investigación, la persecución y la sanción de aquellas conductas que sean calificadas de acoso laboral. En este *protocolo* se distinguen dos formas distintas de acoso⁸, por un lado, la denominación de conducta de acoso en la cual están enmarcadas actos y conductas humillantes, vejatorias, intimidatorias, ofensivas,

⁷ Protocolo de prevención y erradicación del acoso laboral en el Ayuntamiento de Alcorcón y sus organismos autónomos: Código Ético de 4/02/2009 disponible en: <http://www.solidaridadobrera.org/2009/02/04/protocolo-de-prevenci-erradicaci-el-acoso-laboral-en-el-ayto-de-alcorc-ooa-co-ico/>

⁸ Definición de acoso del protocolo de prevención y erradicación del acoso laboral del Ayuntamiento de Alcorcón, en el art.3 se distinguen dos formas distintas de acoso laboral.

etc. Por otro lado, el proceso de acoso, en el cual se engloba las actitudes repetidas o persistentes, perpetradas o por una o más personas, de forma verbal, psicológica o física, en el lugar de trabajo y que tiene por consecuencia la vejación, la degradación, el menosprecio, y las coacciones.

En este *protocolo* que contempla la mediación, se da la singularidad de que la figura del mediador es designada por el Comité de Seguridad y Salud, el cual se hará cargo de la formación de un grupo de trabajo en prevención de riesgos psicosociales de carácter permanente e interno.

Seguidamente el Ayuntamiento de Casares⁹ (Málaga) en su *protocolo* de prevención y actuación en caso de acoso también contempla que el caso sea tratado a través de la mediación, considerando la figura del mediador. El mismo será designado por el Comité de Seguridad y Salud, pero apunta a que deberá ser una persona distinta a las que componen el Comité de Seguridad y Salud, garantizando así aún más la imparcialidad y la confidencialidad del proceso de mediación, siendo estas características intrínsecas del proceso de mediación.

Por su parte, el *protocolo* de actuación frente al acoso del Ayuntamiento de Granada¹⁰, además de incluir la mediación, propone la formación en mediación mediante un curso de especialización en habilidades sociales y personales, incluyendo la mediación, el control de estrés, o la resolución de conflictos. En caso de denuncia de acoso laboral la misma será investigada por una Comisión de Análisis y Valoración, la cual propondrá el acto de mediación, que será llevado a cabo por un miembro de los designados por el Comité de Seguridad y Salud laboral para formar parte de la Comisión de Análisis y Valoración, distinto de los titulares de ésta.

En el caso del Ayuntamiento de Villanueva de Segura (Murcia)¹¹ en su *protocolo* de actuación en caso de acoso laboral se desprende que si se trata de una situación de conflicto, se propone la actuación de un mediador, admitido por las partes, pero nada dice al respecto sobre el nombramiento del mediador, si tiene que formar parte de la organización o si tiene que ser un mediador externo.

Como se evidencia, en estos protocolos figura la mediación como vía para la resolución del conflicto, pero nada dicen al respecto de la formación en me-

⁹ Protocolo de prevención y actuación en los casos de acoso laboral, sexual y por razón de sexo u otra discriminación, en el Excmo. Ayuntamiento de Casares (Málaga) disponible en: http://www.casares.es/export/sites/default/MUNICIPIOS/29041/es/archivos/ficheros/arc_20161110_66590.pdf

¹⁰ Protocolo de prevención y actuación ante posibles situaciones de acoso laboral, acoso sexual, acoso por razón de sexo ante cualquier discriminación en el ámbito laboral en el Ayuntamiento de Granada, disponible en: <http://www.granada.org/inet/wordenanz.nsf/93953ad78e19e38ec125735500246d99/4f9dd426a3df8724c1257f53002e3b95!OpenDocument>

¹¹ Protocolo de actuación frente al acoso en el entorno laboral del Ayuntamiento de Villanueva del río Segura (Murcia) disponible en: http://www.villanuevadelsegura.es/plan-contra-el-acoso-laboral-15/Protocolo_contra_el_acoso_laboral_Villanueva-del-Rio-Segura.pdf

diación y en técnicas para la resolución de los conflictos, sólo un *protocolo* de los mencionados esboza la idea de la formación en gestión de conflictos.

7. Conclusiones

Este artículo ha tratado de mostrar la importancia de considerar los factores organizacionales en la constitución y el desarrollo del acoso laboral, en particular, la articulación de una serie de características que definen la gestión del personal de la Administración pública.

Son muchas las definiciones que existen de acoso laboral desde diferentes ámbitos, aquí se ha mencionado el ámbito de la psicología, el derecho, la sociología, que llevan a destacar que el acoso laboral tiene como singularidad la actitud de hostigar y la persistencia de las conductas, que dan como resultado la situación de acoso.

En cuanto a los conflictos que se dan en el seno de las Administraciones públicas caben destacar los conflictos interpersonales y los conflictos estructurales, y la distinción en cuanto a la gestión de personal de las organizaciones privadas que cada vez más, se están adaptando al nuevo mercado laboral, caracterizado por una alta competitividad, lo que hace que los recursos humanos sean el valor más importante de la organización. Por el contrario, en las Administraciones públicas falta esa cultura de gestión basada en los recursos humanos y en la adopción de políticas que mejoren las capacidades de su personal. Hace falta un replanteamiento de roles, y una mayor participación del trabajador público.

Cabe reseñar la importancia de la formación del personal. De los protocolos, mencionados anteriormente sólo uno contempla la formación en resolución de conflictos, y ninguno contempla que el mediador sea externo a la organización, por lo que la neutralidad e imparcialidad del mediador en el caso puede verse amenazada. La falta de un modelo consensuado entre los diferentes protocolos mencionados, en lo que se refiere a la figura del mediador, ya que aun contemplándolo, muchos hacen alusión a que sea parte del Comité de Seguridad y Salud y al pertenecer a la misma organización pareciera que el principio de neutralidad se viera amenazado. Por lo que la neutralidad, en la figura del mediador plantea todo un desafío.

Sin embargo, el óbice más significativo es la falta de unificación en la figura del mediador y la falta de formación en gestión de conflictos. En muchos casos el mediador formaría parte de la propia organización, lo cual podría verse por los trabajadores como una amenaza, no creyendo en la neutralidad ni en la propia mediación como un método para resolver un conflicto de tal envergadura.

En definitiva, es necesario la unificación de criterios en cuanto a la adopción de estos protocolos, mayor formación en gestión de conflictos al personal de las Administraciones públicas, investigar en acciones llevadas a cabo a través de la mediación en el tema que nos ocupa, para poder detectar tanto fortalezas como debilidades. Es preciso determinar qué experiencias hay en este campo, y poner el acento en seguir avanzado y en comprobar si la mediación es un método efectivo para tratar el acoso laboral en el ámbito de las Administraciones públicas.

8. Bibliografía

- ABAJO OLIVARES, Francisco Javier (2006): *Mobbing. Acoso psicológico en el ámbito laboral*, Buenos Aires, Lexis Nexis.
- ARCINIEGA ARCE, Rosa Silvia (2009): «El Acoso Moral (Mobbing) en las Organizaciones Laborales». *Revista Psicología Iberoamericana*, Vol.17, núm.2, 13-23.
- EINARSEN, Stale y HAUGE, Lars (2006): «Antecedentes y consecuencias del acoso psicológico en el trabajo: una revisión de la literatura», *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones*, vol. 22(3), 251-273.
- ESCUADERO, José Francisco y POYATOS, Gloria (2004): *Mobbing: Análisis multidisciplinar y estrategia legal*, Barcelona, Bosch.
- FOLBERG, Jay y TAYLOR, Adam (1996): *Mediación: resolución de conflictos sin litigio*, México, Limusa Noriega Editors.
- GARCÍA SÁNCHEZ, Isabel María (2007): «La Nueva Gestión Pública: evolución y tendencias». *Revista Presupuesto y gasto público*. Instituto de Estudios Fiscales, 47, 37-64.
- GOIRÍA ORMÁZABAL, Juan Ignacio, OLAIZOLA NOGALES, Iñaki, SAN SEBASTIÁN, Javier (2007): «La dimensión preventiva: evaluación y planificación de los riesgos psicosociales en las administraciones públicas», en Marcos González, Juan Ignacio y Molina Navarrete, Cristóbal (coords.), *El Mobbing en las Administraciones públicas: cómo prevenirlo y sancionarlo*. Navarra, Thomson Aranzadi.
- GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco (2009): *La dignidad del hombre y el acoso psíquico en el trabajo que se presta en una Administración pública*, Pamplona. Thomson Reuters. Aranzadi.
- GUILLÉN GESTOSO, Carlos y DE DIEGO VALLEJO, Raúl (2010): *Mediación: Proceso, tácticas y técnicas*, Madrid, Pirámide.
- HAYNES, John (1995): *Fundamentos de la mediación familiar: manual práctico para mediadores*, Madrid, Gaia.
- HOEL, Helge y COOPER, Cary (2000): *Destructive conflict and bullying at work*. Manchester School of Management, University of Manchester, UK, Institute Science and Technology.
- LEYMANN, Heinz (1996): «Contenido y Desarrollo del Acoso Grupal Moral (Mobbing) en el Trabajo». *European Journal of Work and Organizational Psychology*, Vol. 5, núm. 2, 165-184.
- LUNA LOZANO, Manuel (2003): *Acoso Psicológico en el Trabajo (Mobbing)*, Madrid, Editorial GPS.
- MOLINA NAVARRETE, Cristóbal (2001): «La tutela frente a la violencia moral en los lugares de trabajo: entre prevención e indemnización», *Revista de Aranzadi Social*, núm. 18.

- MOLINA NAVARRETE, Cristóbal (2006): «La tutela frente al acoso moral en el ámbito de la función pública: cómo vencer las persistentes resistencias» en Correa Carrasco, Manuel, *Acoso Moral en el Trabajo. Concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 235-271.
- MOORE, Christopher (1995): *El proceso de mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos*, Barcelona, Ediciones Granica.
- MUÑOZ BELMAR, Alejandro (2003): «El juego de rol recurso metodológico para la resolución de conflictos escolares» en Vinyamata, Eduard. *Aprender del conflicto: conflictología y educación*, Barcelona, Graó, 95-110.
- NOVEL MARTÍ, Gloria (2010): *Mediación Organizacional: Desarrollando un modelo de éxito compartido*. Instituto Complutense de mediación y gestión de conflictos, Madrid, Editorial Reus.
- PIÑUEL, Iñaki (2007): El mobbing o acoso psicológico en el trabajo, en Mir Puig, Carlos (dir), *El mobbing desde la perspectiva social, penal y administrativa*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 15-83.
- PIÑUEL, Iñaki y OÑATE, Araceli (2004): *Informe Cisneros: libro Blanco, Riesgos Psicosociales en la administración: La incidencia del mobbing y el Burnout en la AEAT y La IGAE*, Madrid, Sindicato Gestha.
- QUERA COLOMINA, Pilar (2003): «El conflicto; escuchar, aprender y crear», en Vinyamata, Eduard. (ed.), *Aprender del conflicto. Conflictología y educación*, Barcelona, Graó, 123-142.
- RAMÍO MATAS, Carlos (1999): *Teoría de la Organización y de la Administración Pública*, Madrid, Tecnos.
- RAYNER, Charlotte y COOPER, Cary (1997): «Workplace bullying: myth or reality can we afford to ignore it». *Leadership and Organization development Journal*, 18, 211-214.
- ROGERS, Kimberly y CHAPPELL, Duncan (2004): «Prevención y respuesta ante la violencia en el trabajo». *Informes OIT*, núm.68, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- TEPPER, Bennett (2000): «Consequences of abusive supervision». *Academy of Management Journal*, 43(2), 178-190.
- TOUZARD, Hubert (1981): *La mediación y la solución de conflictos*, Barcelona, Herder.
- VINYAMATA CAMP, Eduard (2003): *Aprender del conflicto: conflictología y educación*, Barcelona, Graó.

LAN ARRISKUEN PREBENTZIOAK BEHAR AL DU ESTANDAR PRIVATURIK? ISO 45001 ESTANDARRA AZTERGAI*

Does the Occupational Health and Safety Field Need a Private
Standard? Shedding light on the ISO 45001

ANDER IBARLOZA ARRIZABALAGA

Finantza Ekonomia I Saila
UPV/EHU

ERLANTZ ALLUR ARANBURU

Enpresen Antolakuntza Saila
UPV/EHU

IÑAKI HERAS SAIZARBITORIA

Enpresen Antolakuntza Saila
UPV/EHU

Orcid: 0000-0003-2807-1225

Orcid: 0000-0002-4220-6942

Orcid: 0000-0002-9337-1374

DOI: 10.1387/lan-harremanak.17935

Recibido el 30 de abril de 2017

Aceptado el 1 de junio de 2017

ABSTRACT

■ *Kudeaketa eta enpresa-autorregulaziorako estandarren fenomenoak bilakae-
ra arrakastatsua izan du azken hiru hamarraldietan. Fenomeno oso konplexua da,
horniketa-kate globala artikulatzeko presioek markatutakoa eta estatuek nazioarte-*

* Artikulu hau Eusko Jaurlaritzak finantzaturiko IT1073-16 ikerketa-taldearen baitan garatu da.

ko testuinguruan hainbat esparrutan —esaterako, ingurumenari edo langileen eskubideei buruzkoetan— arautzeko erakutsi duten gabeziaren argitan gertatzen ari dena. Badira hainbat urte fenomeno hori lan arriskuen prebentzioko esparrura iritsi zela, OHSAS 18001 estandarra sortu zenean, hain zuzen ere. Egun, lan arriskuen prebentziorako kudeaketa arautuko lukeen ISO 45001 estandarraren proiektuak gaiari buruzko ezbaia areagotu du. ISO 45001en diseinu eta onarpen prozesua luzea eta gatazkatsua suertatzen ari da, eta esparru akademikotik ez zaio behar bezalako arretarik eskaini. Balizko izaera «teknikoa» duten hurbilpen soilak edota aztergai den fenomenoari nolabaiteko jarraipen akritikoa ematen dietenak dira nagusi. Eta ikuspegi horiek muzin egiten diote izaera oso konplexua duen fenomeno honen zenbait aurpegi aztertzeari. Gabezia hori betetzeko asmoz ISO 45001 estandarraren nondik-norakoa aztertzea da artikulu honen helburua. Prozesuari buruz interes-talde desberdinek dituzten desadostasunak jasotzen ditu artikulua; funtsean bi motatakoak. Batetik, forma eta eduki zehatzei dagozkien desadostasunak. Eta bestetik, sakonagoak: lan arriskuen prebentzioa gidatzeko estandar pribatu baten beharra bera ere zalantzan jartzen dutenak.

Hitz gakoak: lan arriskuen prebentzioa, autorregulazioa, kudeaketa estandarrak, OHSAS 18001, ISO 45001.

JEL deskribatzaileak: M100, F010.

El fenómeno de los estándares de gestión y de la autorregulación empresarial ha frugado con éxito en las tres últimas décadas. Se trata de un fenómeno muy complejo que se produce en un contexto globalizador marcado por presiones para articular una verdadera cadena de suministro global y por la incapacidad de los estados para ejercer una regulación pública en determinados ámbitos de actuación, como el medioambiental o el relativo a los derechos de los trabajadores. Este fenómeno hace años que llegó al ámbito de la prevención de los riesgos laborales con el estándar OHSAS 18001, pero en estos días está experimentando un nuevo auge con el proyecto de lanzamiento de la nueva ISO 45001, un estándar privado que pretende regular los mencionados aspectos. El proceso de diseño, aceptación y lanzamiento de este estándar está siendo largo y conflictivo, aunque no esté siendo analizado debidamente desde el ámbito académico. Priman las aproximaciones de carácter «técnico» o los que muestran cierto seguidismo respecto al propio fenómeno objeto de estudio, sin analizar siquiera las distintas caras de un fenómeno muy complejo y en muchas ocasiones de conflicto social. Con el fin de satisfacer la citada laguna, este artículo pretende arrojar luz sobre la norma ISO 45001. Las conclusiones evidencian dos tipos de discrepancias principales. Por una parte, las discrepancias de forma y de contenidos concretos y, por otra, discrepancias de fondo como las que ponen en duda la razón de ser del propio estándar.

Palabras clave: prevención de riesgos laborales, autorregulación, estándares de gestión, OHSAS 18001, ISO 45001.

■ *The generation and dissemination process of standards for corporate self-regulation had been a successful phenomenon in the last three decades. It's a very complex phenomenon fostered by the pressure to adopt global supply chains and in the context of the inability on the part of governments to pursue public regulation in certain areas of activity such as the environmental issues or the one of the rights and duties of workers. Indeed, several years ago, when the OHSAS 18001 was launched, this phenomenon arrives to the field of occupational health and safety. Nowadays, the process of design and launching of the ISO 45001 standard is turning out to be a complex issue and some discussions are definitely back. Nevertheless, the design and launching process of ISO 45001 has been an under researched issue in the scholarly literature as in the published analyses priority is given to those approaches of a 'technical' nature or to rather acritical perspectives that simply appear to rehash previous literature with regard to the phenomenon itself subject to study. In order to fulfill the mentioned gap this contribution aims at shedding light on the ISO 45001 standard. The article analyses the very different perspectives about the ISO 45001 standard by diverse stakeholders. Two main type of discrepancies could be pointed out. First, discrepancies in terms of form and specific content. Second, underlying discrepancies such as those that raise doubts about the final purpose of the ISO 45001 standard itself.*

Keywords: occupational safety and health, self-regulation, management standards, OHSAS 18001, ISO 45001.

SUMARIOA

Sumarioa: 1. Sarrera; 2. ISO estandarrak eta enpresen autorregulazioa; 3. Lan Arriskuen Prebentzioaren arloko estandarizazioa eta ISO 45001 sortzeko egitasmoa; 4. ISO 45001en sorkuntza: zaharra-berri?; 5. Ondorioak; 6. Eskertza; 7. Bibliografia.

1. Sarrera

Estandarizazioak koordinazio eta erregulazio tresnak dira, merkatu, erregulazio publiko, hierarkia edo antolaketa formalak bezalako tresnekin alderatu daitezkeenak. Ekonomia global batean, normalizazioa eta berak eskaintzen dituen baliabiderik gabe —estandar edo zehaztapen teknikoak— eragile desberdinen arteko trukea erabat korapilatuko litzateke. Bereziki enpresa jardueraren externalizazioa eta deslokalizazioa oinarrizko elementu estrategikotzat hartzen dituen egungo testuinguru ekonomikoan. Hala, ezinbestekoa da gutxieneko homogeneotasun gradu batera heltzea mundu mailako benetako horniketa kateak artikulatu ahal izateko. Eta kudeaketa estandarrek helburu hori dute. Bestalde, estatuek ingurumen edo langileen eskubideen inguruko jarduera esparruetan erregulazio publikoa ezartzeko duten ezintasuna dela eta, kudeaketarako estandar pribatuen inguruan interesa areagotu egin da. Izan ere, estandar hauek enpresen autorregulaziorako mekanismo gisa funtziona dezakete.

Kudeaketa estandarren arrakasta eskenatoki honetan gauzatu da azken hiru hamarkadetan. Estandar horien artean, zalantzarik gabe, kudeaketa sistemen estandarrak (*Management System Standards*, ingelesez; MSS aurrerantzean)¹ izan dute arrakastarik handiena azken urteotan, literatura akademikoan metaestandar bezala ere ezagunak direnak (Heras-Saizarbitoria eta Boiral, 2013 eta Uzumery, 1997). Brunsson eta Jacobsson-ek (2000) prozesu administratiboetarako estandar gisa definitzen dituzte, eta Furusten-ek (2000), organizazioak nola diseinatu eta kudeatu zehazten dituen estandar moduan. Aurrera genezake, Estandarizaziorako Nazioarteko Erakundeak (*International Standardization Organization*, ingelesez; ISO aurrerantzean) jaulkitako MSSek lortu dutela sona handiena.

MSSak borondatezko kode, jarraibide edo prozedurak dira, izaera oso ezberdineko kudeaketa jarduerak formalizatu, sistematizatu eta legitimatzeko en-

¹ MSS kontzeptuaren onarpenari buruz, ikus: Corbett *et al.*, 1999; Delmas, 2003; Neumayer eta Perkins, 2004.

presek erabiltzen dituztenak (Boiral eta Heras-Saizarbitoria, 2015). MSS hauek produktu edo prozesu jakinek bete beharreko eskakizun tekniko eta arauengandik desberdinu behar dira. Estandar hauek kalitatearen kudeaketa (ISO 9001), ingurumenaren kudeaketa (ISO 14001) eta enpresen gizarte erantzukizuna (SA8000, ISO 26000) bezalako alderdien estandarizazio edo homogeneizazioari lotetsita daude. Beraien sorrera, egitura, ezarpen eta hirugarrenen ebaluazio ereduari erreparatuz gero antzeko metodologia darabiltela esan genezake.

Ondorengo orrietan azalduko ditugun arrazoiak direla medio, egundaino ISOk ez du izan lan arriskuen prebentzioaren arlorako aipaturiko ezaugarriak betetzen dituen estandar proiektu sendorik. Baina, azken garai honetan aldaketak iritsi dira eta ISO 45001aren definizio prozesua martxan jarri da. Interes-talde batzuen arreta bereganatu duen prozesu konplexu eta gatazkatsua da, zinez. Bereziki, prozesu honek langileen ordezkarien aldetik jaso ditu enbata nagusiak. Gure harridurarako, ordea, gai hauei ez zaie akademia arloko lanetan arretarik eskaintzen. Praktikaren arloan, estandarraren interes komertzialaren ustezko onurak nabarmentzen dituzten lanak dira nagusi. Eta estandarraren sorrera prozesuarekin eta bere izateko arrazoiarekin erlacionatutako lan kritikoak urriak izan dira, nagusiki sindikatuetaordezkarien eskutik (Robertson, 2016; Torres, 2017). Literaturan antzeman den hutsune honetaz ohartuta, artikulua honen helburua lan arriskuen prebentziorako autorregulazio eta estandarizazio fenomeno eta, bereziki, ISO 45001aren sorrera fenomeno ikuspegi akademikotik aztertzea da.

2. ISO estandarrak eta enpresen autorregulazioa

Hasierako metaestandarrek kalitate kudeaketaren arloan dute jatorria; zehazki, industria militarren arloan, lehenbizi, eta automozio industriaren arloan, ondoren (autogintza multinazional handien metaestandarrekin, esaterako, Ford-en Q101 estandarra). Hirugarrenen aldetik eginiko zertifikazioan oinarritutako metaestandar hauek kudeaketa sistemen ikuskaritza eta auditoria jarduerak kanpoko enpresa independente batera externalizatzen dituzte (erakunde zertifikatzaile deitua). Hastapenetan, ikuskaritza eta auditoria lan horiek enpresa erosle edo azpikontratatzailleari zegozkion (bigarren mailako zertifikazioa deritzan jarduera), baina kostuak murrizte aldera aipatu externalizazio estrategia hobesten da.

80. hamarkadaren erdialdera fenomeno berri batekin aurkituko gara, ISO 9000 estandarraren² agerpenarekin, alegia. Estandar hau enpresetan kalita-

² 2000. urteko bertsoiaz geroztik, kudeaketa sistema bat inplantatzeko eredu zertifikagarri bakarra ISO 9001 estandarrak eskaintzen duen arren, ISO 9000 estandarrak hitz egiten da, serie bereko beste estandarrei ere erreferentzia egiteko; gauza bera gertatzen da ISO 14001 eta ISO 14000 serieekin ere.

tea bermatzeko sistemak ezarri eta zertifikatzeko oinarri bezala finkatu zen. Sorreran jatorri europarra zuen baina, denbora igaro ahala, nazioarte mailan gero eta indar handiagoa hartuz joan zen. Mundu mailako zabaltze prozesuan, Europar Batasuneko herrialdeetan hedatu zen lehen fase batean. Izan ere, Europar Batzordea bezalako erakundeek aktiboki sustatu zuten enpresek estandar hauek ezar zitzaten, bereziki, 1992an, Europako merkatu bateratua sortzeko aurrera eramandako harmonizazio prozesuaren baitan. Estandar hauen inplementazioari esker, enpresa handiek (besteak beste, automozio sektoreko multinazionalak) asko aurreztu zuten, hein batean, hornitzaile eta azpikontratututako enpresei egiten zizkieten ikuskaritza saioak nabarmen murriztu zituztelako. Geroago, ISO 9000 estandarrak izandako arrakastaren ildotik, 1996an, ISO 14000 estandar sorta sortu zen. Horien artean, bere ezarpenean izandako arrakastagatik aipamen berezia merezi du ISO 14001 estandarrak, organizazio bateko ingurumen kudeaketarako sistema batek bete beharreko baldintzak jasotzen dituen.

Garbi utzi beharra dago metaestandarrek ez diotela helburu edo emaitza jakin baten betearazpenari erreferentzia egiten. Beste hitzetan, ez dira emaitzekin lotutako estandarrak (*performance standards*). Aitzitik, enpresa kudeaketarekin erlazionatutako prozesuak aurreikusitako prozedura jakinetan sistematizatu eta formalizatzeko beharra ezartzen dute. Azalpen hau emateak badu bere arrazoia. Izan ere, behin baino gehiagotan, enpresek estandarren zertifikazioa ekoizten duten produktuaren kalitatearen etiketa bezala erabili izan dute, horrek sortu ditzakeen gaizki-ulertuekin. Bada, ISO 14001 estandarrak ez ditu ingurumen helmugak zehazten, bai ordea, ingurumenean eragina izan dezaketen jardueren inguruan enpresak bete beharreko lan sistematikaren betekizun batzuk. Hala, maiz, estandar hauei gehiegizko burokratizazio eta zurruntasunerako joeragatik kritika egin izan zaie. Aipagarria da, bestalde, estandar hauen ezarpena borondatezkoa dela, nahiz eta zenbait sektoretan, *de facto*, derrigorrezkotzat ere hartzen den. Honen haritik, enpresa handiek eta administrazio publikoek izan duten *preskribatzaile* paper garrantzitsua nabarmendu izan dute hainbat ikerketa akademikok. Lehen metaestandarrak kalitatearen arloan sortu izan baziren ere, aurrerago enpresako esparru desberdinei erreferentzia egiten dieten metaestandarrak sortzen joan dira, nahiz eta fenomeno honen jatorria dela eta, kalitate kudeaketaren arloari lotzeko joera egon den.

Metaestandarren azterketak inplikazio ugari ditu, eta horregatik, nazioarteko ekonomia, enpresa kudeaketa —eta zehazki, eragiketen zuzendaritza—, zuzenbidea edo organizazioen soziologia bezalako ezagutza esparru ezberdinetatik aztertu izan da, guztiak ere erlazionatuta egon arren (Heras-Saizarbitoria eta Boiral, 2013). Ekonomia orokorraren eta nazioartekoaren ikuspegitik, fenomenoaren enpresen autorregulazioarekin lotu izan da. Ingurumen eta langileen eskubideen esparruetan erregulazio publikoa gauzatzeko estatu ezberdinek duten ezintasuna dela eta, metaestandarren inguruko interesa gero eta nabariagoa da. Sarri askotan kontuan hartzen ez bada ere, ISO estandarren garapenak eta he-

dapenak inplikazio ugari ditu. Horrela, maiz albo batera uzten den enpresen autorregulazioaren fenomenoarekin duen lotura aipa daiteke. Brunsson eta Jacobsson (2000), Christmann eta Taylor (2001) edo O'Rourke (2006) egileek aipatzen duten modura, estatuetak gobernuek zenbait jardute esparrutan (ingurumena edo nazioz gaindiko langileen eskubide eta betebeharren arloak, esaterako) beharrezko erregulazio publikoa aurrera eramateko duten ezintasun edo borondate faltagatik enpresen autorregulazioarenganako interesa areagotu egin da. Eta honek, kudeaketa estandarren fenomenoan eragin handia izan du.

Testuinguru honetan, Potoski eta Prakash-ek (2005) argudiatzen dute borondatezko programak indartzearen arrazoietako bat, jarraipen eta kontrol-lanak egiteak administrazioari dakarkion kostu esanguratsuekin erlazionatua dagoela. Egile hauen ustez, enpresa eta erregulatzailen arteko kooperazio lana, gatazka bera baino eraginkorragoa da. Hortaz, borondatezko erregulazioa are eta aproposagoa izango da, indarrean dagoen legediarekin bat datorren neurrian. Haratago joanda, esan genezake borondatezko programen eraginkortasunak testuinguru jakin bateko baldintzak ezinbesteko dituela: garatutako sistema ekonomiko bat, enpresa edo produktuen marka identitateen existentzia, edota erregulazio zorrotzak, esaterako. Honekin guztiarekin ondoriozta daiteke erregulazio eta borondatezko praktiken sustapenaren arteko konbinazio egoki batekin, gobernuek egungo erakunde borondatezko programen bateragarritasuna bermatu beharko luketela. Egile horien iritziz, borondatezko programak, enpresa eta erregulatzailen arteko konfiantza eraikitze ahalegin bezala ulertu daitezke.

Boiral-entzat (2003), autorregulazioak azken bi hamarraldietako politika publikoen joerarekin bat datorren erakunde gobernatzeko modu berria erakusten du, erregelamenduzko eta konfrontaziozko kontrol ikuspegi batekin baino, betekizun ezberdinen kontziliazio logika batean oinarrituta. Bere hitzetan, bi logika hauek —bata garapen bidean dagoena, eta bestea, esku-hartzailea—, ez dira elkar-baztertzailak, erabat osagarriak, baizik. Erregelamendu edo ekimen publikoetatik ez datozen estandarrak erabiltzeak, hau da, enpresen eta merkatuko indarren arteko akordioetatik datozen erabakiek, ezin dezakete, inolaz ere, estatuak gai hauetan izan dezakeen esku-hartzerako beharra edo legezatasuna zailantzan ipini. Hargatik, zenbait egilek borondatezko erregulazioa erregimen hibrido bezala hartzen dute, erakunde publiko eta pribatuak, printzipio, estandar, programa edo sistemen sorrera eta hedapenean inplikazio altua duten ingurune batean (Clapp, 1998; Mendel, 2002). King *et al.*-entzat (2005) ingurumen edo lan arriskuen prebentzio arloko ISO estandarrak, mundu mailako autorregulazioerako estrategia zabalduenak dira, euren borondatezko izaeraz gain, parte-hartzaileak errekonozitzeko eta gainontzekoak zigortzeko ustezko arduradunak, oro har, eragile pribatuak direlako, eta ez horrenbeste, autoritate publiko bat.

Baina, esan bezala, inplikazio hauek hainbat hurbilpen espezializatu edo teknikoetan albo batera uzten dira, eta askotan ISO estandarrak bezalako fenomeno

jakinen ezagutza akademikoaren garapena moteltzen dute. Estandar berrien jaulkipena aztertzen duten ikerketen adibide konkretua bi arazoren aurrean aurkitzen da egun. Batetik, ikuspegi orokor batetik, autorregulaziorako elementu hauek aztertzen dituzten ikerketa gehienek gutxi sakontzen dute tresna propioetan. Bestetik, estandar berrien edo hauen sorrera prozesuan oinarritzen diren azterketa-lanetan, *stakeholder*-ek, estandar horien sustatzaileek, edota erakunde zertifikatzaileek azpimarratzen dituzten azaleko kontuak baino ez dira ikertzen (merkataritza interes nabarmenekin). Literatura akademikoan, ordea, aurrekoaren salbuespen gisa hartu daitezkeen lanak ere argitaratu dira, Tamm-Hallstrom (1996) eta bere jarraitzaileenak (Boström eta Hallström, 2013), kasu, nazioarteko kudeaketa estandarren sorrera prozesuaren analisia helburu dutenak. ISO 14001 estandarri dagokionez, esaterako, oso gutxi izan ziren ingurumen kudeaketarako lehen estandar honen jaulkipena aztertu zuten lanak (bereziki aipagarria, Haufler, 1999). ISO 26000 estandarren kasuan, ordea, bere sorrerak eragin zuen polemika dela eta, akademikoen arreta gune izan zen (Schmiedeknecht, 2008; Balzarova eta Castka, 2012; Helms *et al.*, 2012; Bres, 2013).

3. Lan Arriskuen Prebentzioaren arloko estandarizazioa eta ISO 45001 sortzeko egitasmoa

Lan Arriskuen Prebentzioaren³ arloko ISO estandar baten abiarazte prozesu hau bigarren saiakera da. Lehen prozesuaren abiapuntuan Lanaren Nazioarteko Erakundea (*International Labour Organization*, ingelesez; ILO aurrerantzean) eta BSIren (*British Standards Institution*, ingelesez; BSI aurrerantzean) arteko liskarra ageri zaigu. Berau 1995ean kokatzen da, garai hartan kontsideratu baitzen laneko osasun eta segurtasunaren kudeaketarako ISO estandar bat garatzea ez zela egokia (Rubio, 2002). Hala ere, kontuan hartuta arlo honetan zegoen kudeaketa estandar baten hutsunea, batetik, eta BS 5750 eta BS 7750 estandarren arrakasta, bestetik, 1996ko maiatzean, BSIk ez-zertifikagarria zen gida bat argitaratu zuen: BS 8800 gida, laneko segurtasun eta osasunaren kudeaketa sistemei buruzkoa. Sektore honetako interes-taldeek (*stakeholders*) ere estandar baten eskaria gero eta ozenago planteatzen zuten, ISO 9001 eta ISO 14001 estandarrekin integragarria litzatekeen estandar batena, hain zuzen ere. Hau horrela, estan-

³ Terminologiari dagokionez aztergai dugun esparrua izendatzeko euskaraz lan arriskuen aurreikuspena edo lan arriskuen prebentzioa terminoak erabiltzen ditugu —gaztelaren (*prevención de riesgos laborales*, PRL akronimoaz ezaguna dena) eta frantsesaren (*prévention des risques professionnels*, PRP akronimoaz ezaguna) eraginez. Nazioartean, ordea, ingelesaren nagusitasunaren eraginez, oso bestelako terminoarekin izendatu ohi da esparru hau. Hain zuzen ere, laneko segurtasuna eta osasuna terminoarekin, alegia, *Occupational Safety and Health* edo *Occupational Health and Safety*, bietara (OSH zein OHS akronimoak erabiltzen direlarik).

darrak, zirriborroak, ereduak eta sistemak, eta kudeaketa-jarraibideak ugaritzen hasi ziren (Redinger eta Levine, 1998).

Egoera honetan bi ikuspegi nagusitu ziren. Lehen ikuspegi batetik, ILOren jarrera zena, sistemen ugaritzeak laneko segurtasun eta osasunaren kudeaketa kontzeptuen nahasmena eragin zezakeela defenditzen zuena (Plant eta O'Reilly, 2003; Reich, 2002). Bide honetatik, 1997an, laneko osasun eta segurtasunaren kudeaketa sistemen jarraibideak garatzen hasi ziren. Ezaugarri bezala diseinu globala, integratua, borondatezkoa eta ez-zertifikagarria zituen. Azkenik, 2001. urtean argitaratu zen ILO-OSH 2001 (ILO, 2001; Knutsen, 2006). Bigarren ikuspegitik, sistema horien eskariaren handitzea ikusirik, BSIk ISO bat sortzearen aldeko jarrera hartu zuen eta, 1998an, ISO estandar zertifikagarri baten zirriborroa garatu zuen. Zirriborro hau BS 8800 gidaren egituraren oinarritua zegoen baina ez zen ISO bezala onartua izan. Horrela, OHSAS (*Occupational Health and Safety Assessment Series*, ingelesez; OHSAS aurrerantzean) proiektuaren taldeak zirriborro hau prozesatu egin zuen, ikuspegi globala eman zion eta ISO 9001 eta 14001 estandarrekin erraz integratzekoa eta bateragarria izateko egokitu zuen. Horrela argitaratu zen OHSAS 18001, 1999an, ISO 18001 bihurtzeko asmo argiarekin. Hala ere, bere garaian ICFTU⁴ elkarte zena aurka jarri zen. Bere argudioa, laneko segurtasun eta osasuna enpresa handien baitan geratzaren arriskuan oinarritzen zen, azpimarratuz gai horiek landu eta jorratzeko espazio egokia ILO eremua zela (Rubio, 2002). Beraz, laneko osasun eta segurtasunaren kudeaketa estandarra egiteko ISOk gidatutako saiakerak oposizio gogorra jasan zuen nazioarteko enpresari eta sindikatuen organizazioen aldetik, elkarrizketa sozialari eman beharreko papera erreibindikatu (Robertson, 2016).

Bi ikuspegi arteko desberdintasunak nabarmenak ziren. Alde batetik, ILOk langileen interesak egokiago babesten zituela zirudien, kudeaketan langileen parte-hartzea barneratuz eta enpresako langileen doako eta lanorduetan gauzatzen den trebakuntza gomendatuz. Planteamendu honek sindikatuen babesa lortu zuen. Beste aldetik, BSIk enpresaren kudeaketaren jarrera pragmatikoa erakusten zuen. ISO estandarrek zabaldu eta ezartzeko sare sendo bat zuen bere alde. Urteak igaro ahala, ISO 9001 eta ISO 14001 estandarren difusio zabal baten ondorioz, gero eta nabarmenagoa zen zertifikazio hirukoitzen pakeetan barneragarria litzatekeen segurtasun eta osasunaren inguruko ISO estandar baten premia. Bereziki, ISO estandarra onar zedin onura komertziala bilatzen zuten interes-taldeak ziren argudio hau balioesten zutenak. Gainera, estatu desberdinetan onarturiko OHSASen nazioarteko 40 bertsio baino gehiago zeuden, OHSMS (*Occupational Health and Safety Management Systems*, ingelesez; OHSMS aurrerantzean) oinarri zuten estandar, jarraibide eta ikuskaritzetaz gain

⁴ International Confederation of Free Trade Unions (ICFTU) gerora, 2006an, World Confederation of Labour (WCL)-ekin elkartu eta gaur egungo International Trade Union Confederation (ITUC) da.

(Robson *et al.*, 2007). Horrela, 2013. urtean, ISOk OHSAS Project Group-en proposamena onartu zuen eremu honetan nazioarteko estandar bat garatzen hasteko (AENOR, 2014). ISOren eta normalizaziorako organismo nazionalen (*National Standards Bodies*, ingelesez; NSBs aurrerantzean) ikuspegitik kontsideratu zen etorkizuneko ISO 45001ak ez zuela berrikuntza gehiagorik barneratuko kontzeptuen arloan, aurretik OHSAS 18001ean erabilitakoak izango zirelako. Egituraren alderditik ere ez zen aldaketarik espero. Azken finean, ISO metaestandarrekin lerrokagarriak eta bateragarriak izateko egitura amankomun batean oinarritu beharra baitzeukan (*high-level structure*), era berean SL eranskina⁵ dokumentuan oinarrituta zegoena.

Aipatu beharra dago OHSAS 18001 lehendabizikoz 1999. urtean argitaratu zela, ISO 14001 baino hiru urte geroago. Haserako unetik bateragarria zen ISO 9001 (Pheng eta Pong, 2003) eta ISO 14001 (Bernardo *et al.*, 2009) estandarrekin, nahiz eta 2007. urteko bertsioak hobekuntzak barneratu zituen, eta kalitatearen eta ingurugiroaren kudeaketari buruzko ISOekin bateragarritasuna hobetu zuen. Horrela, ISO 9001, ISO 14001 eta OHSAS 18001 Kudeaketa Sistema Integratuen pakete gisa inplementatzen hasi zen (Jorgensen, Remmen eta Mellado, 2006; Qi *et al.*, 2013; Salomone, 2008; Zeng, Shi eta Lou, 2007). Difusioari dagokionean, OHSAS 2011ko inkestaren arabera, 92.302 OHSAS 18001 zertifikazio eman ziren 2011ko abenduaren 31rako. Kopuru honek, azken bi urteetan %69ko igoera eman zela suposatzen du. Halere, ISO 14001 zertifikazioen eta, are gehiago, ISO 9001 zertifikazioen kopurura iristeko bide luzea dago egiteko.

Lehendabiziko saiakera hutsal honen ondoren, ISOren erabakia laneko arriskuen kudeaketarako estandar bat abian jartzea izango da, OHSAS 18001 estandarren erroari jarraituz. Era honetan, normalizaziorako organismo nazionalak (NSBs) denbora luzez eginiko eskabideek ere erantzuna jaso zuten. ISOk bide oztopotu honi ekiteko erabakia hartzen duen unean, lehendabiziko komunikazioa ILOri egiten dio, zeinak 2001ean prebentzioaren kudeaketarako jarraitbideak argitaratu zituen, garaiko erreferente zirenak. ILOk gonbidapena onartu eta, 2013an, osasun eta segurtasunaren kudeaketarako sistemen inguruko 45001 estandarren prozesuari ekiten zaio. Urte bereko urrian, proiektuaren batzorde teknikoa ISO/PC 283 Londresen bildu zen ISO 45001 estandarren lehen zirriborroa onartzeko, oinarrian OHSAS 18001 estandarra zeukalarik.

2014. urtean lehendabiziko zirriborroa aurkeztu zen, jarraian emendakinen fasera igaroaz. Dokumentuak 18.000 emendakin jaso zituen. Batzorde teknikoak lehen proiektu bat gauzatu zuen, eta bere inguruan bozkatu zuten 2015. urtean batzorde nazionalak. Lehendabiziko bozketa honetan proposatu-

⁵ Annex SL: ISOk 2012. urtean onarturiko dokumentua, metaestadarren egitura erregularizatu eta, bere sustatzaileen aburuz, estandarren arteko bateragarritasuna hobetzeko sortua.

riko proiektuak aldeko bozka gehiago jaso zituen kontrakoak baino. Bozka kopurua, ordea, ez zen izan testuari behin betiko izaera aintzatesteko adinakoa (Torres, 2016). Ondorioz, proiektu berri baten sortze prozesua abian jarri zen, 2016. urteko maiatzean bozkatua izan zena eta, oraingoan ere, babes nahikorik lortu ez zuena. Honen harira, gogoratu beharra dago, ISO estandarren ohiko garapen epea 3 urtekoa dela (Jones, 2015), nahikoa denbora adostasuna eta nazioarteko babesa duen estandarra lortzeko. Baina, kasu batzuetan, ISO 45001 adibide, prozesua denboran aipatu epea baino gehiago luza daiteke.

ISO 45001 estandarren zirriborroaren hitzaurrean, laneko segurtasun eta osasunaren esparruan estandar baten beharra justifikatzen da. Horrela, ILOk argitara emaniko datuak azaleratzen dira, lan arloan emaniko 2,3 milioi heriotz eta hildakorik gabeko 300.000 istripuak mahai gainean jarriz. Egoera honen aurrean, prebentzioaren eremuan eman daitezkeen aurrerapausu guztiak eman beharra nabarmen uzten da. Horretarako, laneko segurtasun eta osasunaren kudeaketarako sistema bat proposatzen da, nazioarte mailako bi lan lerroak (ILO eta BSI) bateratzeko ahalegina eginez.

Alde batetik, ILOren laneko segurtasun eta osasunaren kudeaketarako sistemei buruzko jarraibideak ILO-OSH 2001 leudeke (ILO, 2001). Honek, laneko segurtasun eta osasunaren kudeaketarako sistema (ILO, 2011), lanaren nazioarteko arauak (laneko segurtasun eta osasunekoak barne) eta auditoretza matrize bat barneratzen ditu. Jarraibide hauek erabiliz, auditoreek OSH arloan enpresen jarduera neurtzeko aukera izango lukete, ILO-OSH 2001 estandarrean jasotako 16 balioekin alderatuz, ahultasunak identifikatu eta hobekuntzak proposatzeko xedearekin (ILO, 2013a).

Bestetik, OHSAS 18001 legoke, zeinaren erreferente zuzena BS 8800 gida den, *British Standards Institution* (BSI) delakoak garatua, ISO 9000 eta 14000-ren egile bera, alegia. Honen harira, kontutan izan beharra dago OHSAS 18001 egokitasunez integratu daitekeela ISO 9001 eta 14001 estandarretarra eta hauen osagarri dela. Gainera, praktikaren arloan, ILO-OSH estandarrek baino izen hobea duen estandarra litzateke.

Horrela, sustatzaileen aldetik adierazten denez, ISO 45001 estandarren helburua lanari lotetsiriko heriotza eta osasunaren kalteen prebentziorako erreferentziatzko marko bat ematea da (ISO/DIS 45001). Era berean, ISO 45001ak aurretiazko bideari jarraitu nahi diola azpimarratzen da eta OHSAS sareek eskaintzen dituzten baliabideak erabat erabilgarritzat jotzen dira. ILO eta BSIren artean, BSIk finkaturiko irizpideari jarraitzen dio, moldaketak erraztuz eta igarotze epe egokiak ezarriz OHSAS zertifikazioak dituzte enpresek ISO 45001 zertifikazioak lor ditzaten. Izan ere, ISO/DIS 45001ek eta OHSAS 18001 estandarrek galdatzen dituzten baldintzen artean parekotasun handiak ematen dira.

4. ISO 45001en sorkuntza: zaharra-berri?

ISO 45001en garapen prozesuan, interes-taldeek perspektiba oso ezberdineko ekarpenak egin dituzte, ISO 14001 (Haufler, 1999) eta ISO 26000arekin (Balzarova eta Castka, 2012) gertatu zen antzera. 2013an ISO/PC 283 proiektuaren batzordea osatu zenean, adostasun mailarik handiena lortzeko xedearekin, IOE (*International Organisation of Employers*, ingelesez; IOE aurrerantzean), ILO eta ITUC (*International Trade Union Confederation*, ingelesez; ITUC aurrerantzean), besteak-beste, batzordean parte hartzera gonbidatuak izan ziren. Hiruek onartu zuten, nahiz eta azken biek zuhurtzia nabarmenagoa erakutsi zuten. ILOk, estandarren lanketa prozesua garatu asmoz, 2013an, ISO eta ILOren arteko Akordio Memoranduma onartu zuen (*Memorandum of Understanding*, ingelesez MoU), zeinak ISO behartzen zuen ILOren estandarren xedapenak «errespetatu eta babesa ematera».

Aipatu dokumentuan garbi uzten da, «gatazka kasuan», ILOren estandarrak ISOren proiektuei gailenduko zaizkiela eta, ondorioz, azken hauek birformulatu beharko lirakeela (ILO, 2013b). Bere aldetik, ITUCek bere afiliatuei inoiz adierazi dienez, ITUCek ISO prozesuan parte hartzeak ez du ISO estandarren onarpen automatikoa suposatzen. Hala, zenbait kasutan objektzioak jarri izan dizkiote beraien aburuz ILOrena den eremu batean ISO barneratzeari. ITUCen parte-hartzeak langileen interesei babesa ematea du xede, aurreikusten baita, onartuz gero, lantzen ari den estandar honek erabilera zabala izango lukeela. Era berean, parte-hartze horrek esangura berezia hartzen du kasu honetan, ILOren eta IOEren inplikazioa jasotzen baitu (ITUC, 2016). Orotara, 54 estatu parte-hartzaile, 15 estatu begirale eta 17 kide bitartekari leudeke barneratuta prozesuan.

Onarpen prozesuaren epeei erreparatuz, hasieran ezarritako epeek DIS proiektua 2014. urtearen bukaerarako aurreikusten zen, FDISen azken zirriborroa 2015. urterako eta ISO estandarra 2016. urtearen bukaerarako. Baina epe hauek ez ziren bete arestian aipaturiko desadostasunak medio. 2016. urteko maiatzean bozkaturia izan zen eta ez zuen beharrezko babesik lortu. Hor-taz, ISO 45001 proiektua baztertua izan zen. Izan ere, bozkatzera deituta zeuden 58 kideetatik, %28k kontrako bozka eman zuen, %25ean ezarritako muga gaindituz. Kontrako bozka horien artean zeuden Frantzia, Alemania, Italia, Espainia, Australia, Kanada eta Estatu Batuak ordezkatzeko dituzten organizazioak (Eurogip, 2016).

Badira, ordea, ISO 45001 estandarren lanketa prozesuaren, eta baita eduki beraren, balorazio ezkorragoa egiten duten interes-taldeak. Honen harira, ondorengo lerroetan, laburki bada ere, prozesuan hautemandako arazo edo tirabira nagusiak islatuko ditugu. Arazo edo tirabira horiek bi taldetan sailkatu genitzake: batetik, formazko arazoak eta, bestetik, eduki zehatzen inguruko auziak.

Formazko arazoei gagozkielarik, kontzeptuzko eta terminologiazko zehaztapenen ingurukoa da lehendabizikoa. Lehenik eta behin, *lan arrisku* terminoaren definizioak sortarazitako auzia dugu hizpide. Interes-talde batzuen aburuz, proposaturiko definizioak argi-itzalak edukitzeaz gain, berau europar zuzentarau markoak eta estatu gehienetako araudiek jasotakotik asko aldentzen da. Era berean, ISO/DIS 45001 dokumentuak jasotzen dituen zehaztasunen artean *langilea* «antolaketaaren kontrolpean lana egiten duen edo jarduerak gauzatzen dituen pertsona» bezala definitzen da. Baina, egun, antolaketa askotan ikus daitekeena da langileak ez direla enplegatu zuzenak soilik, azpikontraturiko langileak eta beste antolaketa batzuetako enplegatuak ere izan baitaitezke. Ildo bertsuan, eremu honetan oinarritzkoa den *langileen ordezkari* terminoaren inguruan ere desadostasunak nabarmendu dira, besteak beste, ILOrekin (Dunmire, 2016). Azkenik, *lantoki* terminoaren definizioa ere ez da baketsua izan, ezen ISO 45001 zirriborroak leku fisiko bati egiten baitio aipua (eraikuntza, tailer edo fabrika bezala ulertuta), prebentzio modernoak erabiltzen duen definiziotik aldenduz, langileak edozein lan gauzatzen duen lekuaren definiziotik, alegia (Torres, 2016).

Formazko auzietan sakonduz, kontzeptualak ez diren hainbat gairekin aurki gaitzke. Alor honetan, ILOk plazaraturiko kritika batzuek aipa genitzake. Hain zuzen ere, ILOk 2016ko otsailean argitaratu zuenez, kezkarriak diren alderdiak ditu proiektuak, hala nola, zertifikapena duten antolaketek langileei doako babes pertsonalerako ekipo eta trebakuntza ematearen inguruan gordetzen den isiltasuna (ILO, 2013b). Ez da garbi azaltzen noren gain joan beharko luketen babes pertsonalerako ekipamenduen kostuak, gai honetan europar araudiak enpresaren kargura doala garbi xedatzen duen arren. Antzeko isiltasun jokoak egiten da, baita ere, ISO 45001aren aplikazio eremuan langileen ordezkariak beharko luketen bermearen gain.

Edukizko auzien inguruan, aipatu beharra dago sindikatuak izan direla prozesu honekiko interes-talde kritikoena; baita estandarraren lehendabiziko zirriborroekiko ere. ITUCen esanetan, kritikagarria da anbiguotasunekin jokatzeko enplegataileek arauzko baldintza guztiak betetzeko duten betebeharrari buruzko aipamenak egitean eta baita ere langileen partehartze eredia zehaztean. Ildo honetan, Sindikatuen Europar Konfederakundeak (*European Trade Union Confederation*, ingelesez; ETUC aurrerantzean) ISO 45001 proiektuaren aurkako jarrera erakutsi zuen. ETUCek azpimarratzen du OHS (*Occupational Health and Safety*, ingelesez; OHS aurrerantzean) langileen oinarritzko eskubide bat dela eta Europar Batasunak jada OHSren inguruko 24 zuzentarau onartuta dituela, langileei beraien lantokian izan beharreko babesaren gutxieneko maila ezartzeko helburuarekin eta, era berean, langileek beraien eskubideak baliatzeko beharrezko mekanismoak aitortuz. Laburbilduz, interes-talde honek adierazi duenez, ISO 45001 eztabaidatua izan zen edukiarekin onartua izan balitz, laneko segurtasun eta osasunaren sustapenerako garaturiko arauzko egiturek lorturiko aurre-erapausoak arriskuan leudeke.

Aurrekoetz gain, izan dira ISO 45001 proiektuaren aurka agertu diren beste interes-talde batzuk, estatu mailakoak batzuk eta nazioartekoak besteak. Horren eredu da, esaterako, Frantziako Lan Baldintzen Politika Batzordeak (*French Working Conditions Policy Board*, ingelesez)⁶ (COCT, 2016) proiektuari emaniko ezetza hasera batetik. Zehazkiago, Batzorde honen esanetan «ISO 45001 proiektuaren eztabaida prozesuak erakutsi duena da erabat beharrezkoa dela mugak ezartzea estandarrek eragin diezaieketen eremu» (COCT, 2016; p. 2). Argudio horri jarraituz, Batzordeak azpimarratu du OHSren estandarizazioak arazo demokratiko larria planteatzen duela (COCT, 2016; p. 3). Ildo berdinean, Europar Batasuneko Laneko Segurtasun eta Osasun arloko Batzorde aholkulariak⁷ (*Advisory Committee on safety and health at work*, ingelesez; ACSH) ISO 45001 proiektuari ez dio, egungo egoeran, aurrera egiteko baldintzarik ikusten (ACSH, 2016).

5. Ondorioak

ISO 45001 estandarren diseinu eta onarpen prozesuaren inguruan, adostasun falta da nagusi. Argi dago interes-taldeen defendatzea dagokien interesen arabera jarrerak hartu dituztela, sarritan adostasunari biderik utzi gabe. Kontzeptuei buruz sortzen diren desadostasunak, esaterako, ez dira hutsalak, oinarriko kontsentsu falta bat islatzen baitute. Areago, lan arriskuen prebentzioari buruz borondatzeko arau pribatu bat zertifikatuta edukitzeak sor dezakeen nahasmena eta bere benetako balio erantsiari buruzko zalantzak handiak dira zenbait eragilerentzat. Beste batzuentzat, berriz, ez da inondik zalantzarik ageri. Finean, nabarmena da enpresek, langileen ordezkariak, normalizazio erakundeak eta ISO estandarrei buruzko ikuskaritza eta aholkularitza enpresek elkarrengandik oso urrun dauden interesak dituztela eta gizarte gatazka nagusi den esparruetan, behintzat, nekez lortzen direla adostasunak.

Beste metaestandar batzuekin gertatzen den bezala, lan arriskuen prebentzioarekin eta laneko osasun eta segurtasunaren kudeaketarako sistemarekin lotutako prozedurak eta printzipio formalak betetzeak ez ditu helburu eta emaitza zehatzak edota arau jakin baten betetze eraginkorrak ziurtatzen ez eta zertifikatzen ere. Premiazkoa da, zentzu honetan, zuzenak ez diren pertzepzioei aurre egitea. Gerta daitezke, hortaz, borondatzeko zertifikazioa eskuratu duen enpresa batek betebeharrezko lan-arauen neurri guztiak eraginkortasunez inplementatuta ez edukitzea. Ezin genitzake baliokidetu bi egoerak. Hauxe izan da, hain zuzen ere, jaso dugun desadostasun nagusia. Hugh Robertson, Erresuma Batuko

⁶ Osaketa aniztuna: sindikatuak, enplegatzaileen organizazioak, Lan eta Nekazaritza Ministerioak eta Lan Arriskuen Zuzendaritza

⁷ Europako Batzordearen aholkulari lanak egiten dituen batzorde honen osaketan Estatu kideen ordezkariak, sindikatuak eta enpresarien elkarteek parte hartzen dute

Sindikatuaren elkartearen osasun eta segurtasun politiken arduradunak argi asko jasotzen du aurreko ideia. Bere esanetan, ISO 45001 estandarrak Europar Batasunak laneko osasun eta segurtasunaren arloan onartuta dituen arauen indarra ahultzeko potentziala dauka: nahita nahiez bete beharrekoak ez diren estandarrek ez lukete eskurik hartu beharko nahitaez bete beharreko arauak egokiago xedatzen dituzten esparruetan (Robertson, 2016). Hortaz, sakonean dagoen eztabaida nabarmen azaleratzen da: nazioarteko negozioen erregulazio pribatuari edo *soft law*-ari dagokiona, hain zuzen ere (Vogel, 2008). Azken finean, *soft law* eta *hard law* kontzeptuen arteko talka edo gatazka dugu oinarrian, esparru publikotik autorregulazio pribatuaren sustapen politiken egokitasunaren inguruko eztabaida ere azaleratzen duena. Badirudi derrigorrez bete beharreko arauak dituen ingurune batean —nahitaezko araudien esparrua den gaietan (*hard law*), alegia—, borondatezko metaestadar pribatuak (*soft law*) diseinatu, adostu, zabaldu eta zertifikatzeak, segurtasun eza eta ziurgabetasuna sortzen dituela, eta honek gizarte gatazkek areagotu ditzakeela.

6. Eskertza

Artikulu hau Eusko Jaurlaritzak finantzaturiko IT1073-16 ikerketa taldearen emaitza da.

7. Bibliografia

- ACSH, Advisory Committee on Health and Safety at Work (2016): *The Advisory Committee on Safety and Health at Work, Draft opinion of the ACSH on standardization*, Doc. 779-EN, Adopted on 01/06/2016 <https://circabc.europa.eu/faces/jsp/extension/wai/navigation/container.jsp> [accessed 21 May 2017]
- AENOR (2014): «Norma internacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, en 2016», *AENOR: Revista de la normalización y la certificación*, 296, 18-19.
- BALZAROVA, Michaela A. eta CASTKA, Pavel (2012): «Stakeholders' influence and contribution to social standards development: The case of multiple stakeholder approach to ISO 26000 development», *Journal of business ethics*, 111(2), 265-279.
- BERNARDO, Merce; Casadesus, Marti; Karapetrovic, Stanislav eta Heras, Iñaki (2009): «How integrated are environmental, quality and other standardized management systems? An empirical study», *Journal of cleaner production*, 17(8), 742-750.
- BOIRAL, Olivier eta HERAS-SAIZARBITORIA, Iñaki (2015): «Managing Biodiversity Through Stakeholder Involvement: Why, Who, and for What Initiatives?», *Journal of Business Ethics*, 1-19.
- BOIRAL, Olivier (2003): «Certificar la buena conducta de las empresas. Retos, problemas y perspectivas», *Revista Internacional del Trabajo*, 122, 3.
- BOSTRÖM, Magnus eta TAMM-HALLSTRÖM, Kristina (2013): «Global Multi-Stakeholder Standard Setters: How Fragile Are They?», *Journal of Global Ethics*, 9 (1), 93-110.

- BRES, Luc Pierre (2013): «Membership strategies in pluralistic organizations: The case of ISO 26000» *Academy of Management Proceedings*, Academy of Management, 1, 15343.
- BRUNSSON, Nils eta JACOBSSON, Bengt (2000): *A world of standards*, Oxford, Oxford University Press.
- CHRISTMANN, Petra eta TAYLOR, Glen. (2001): «Globalization of the environment: Determinants of firm self-regulation in China», *Journal of International Business Studies*, 32, 439- 458.
- CLAPP, Jennifer. (1998): «The privatization of global environmental governance: ISO 14000 and the developing world», *Global Governance* 4, 3, 295-316.
- COCT, Conseil d'orientation des conditions de travail (2016): *Opinion of the COCT standing policy group on standardisation in the occupational health sector*, http://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/20161103_avis_gpo_coct_normalisation-en.pdf [accessed 21 May 2017]
- CORBETT, Charles J. (2006): «Global Diffusion Of ISO 9000 Certification Through Supply Chains», *Manufacturing and Service Operations Management*, 8(4):330-350.
- DELMAS, Magali (2003): *In search of ISO: An institutional perspective on the adoption of international management standards*, University of California, Santa Barbara, February 2003. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=379800.
- DUNMIRE, Thea (2016): *Insight Into ISO 45001. Significant changes to OHSMS requirements*, <http://asq.org/quality-progress/2016/05/standards-outlook/insight-into-iso-45001.html> [accessed 21 May 2017]
- EUROGIP (2016): *Negative vote on the ISO 45001 draft standard*, <http://www.eurogip.fr/en/eurogip-infos-news?id=4275> [accessed 21 May 2017]
- FURUSTEN, Staffan (2000): «The Knowledge Base of Standards», Brunsson, Nils eta Jacobsson, Bengt (Ed.), *A world of standards* Oxford, Oxford University Press, 71-84.
- HAUFLER, Virginia (1999): «Negotiating international standards for environmental management systems: The ISO 14000 standards», *UN Vision Project on Global Public Policy Networks, New York*.
- HERAS-SAZARBITORIA, Iñaki eta BOIRAL, Olivier (2013): «ISO 9001 and ISO 14001: Towards a Research Agenda on Management System Standards», *International Journal of Management Reviews*, 15, 1, 47-65.
- HELMS, Wesley S.; OLIVER, Christine eta WEBB, Kernaghan (2012): «Antecedents of settlement on a new institutional practice: Negotiation of the ISO 26000 standard on social responsibility», *Academy of Management Journal*, 55(5), 1120-1145.
- ILO, International Labour Office (2001): *Guidelines on occupational safety and health management systems*, Switzerland, ILO-OSH 2001.
- ILO, International Labour Office (2011): *OSH Management System: A tool for continual improvement*. Switzerland, ILO-OSH 2001.
- ILO, International Labour Office (2013a): «Audit Matrix for the ILO» *Guidelines on Occupational Safety and Health Management Systems*, Switzerland, ILO-OSH 2001.
- ILO, International Labour Office (2013b): «Further developments in relation to the International Organization for Standardization», *The field of occupational safety and health (OSH)*. http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_222296.pdf [accessed 21 May 2017]
- ITUC (2016): *ITUC shared concerns with affiliates over ISO45001 health and safety standard*, https://www.ituc-csi.org/IMG/pdf/draft_international_standard_on_occupational_health_and_safety_management_systems_iso_45001_.pdf [accessed 21 May 2017]

- JONES, Richard (2015): «ISO 45001 and the evolution of occupational health and safety management systems», *IOSH paper*, https://www.asse.org/assets/1/7/IOSH_Article_for_ISO_45001.pdf [accessed 21 May 2017]
- JORGENSEN, Tine H.; REMMEN, Arne eta MELLADO, M. Dolores (2006): «Integrated management systems - three different levels of integration», *Journal of Cleaner Production*, 14, 8, 713-722.
- KING, Andrew A.; LENOX, Michael J. eta TERLAAK, Ann (2005): «The strategic use of decentralized institutions: Exploring certification with the ISO 14001 management standard», *Academy of Management Journal* 48, 6, 1091-1106.
- KNUTSEN, Hege Merete (2006): «Geographies of Informalization: Conceptual Dilemmas over Social Standards and Informalization of Labor», *Enterprising Worlds: a Geographic Perspective on Economics, Environments & Ethics*, 86, 221-230.
- MENDEL, Peter J. (2002): «International Standardization and Global Governance: The Spread of Quality and Environmental Management Standards», A.J. Hoffman eta M.J. Ventresca [Ed.]: *Organizations, Policy and the Natural Environment: Institutional and Strategic Perspectives*. Stanford University Press. 407-424.
- NEUMAYER, Eric eta PERKINS, Richard (2004): «What explains the uneven take-up of ISO 14001 at the global level? A panel-data analysis», *Environment and Planning A*, 36, 5, 823-839. doi: 10.1068/a36144.
- O'ROURKE, Dara (2006): «Multi-stakeholder Regulation: Privatizing or Socializing Global Labor Standards?», *World Development*, 34, 899-918.
- PHENG, Low Sui eta PONG, Chin Young (2003): «Integrating ISO 9001 and OHSAS 18001 for construction», *Journal of Construction Engineering and Management-Asce*, 129, 3, 338-347.
- PLANT, Roger eta O'REILLY, Caroline (2003): «The ILO's special action programme to combat forced labour», *International Labour Review*, 142, 1, 73-+.
- POTOSKI, Matthew eta PRAKASH, Aseem (2005): «Green clubs voluntary governance: ISO 14001 and firms' regulatory compliance», *American Journal of Political Science*, 49, 2, 235-248.
- QI, Guoyou; ZENG, Saixing; YIN, Haitao eta LIN, Han (2013): «ISO and OHSAS certifications How stakeholders affect corporate decisions on sustainability», *Management Decision*, 51, 10, 1983-2005.
- REDINGER, Charles eta LEVINE, Steven. (1998): «Development and evaluation of the Michigan occupational health and safety management system assessment instrument: A universal OHSMS performance measurement tool», *American Industrial Hygiene Association Journal*, 59, 8, 572-581.
- REICH, Robert (2002): «The challenge of decent work», *International Labour Review*, 141, 1-2, 115-+.
- ROBERTSON, Hugh (2016): «A new ISO standard for occupational health and safety management systems: is this the right approach?», *ETUI Policy Brief, European Economic, Employment and Social Policy*, 3/2016, 1-5.
- ROBSON, Lynda S.; CLARKE, Judith A.; CULLEN, Kimberley; BIELECKY, Amber; SEVERIN, Colette; BIGELOW, Philip L.; ...MAHOOD, Quenby (2007): «The effectiveness of occupational health and safety management system interventions: A systematic review», *Safety Science*, 45, 3, 329-353.
- RUBIO, Juan Carlos (2002): *Gestión de la prevención de riesgos laborales; OHSAS 18001-directrices OIT para su integración con calidad y medio ambiente*, Díaz de Santos.

- SALOMONE, Roberta (2008): «Integrated management systems: experiences in Italian organizations», *Journal of Cleaner Production*, 16, 16, 1786-1806.
- SCHMIEDEKNECHT, Maud (2008): *ISO 26000. Reflecting the Process of a Multi-stakeholder Dialogue - An empirical study*. KLeM Working Paper No. 29/2008.
- TAMM-HALLSTRÖM, Kristina (1996): «The production of management standards», *Revue d'Economie Industrielle*, 75, 1, 61-76.
- TORRES, Javier (2016): «El debate sobre la norma ISO 45001 de Sistemas de gestión de salud y seguridad», *porExperiencia: Revista de Salud Laboral para delegados y delegadas de prevención de CCOO*, 74, 20-21 <http://www.porexperiencia.com/articulo.asp?num=74&pag=20&titulo=El-debate-sobre-la-norma-ISO-45001-de-%93Sistemas-de-gestion-de-salud-y-seguridad%94> [accessed 21 May 2017]
- UZUMERI, Mustafa (1997): «ISO 9000 and Other Metastandards: Principles for Management Practice?», *The Academy of Management Executive*, 11, 1, 21-36.
- VOGEL, David J. (2008): «Private global business regulation». *Annual Review of Political Science*, 11, 261-282.
- ZENG, S.X., SHI, J. Jonathan J. eta LOU, G.X. (2007): «A synergetic model for implementing an integrated management system: an empirical study in China», *Journal of Cleaner Production*, 15, 18, 1760-1767.

Egin-asmo ditugun aztergaiak

Número extraordinario: *Irakaskuntza berrikuntza Lan Harremanen eta Giza Baliabideetako Graduan.*

37. zbk.: *Berdintasuna: 10 urte Berdintasunerako Lege Organikoa indarrean sartu zenetik.*

Argitaratutako aleak

1. zbk.: Lan-denbora.
2. zbk.: Lana XXI. mendean.
3. zbk.: Ekoizpen harremana eta ekoizpen artikulazioa.
- Berezia: Mintegia: Lan Zientzietako lizentziatura erantzea UPV/EHU-n.
4. zbk.: Enplegu beterantz? Lan-politikak Europan.
5. zbk.: Lan-harremanak garapen bidean. Aldaketak enpleguan eta gizarte-babesean.
- Berezia: Lan osasuna.
6. zbk.: Desindustrializazioa eta birsortze sozioekonomikoa.
7. zbk.: Laneko jazarpen psikologiko edo mobbing-ari buruzko gogoetak eta galderak.
- Berezia: UPV/EHU ko Lan Harremanen Unibertsitate Eskolak ematen duen Lan eta Gizarte Segurantzaren Zuzenbideari buruzko egungo eztabaiden Bigarren Jardunaldiak.
8. zbk.: Lan-merkatua eta inmigrazioa.
9. zbk.: Etika eta enpresa.
10. zbk.: Pentsioak.
11. zbk.: Lan merkatua eta ijitoen ingurunea.
12. zbk.: Globalizazioa eta Lan Merkatua.
13. zbk.: Emakumeak eta Lan Merkatua.
- Berezia: Beste Globalizazio baterako tokiko proposamenak. Globalizazio ekonomiko, Eskubide Sozial eta Lan Arauei buruzko seminarioa.
14. zbk.: Enpresen gizarte-erantzunkizuna.
15. zbk.: Dependentsiaren inguruko eztabaida.
16. zbk.: Malgutasuna *versus* Egonkortasuna.
17. zbk.: Lan harremanetako eta giza baliabideetako ikasketak eta lan-praktikak.
18. zbk.: Lanbidea eta Familia Zaintza.
19. zbk.: Espainiko enpresa transnazionalak eta Korporazioen Erantzukizun Sozialak.
- 20-21. zbk.: Krisiaren eraginak arlo soziolaboralean.
22. zbk.: Gizarteratzea eta enplegu politikak.
23. zbk.: Emakume langileen Laneko Segurtasun eta Osasuna.
24. zbk.: Adina, erretiroa eta lan merkatuan irautea.
25. zbk.: Berdintasuna eta diskriminaziorik eza lan harremanetan, generoa dela medio.
26. zbk.: Lan eta gizarte eskubideak krisi garaietan.
27. zbk.: Negoziazio kolektiboa: lehiakortasuna eta soldatak.
28. zbk.: Antolakuntzak erronka globalaren aurrean.
29. zbk.: Gizarte inklusiboa lortzearen erronka. *Sarturen 25. urteurrena.*
30. zbk.: Udal Ekonomiko-Administratibo Auzitegien IX. Topaketa.
31. zbk.: Langile pobrezia.
32. zbk.: Lan-harremanen erronka gizarte ekonomia solidarioaren aurrean.
33. zbk.: Enpresa transnazionalen boterearekiko erresistentzia eta bestelako proposamenak.
34. zbk.: Lan denboraren murrizketa. Langabezia murrizteko proposamena.
35. zbk.: Negoziazio kolektiboa, langileen parte-hartzea eta enpresaren alderdi ekonomikoen eta kontabilitate alderdien sindikatu-kontrola.
36. zbk.: Administrazio Publikoetan laneko alderdi juridikoak

Próximos temas previstos

N.º extraordinario: *Innovación docente en el Grado de Relaciones Laborales y Recursos Humanos.*

N.º 37: *Igualdad: 10 años de la entrada en vigor de la Ley Orgánica de Igualdad.*

Números publicados

- N.º 1: El tiempo de trabajo.
N.º 2: El trabajo en el siglo XXI.
N.º 3: Relación productiva y articulación de la producción.
Especial: Seminario sobre la implantación de la licenciatura en Ciencias del Trabajo en la UPV/EHU.
N.º 4: ¿Hacia el pleno empleo? Políticas de empleo en Europa.
N.º 5: Las relaciones laborales en evolución. Cambios en el empleo y la protección social.
Especial: Salud laboral.
N.º 6: Desindustrialización y regeneración socioeconómica.
N.º 7: Reflexiones y preguntas sobre el acoso psicológico laboral o *mobbing*.
Especial: Segundas Jornadas sobre cuestiones de actualidad del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Escuela Universitaria de Relaciones Laborales de la UPV/EHU.
N.º 8: Mercado de trabajo e inmigración.
N.º 9: Ética y empresa.
N.º 10: Pensiones.
N.º 11: Mercado de trabajo y mundo gitano.
N.º 12: Globalización y mercado de trabajo.
N.º 13: Mujeres y mercado de trabajo.
Especial: Propuestas locales para otra Globalización. Seminario sobre Globalización Económica, Derechos Sociales y Normas Laborales.
N.º 14: Responsabilidad social empresarial.
N.º 15: El debate sobre la dependencia.
N.º 16: El debate sobre la flexiseguridad.
N.º 17: Los estudios y las prácticas profesionales en Relaciones Laborales y Recursos Humanos.
N.º 18: Empleo y cuidados familiares.
N.º 19: Las empresas transnacionales españolas y la Responsabilidad Social Corporativa.
N.º 20-21: Aspectos sociolaborales de la crisis.
N.º 22: Inclusión social y políticas de empleo.
N.º 23: La Seguridad y Salud Laboral de las mujeres trabajadoras.
N.º 24: Edad, jubilación y permanencia en el mercado de trabajo.
N.º 25: Igualdad y no discriminación por razón de género en las relaciones laborales.
N.º 26: Derechos laborales y sociales en tiempos de crisis.
N.º 27: Negociación colectiva: competitividad y salarios.
N.º 28: Las organizaciones ante el reto global.
N.º 29: El reto de una sociedad inclusiva. *25 aniversario de Sartu*.
N.º 30: IX Encuentro de Tribunales Económico-Administrativos Municipales.
N.º 31: Pobreza trabajadora.
N.º 32: Las relaciones laborales ante el reto de una economía social y solidaria.
N.º 33: Propuestas y resistencias al poder de las empresas transnacionales.
N.º 34: La reducción del tiempo de trabajo. Una propuesta para reducir el desempleo.
N.º 35: Negociación colectiva, participación de los trabajadores y trabajadoras y control sindical de los aspectos económicos y contables de la empresa.
N.º 36: Aspectos jurídicos-laborales en el marco de las Administraciones Públicas.

Eraikuntza Hastapenak

Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales Euskal Herriko Unibertsitateko Lan Harremanetako Ueren ekimenez sortu zen eta gaur egun Lan Harreman eta Gizarte Langintza Fakultatearen (Bizkaiaiko Campusa) ardurapean dago. Bere helburuak hauek dira:

1. Lanaren fenomenoaz aztertzea jakintzagai askoren ikuspuntutik.
2. Hausnarketa- eta elkarrakzio-topagunea sortzea, non administrazio-, gizarte- zein ekonomia-sektore ezberdinak ideia bateragarriak sortu eta elkarrekin aldatzeko aukera izango duten.
3. Ideien bidez enplegua eta gizarte inklusioa hobetzea.

Principios Fundacionales

Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales nació por iniciativa de la EU de Relaciones Laborales (UPV/EHU) y actualmente es la Facultad de Relaciones Laborales y Trabajo Social (Campus de Bizkaia) la encargada de la misma. Los objetivos de la revista son:

1. Estudiar el fenómeno del trabajo desde una perspectiva interdisciplinar.
2. Crear un espacio de encuentro y reflexión donde los distintos sectores económicos, sociales y de la Administración puedan intercambiar y generar ideas convergentes.
3. Contribuir por medio de las ideas a la mejora del empleo y de la inclusión social.

Artikuluak bidaltzeko arauak

Baldintza orokorrak

Artikuluak originalak eta argitaragabeak izan behar dira. Autoreak, bere identifikazio datuekin batera, bere orcid kodea jarri behar du.

Artikuluak gehienez 25 orrialdeko luzera izango dute (Times New Roman, 12, lerroarteko espazio sinplea).

Artikuluaren izenburua idatzitako hizkuntzan eta ingelesez idatziko da. Horrekin batera, artikuluaren laburpena bidaliko da jatorriko hizkuntzan eta ingeles, eta egileak Euskal Autonomia Erkidekoak direnean, euskaraz ere bai. Horren gutxi beherako luzera 150 hitzekoa izango da.

Artikuluak 3 eta 5 arteko hitz gako izango dituzte (gaztelaniaz, euskaraz eta ingelesez), lanaren edukiaren ideia azkarra eman eta haren katalogazioa erraztuko dutenak.

Sumarioa ere aurkeztu behar da. Bertan eta artikuluan zehar, atalak eta azpiatalak zenbaturik azaldu behar dira ((1.; 1.1.; 1.1.1; a) b)).

Genero berdintasunaren ikuspuntutik, hizkuntza inklusiboa erabiltzea gomendatzen da.

Jatorrizko artikulua Word formatuan bidaliko da honako helbide elektronikora: mirenedurne.lopez@ehu.eus.

Estiloari buruzko oinarritzko arauak

Arau orokor gisa, eta jarraian adieraziko diren salbuespenak salbu, artikulua testu normalean idatziko da oso-osorik. Hori dela eta, kontzeptu edo ideien bat nabarmentzeko hizki lodiak, azpimarratuak edota larriak erabiltzea baztertzen da.

Siglak eta akronimoak hizki larriz idatziko dira eta horien arteko banaketarako ez da punturik erabiliko (EEBB, EE.BB.-ren orde; CCOO, CC.OO.-ren orde; LANE, L.A.N.E.-ren orde).

Kakotxen arteko hizki etzanak hitzez hitzeko adierazpen eta esaldietarako bakarrik erabiliko dira.

Aipamen luzeak, bi lerro baino gehiagokoak arau orokor gisa, kakotxik gabe egongo dira, hizki zuzenean eta testu normala baino gorputz bat baxuago. Goian eta behean bazterrearekiko 3 milimetroko espazioa utziko da paragrafo osoan.

Kakotxik gabeko hizki etzanak egunkari edo liburuen izenburuetarako, beste hizkuntza bateko hitzetarako, edota hitz edo adierazpenen bat nabarmentzeko erabiliko dira.

Hizki zuzenean eta kakotxen artean, ohiko hizkuntzaren arabera (hitzaren hitzez hitzeko esanahiarekiko aldea adierazteko).

Taulak, laukiak eta irudiak hurrenkera jarraituz zenbakituko dira, arabiar zenbakiak erabiliz. Idazpuru labur bat izango dute eta testuan haiei aipu egingo zaie (1 taula, 1 laukia, 1 irudia, etab.).

Erreferentzia bibliografikoarentzat formatua

Testuan sartutako erreferentzia bibliografikoak bi eratan aurkeztuko dira, testuinguruaren eta paragrafoaren idazkeraren arabera:

- a) Autorearen izena parentesi artean, urtea eta orrialdearen zenbakia, adibidez, (White, 1987: 43) edo (Guerin *et al.*, 1992: 23-34).
- b) Autorearen izena, eta parentesi artean, urtea, adibidez, White (1987) edo Guerin *et al.* (1992).

Erreferentzia bibliografikoak alfabeto hurrenkeraren arabera sartuko dira lanaren amaieran, eta kronologikoki egile beraren lan bat baino gehiago dagoenean. Aldizkarien izenak eta liburuen izenburuak hizki etzanetan jarriko dira. Genero berdintasun eremuko gomendioak betetzearren, ahal den neurrian, egileen izen osoa jarriko da eta ez hasierako hizkia bakarrik.

- Aldizkarietako artikulua: Arnull, Anthony (2006): «Family reunification and fundamental rights», *European Law Review*, 5, 611-612.
- Liburuak: Villoria, Manuel eta Del Pino, Eloísa (1997): *Manual de Gestión de los Recursos Humanos en las Administraciones Públicas*, Madril, Tecnos
- Liburuetakoko kapituluak: Domínguez, Fernando (1996): «Gestión planificada de Recursos Humanos (Modelo de una empresa multinacional)», Ordóñez, Miguel (arg.), *Modelos y Experiencias Innovadoras en la Gestión de los Recursos Humanos*, Bartzelona, Gestió 2000, 343-357.

Normas para la entrega de artículos

Condiciones generales

Los artículos deben ser originales e inéditos. Junto con los datos personales cada autor o autora debe proporcionar su código orcid.

La extensión de los artículos no deberá sobrepasar las 25 páginas (Times New Roman, cuerpo 12 e interlineado sencillo).

Los artículos se acompañarán del título en la lengua original y en inglés y de un *abstract* o resumen en castellano e inglés, además de en euskara cuando los autores o autoras sean de la Comunidad Autónoma del País Vasco, con una extensión aconsejada próxima a las 150 palabras.

Los artículos deberán incluir entre 3 y 5 palabras clave (castellano, euskara e inglés) que proporcionen una idea rápida del contenido del trabajo y faciliten su catalogación.

El artículo debe contener un sumario. Tanto en el sumario como en el texto del artículo, los apartados y subapartados deberán ir numerados (1.; 1.1.; 1.1.1.; a) b)...)

Se recomienda la utilización de lenguaje inclusivo desde la perspectiva de igualdad de género.

El artículo original será enviado en formato Word por correo electrónico a la dirección mirenedurne.lopez@ehu.eus.

Normas básicas de estilo

Como principio general, y salvando las excepciones que se comentarán a continuación, el cuerpo del artículo se escribirá íntegramente en texto normal. Por ello, se rechaza la utilización de negritas, subrayados y/o palabras en mayúsculas para resaltar un concepto o idea.

Las siglas y acrónimos se escribirán en letras mayúsculas sin que medien puntos de separación entre las mismas (EEUU en lugar de EE. UU.; CCOO en lugar de CC.OO.; OIT en lugar de O.I.T; etc.).

Las cursivas con comillas se utilizarán exclusivamente para expresiones y frases literales.

Las citas extensas, de más de dos líneas como norma general, irán sin comillas, en letra recta, un cuerpo más bajo que el texto normal, dejando un espacio arriba y abajo y poniendo un espacio en todo el párrafo de tres milímetros hacia el margen.

Las cursivas sin comillas se utilizarán para títulos de periódicos, libros, palabras en idiomas distintos al castellano, que no sean de uso aceptado, o para destacar una palabra o expresión.

Las palabras entre comillas en letra recta, según el uso en el lenguaje cotidiano (para expresar una distancia con el significado literal de la palabra).

Las tablas, cuadros y figuras irán numeradas consecutivamente con caracteres arábigos, llevando un encabezamiento conciso, haciendo referencia a ellas en el texto como (tabla 1, cuadro 1, figura 1, etc.).

Formatos de referencias bibliográficas

Las citas bibliográficas incluidas en el texto se presentarán de dos formas, dependiendo del contexto y de la redacción del párrafo en el que se incluyen:

- a) Indicando entre paréntesis el nombre del primer autor o autora, seguido del año y del número de página, por ejemplo (White, 1987: 43) o (Guerin *et al.*, 1992: 23-34).
- b) Indicando el nombre del autor o autora y, entre paréntesis, el año, por ejemplo: White (1987) o Guerin *et al.* (1992).

Las referencias bibliográficas se incluirán ordenadas alfabéticamente al final del trabajo, y cronológicamente en el caso de varios trabajos del mismo autor o autora. Se pondrán en cursiva el nombre de las revistas y el título de los libros. En cumplimiento de las recomendaciones en materia de igualdad, se identificará, en la medida de lo posible al autor o autora con el nombre completo y no únicamente con la inicial del nombre.

- Artículos en revistas: Annull, Anthony (2006): «Family reunification and fundamental rights», *European Law Review*, 5, 611-612.
- Libros: Villoria, Manuel y Del Pino, Eloísa (1997): *Manual de Gestión de los Recursos Humanos en las Administraciones Públicas*, Madrid, Tecnos.
- Capítulos de libros: Domínguez, Fernando (1996): «Gestión planificada de Recursos Humanos (Modelo de una empresa multinacional)», en Ordóñez, Miguel (ed.), *Modelos y Experiencias Innovadoras en la Gestión de los Recursos Humanos*, Barcelona, Gestió 2000, 343-357.

