

¿UN NUEVO EPISODIO DE DESAJUSTE ENTRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y EL DERECHO LABORAL?: UNA REFLEXIÓN A PROPÓSITO DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS EN LA REFORMA LABORAL

FEDERICO A. CASTILLO BLANCO
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Granada

I. INTRODUCCIÓN: LA DIFÍCIL CONVIVENCIA ENTRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y EL DERECHO LABORAL EN MATERIA DE EMPLEO PÚBLICO: 1. *Un acercamiento a dicha cuestión: algunos ejemplos y algunas reflexiones.* 2. *Una segunda reflexión introductoria: ¿la naturaleza de las relaciones laborales en el sector público requiere su definitiva calificación como especial y extraer todas las consecuencias que se derivan de la misma?*—II. LA PROYECCIÓN DEL DERECHO PÚBLICO SOBRE LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: EL SUPUESTO DE LOS DESPIDOS COLECTIVOS PÚBLICOS: 1. *Las características de la norma legal que habilita el despido colectivo en las Administraciones públicas:* A) *Ámbito de aplicación.* B) *Causas que habilitan para el despido colectivo.* C) *Los títulos de intervención.* D) *Los procedimientos.* E) *Las medidas alternativas y complementarias.*—III. LA NECESIDAD DE EXPEDIENTE PREVIO: LA NECESARIA ARTICULACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS DE RACIONALIZACIÓN DEL EMPLEO PREVISTOS EN LA NORMATIVA LABORAL Y ADMINISTRATIVA.—IV. UNA ÚLTIMA CUESTIÓN: ¿JURISDICCIÓN SOCIAL O CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA PARA EL CONTROL DE LOS DESPIDOS COLECTIVOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA?

RESUMEN

La aprobación de la reforma laboral, que contempla disposiciones específicas para el despido colectivo en el sector público, ha abierto un nuevo episodio de conflicto entre el Derecho administrativo y el Derecho laboral. El trabajo que se presenta analiza el alcance de la reforma efectuada desde este punto de vista e incide en la necesaria articulación entre los mecanismos previstos en la legislación de empleo público y los instrumentos de flexibilización del empleo contemplados en la misma.

Palabras clave: despido colectivo; empleo público; jurisdicción competente; causas técnicas, económicas y organizativas.

ABSTRACT

The adoption of labor reform, which includes specific provisions for redundancies in the public sector, has opened a new episode of conflict between administrative law and labor law. The work presented analyzes the extent of the reform carried out from this point of view and highlights the need for linkage between the mechanisms under public employment law and employment flexibility instruments described therein.

Key words: mass lay-off; public employment; competent jurisdiction; technical, economic and organisational grounds.

I. INTRODUCCIÓN: LA DIFÍCIL CONVIVENCIA ENTRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y EL DERECHO LABORAL EN MATERIA DE EMPLEO PÚBLICO

1. *Un acercamiento a dicha cuestión: algunos ejemplos y algunas reflexiones*

Como es conocido, la dinámica de funcionamiento de nuestras Administraciones públicas ha ido planteando numerosas interrogantes respecto del personal laboral al servicio de éstas tras su generalizada introducción a partir de la década de los ochenta. Cuestiones múltiples han ido salpicando su devenir, a saber y por citar algunas: la delimitación de qué funciones pueden desempeñar y cuáles les estarían vedadas (con contradicciones insuperables en sectores como el universitario), si podían o no desempeñar funciones de autoridad y ejercer puestos de trabajo con responsabilidades de dirección, si sus condiciones de trabajo habían o no de ser las mismas del personal funcionario y si éstas debían de venir regidas por la autonomía colectiva exclusivamente, las consecuencias de las decisiones empresariales adoptadas en fraude de ley respecto de la estabilidad en el empleo, la aplicación matizada de las disposiciones del Estatuto de los Trabajadores¹, la dificultad de aplicación en ciertos aspectos del Derecho laboral respecto de la posición institucional de la Administración pública², etc.

Puede decirse, si realizamos una mirada retrospectiva, que nada, prácticamente nada, ha respondido al inicial planteamiento con que se ideó la introducción en nuestro empleo público del personal laboral al servicio de nuestras Administraciones, que, como es conocido, no era otro que otorgar mayor flexibilidad al mismo. Quizás, el problema de fondo es que la flexibilización del empleo público debió haberse abordado precisamente mediante ese recurso, es decir, disponer de un es-

¹ La singularidad de las Administraciones públicas como empleador es notoria. Así lo reconoce la propia jurisprudencia social. Véase, a título de ejemplo, la STSJ de Cataluña de 11 de octubre de 2012, que argumenta que: «Partiendo del artículo 103 de la Constitución Española que prevé que la Administración pública ha de actuar conforme a la “objetividad de los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación” y, teniendo en cuenta que si bien la Administración Pública en general y la Administración Local en particular pueden disponer de empleados públicos ligados con un vínculo laboral según los criterios que marca el Estatuto Básico del Empleado Público, ello no significa que la Administración Pública esté expuesta a los riesgos de las empresas y que su actuación en cuanto empleador en la relación laboral deba ser, por tanto, exactamente igual a la de cualquier otro empleador que no tenga la condición de ente público».

² De algunos de ellos da cuenta J. CANTERO MARTÍNEZ, «Las medidas de racionalización de plantillas en el empleo público local y en un contexto de contención fiscal», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 28, 2012, pág. 19.

tatuto funcional más acorde con los tiempos, y no introduciendo con carácter generalizado nuevas figuras de personal que, al fin y a la postre, no parecen haber sido un recurso tan efectivo como se pensaba y sus singularidades han terminado por complicar las ya de por sí complejas relaciones laborales en el sector público³.

De esta forma, la proyección del Derecho público sobre este tipo de personal no se ha limitado, y aunque en un primer momento tampoco resultase meridianamente claro a pesar del marco constitucional, a las fases de selección y adjudicación de los contratos⁴, según la teoría clásica imperante respecto de los contratos privados celebrados por la Administración⁵. Progresivamente se ha ido produciendo una proyección ulterior del Derecho público que ha alcanzado, a los efectos y como mantendremos en este trabajo, a la propia extinción del contrato. Y es que tras la aprobación del RD 2223/1984, de 19 de diciembre, y después de este de las sucesivas normas dictadas que han ido contemplando disposiciones específicas para este tipo de personal en todos los ámbitos territoriales y que han culminado en el Estatuto Básico del Empleado Público, se solventó cualquier duda que pudiera plantearse sobre la aplicabilidad de criterios de publicidad, mérito y capaci-

³ Véase a este respecto, es decir, las singularidades que presenta el personal laboral al servicio de las Administraciones públicas, el núm. 93 de la *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2011, íntegramente dedicado al estudio de las mismas. A. MONTROYA MELGAR, en el editorial que precede al mismo, indica a este respecto que «el trabajo por cuenta ajena prestado para las Administraciones presenta múltiples manifestaciones singulares, que se plasman, por ejemplo, en la existencia de límites en la planificación de los correspondientes recursos humanos; en los procedimientos de selección de los trabajadores al servicio de dichas Administraciones; en el necesario respeto al principio de protección del interés general, del que se deriva un régimen de incompatibilidades para los empleados públicos inexistente en el ámbito privado; en las limitaciones que se establecen en orden a la fijación del régimen retributivo; en las peculiaridades que el principio de estabilidad en el empleo presenta en el marco del empleo público, así como, en general, en los rasgos singulares que la relación laboral presenta en materia de derechos y deberes de los trabajadores al servicio de las Administraciones públicas y en cuanto a su régimen disciplinario».

⁴ En el momento del nacimiento del contrato sucede así y se distinguen unos actos separables —por ser propiamente administrativos— que son impugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa pero con consecuencias sobre la vida del contrato laboral efectuado. Véase, a este respecto, la STSJ de las Islas Canarias (Las Palmas) de 31 de julio de 2012.

⁵ Sobre la aplicación de la doctrina de los actos separables puede consultarse R. RIVERO ORTEGA, *Administraciones Públicas y Derecho Privado*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1998, págs. 92 y 237 y ss., y que responde a lo que en Alemania ha recibido la denominación de la teoría del doble nivel (*Zweistufenlehre*), de forma tal que la decisión sobre si se celebra un contrato para satisfacer los intereses generales (*das Ob*) y su control corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, mientras que la decisión sobre qué régimen jurídico lo regirá, de Derecho público o privado (*das Wie*), va a determinar su sujeción a una u otra jurisdicción. De esta forma, y según esta teoría, hasta la perfección del contrato, toda actuación de las Administraciones públicas como tal debe estar sometida al Derecho administrativo para garantizar la objetividad en su actuación (art. 103 de la Constitución), de forma que las fases de preparación y adjudicación de todos los contratos, sean administrativos o privados, de las Administraciones públicas se someten a la regulación administrativa y no al Derecho privado.

dad para la selección de esta clase de personal al menos en lo que se refiere al grueso del sector público (como se sabe, la intensidad de aplicación de estos principios, y por sobre todo las reglas que los hacen efectivos, es menor en el caso de fundaciones, empresas públicas, etc., de acuerdo con la disposición adicional primera EBEP). Sin embargo, ese proceso de caracterización singular de este tipo de personal, como decimos, se extendió también a otros aspectos relativos al contenido de la relación (congelación de retribuciones, incompatibilidades, derechos y deberes, etc.), y ha culminado afectando también a la negociación colectiva y a la extinción de los contratos de trabajo para adaptarla a la posición institucional de nuestras Administraciones públicas, que, como ya apuntábamos, planteaba cierta problemática en la aplicación de las instituciones surgidas en el ámbito laboral⁶.

De nuevo, y como consecuencia de las últimas reformas acontecidas en materia laboral, se plantean nuevos desajustes entre la legislación laboral y la de empleo público respecto de la extinción del contrato de trabajo de forma colectiva que, en algún momento, convendría resolver.

2. *Una segunda reflexión introductoria: ¿la naturaleza de las relaciones laborales en el sector público requiere su definitiva calificación como especial y extraer todas las consecuencias que se derivan de la misma?*

Cómo sabemos, el Estatuto Básico del Empleado Público, norma de carácter básico, dedicó, por primera vez con una visión global y de conjunto, disposiciones específicas sobre el personal laboral al servicio de nuestras Administraciones públicas. En efecto, a lo largo de su articulado, los preceptos del EBEP desde este punto de vista podían clasificarse en diversas categorías: una primera de carácter común cuando se refiere a los empleados públicos en general, e inclusiva, por tanto, de funcionarios públicos y personal laboral; una segunda de carácter exclusivo para los funcionarios públicos; y, por último, una tercera categoría que establecería normas solamente referidas al personal sujeto al régimen laboral.

⁶ Pueden verse respecto de esta problemática, la aplicación de las reformas emprendidas al personal laboral al servicio de la Administración, el estudio anterior a estas últimas reformas que analizaremos de J. M. GOERLICH PESET y L. E. NORES TORRES, «La reestructuración de plantillas en los entes locales: un nuevo supuesto de dudosa aplicación en los entes locales», *Justicia Laboral: Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 4, 2000, y el más reciente de R. ROQUETA BUJ, «Las reestructuraciones de las plantillas laborales en la Administración Pública», *Actualidad Laboral*, núm. 3, 2011.

En este sentido, el artículo 7 del EBEP, norma clave en el sistema de interpretación de las fuentes de este tipo de personal⁷, establece inequívocamente que el personal laboral al servicio de las Administraciones públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan, estableciendo, de esta forma, un régimen especial para los trabajadores laborales del sector público⁸.

Pero lo cierto, y a pesar de los avances que pudo suponer esa concepción, es que la misma, muy a pesar del intento de ser respetuosa que ésta revelaba respecto del sistema de fuentes del personal laboral, ha terminado por revelarse con una cierta falta de ambición puesta de manifiesta sobre todo cuando los tiempos de bonanza han dejado paso a la actual situación⁹. Y es que, querámoslo o no y mal que nos pese, se ha producido en estas tres últimas décadas, fundamentalmente vía convenio colectivo pero no sólo (a título de ejemplo puede verse la normativa sobre incompatibilidades o la de prevención de riesgos laborales, etc.), una progresiva rigidez en las condiciones de trabajo de este personal, prácticamente asimilado en todo al colectivo de personal funcionario, sin mecanismos de flexibilización efectivos. Las distintas normas dictadas en los últimos meses, cierto es también, han introducido cambios decisivos en este escenario, sin duda flexibilizando su situación (baste referirnos a la cláusula de descuelgue de lo pactado prevista en el nuevo artículo 32.2 del EBEP tras su modificación en el pasado mes de julio), pero también volviendo a plantear de nuevo cuestiones largamente debatidas y me temo que aún no solucionadas.

⁷ Bien es cierto que el resto del articulado al abordar las distintas materias plantea una gran confusión al respecto, lo que ya ha obligado a los tribunales a pronunciarse sobre este sistema de fuentes, y en concreto respecto de las normas atinentes a los días de libre disposición, en la STS de 7 de diciembre de 2010. Puede verse, respecto de este punto, A. PALOMAR OLMEDA, «La problemática determinación del régimen jurídico del personal laboral al servicio de la Administración y, especialmente, de la Administración Local», *Revista de Estudios Locales*, núm. 112, 2008.

⁸ Esta norma, sin duda, supuso una apuesta por homogeneizar las condiciones de trabajo entre los distintos tipos de personal, intentando superar la problemática que planteaba la existencia de dos colectivos en ocasiones con condiciones de trabajo distintas en similares puestos de trabajo e introduciendo, junto a previsiones legales referidas al régimen de selección o disciplinario a título de ejemplo, la posibilidad de negociación común en diversos y variados aspectos. Por todos, y respecto del régimen jurídico resultante, pueden consultarse T. SALA FRANCO, «El personal laboral. La relación laboral especial de empleo público», en M. SÁNCHEZ MORÓN (dir.), *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, Valladolid, 2007, y J. M. LÓPEZ GÓMEZ, *La relación laboral especial de empleo público: estudio de su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*, Civitas, Navarra, 2009.

⁹ En el mismo sentido puede verse la opinión de J. PINAZO HERNANDEZ, «Disonancias y ausencias en la relación laboral de empleo público: un estatuto básico insuficiente», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 770, 2009, pág. 5, quien arguye que: «Si ciertamente el EBEP trae algo más de orden, esta aportación, dada la situación preexistente nos parece insuficiente —fundamentalmente en términos de disonancias y ausencias o silencios— de los que se dice en la Exposición de Motivos y lo que resulta del articulado».

¿Es una relación laboral de carácter especial? Si esto es así, ¿estamos abordándola con la coherencia y la extensión que exige esa definición? ¿Deberíamos distinguir a efectos de su regulación entre sector público y Administraciones públicas como ha realizado la reforma laboral? ¿Una regulación de carácter especial tan intensa como la que está aconteciendo finalmente justifica el mantenimiento de este tipo de personal en el ámbito de las Administraciones públicas? ¿Haría falta mayor coordinación de las medidas adoptadas en el ámbito laboral con la legislación de empleo público para que no se produzcan indeseables disfunciones entre los instrumentos establecidos para la organización y reestructuración del empleo público y las medidas que se adoptan?

Todas esas preguntas, que ya es hora de que nos pongamos a resolver, ponen de relieve una cuestión capital: que el Derecho laboral presenta una singular aplicación, no carente de dificultades, en el ámbito público. Más apreciable aún si, además, se hace caso omiso de la legislación que articula el funcionamiento de nuestras Administraciones públicas. No encuentro argumentos razonables para prescindir de los instrumentos que dichas normas contemplan y que garantizan una decisión más acertada. En efecto, las decisiones empresariales son libérrimas, absolutamente discrecionales, con el límite de que no pueden ser arbitrarias, y no están sujetas sino a lo dispuesto en el Derecho laboral¹⁰, pero la situación es distinta en el caso de las Administraciones públicas cuando actúan como empleadores, ya que éstas requieren para la adopción de sus decisiones, junto a títulos de intervención, justificar adecuadamente de forma previa la racionalidad, objetividad y servicio al interés general de las distintas decisiones que adoptan. Sin excepciones.

II. LA PROYECCIÓN DEL DERECHO PÚBLICO SOBRE LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: EL SUPUESTO DE LOS DESPIDOS COLECTIVOS PÚBLICOS

En los primeros meses de 2012, junto a otras medidas que han afectado al empleo público, se produjo, sin embargo, un hecho que, por singular y casi podríamos decir insólito en el marco de las relaciones laborales en el sector público, va a ser al que dediquemos especialmente

¹⁰ Bien es cierto que, profundizando en la libre voluntad empresarial, uno de los aspectos fundamentales de la reforma acontecida, en su primera versión, es que desaparecía el denominado juicio de razonabilidad existente hasta ahora, que requería una conexión directa entre el diagnóstico realizado y las medidas adoptadas, y que era la base de la intervención durante el procedimiento de la Inspección de Trabajo y a los propios jueces guiaba en su análisis sobre la procedencia del despido. La tramitación parlamentaria del Decreto-Ley ya citado, sin embargo, ha introducido cambios sustanciales en este aspecto.

nuestra atención. El RD-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, con posterioridad convertido en la Ley 3/2012, de 6 de julio, ha puesto sobre la mesa, sin duda, un nuevo escenario en las relaciones laborales del sector público, y no sólo para el denominado sector empresarial público, sino también, bien que con ciertas matizaciones, como luego veremos, con directa aplicación a las estructuras centrales de nuestras Administraciones públicas territoriales¹¹.

La reforma emprendida guiada por el objetivo, según confiesa su propia Exposición de Motivos, de dotar a las empresas de mecanismos de flexibilidad interna alternativos al despido nos introduce en un escenario distinto, cualitativamente, del que hasta ahora habíamos conocido¹². De esta forma, ya se trate de las medidas referidas a la clasificación profesional de los trabajadores (art. 22), la distribución, modificación o reducción de la jornada (arts. 34, 41 y 47), traslados geográficos (art. 40), modificación del sistema de remuneración y su cuantía (art. 41), descuelgue de convenios colectivos (art. 82), etc., se introducen novedades normativas que, sin perjuicio de que requiera un estudio sosegado determinar el alcance y los matices que puede presentar su aplicabilidad al sector público y en qué condiciones, suponen, sin lugar a dudas, un nuevo planteamiento de las relaciones laborales que afectan a este sector de los trabajadores de nuestro país.

Dichas medidas, adoptadas fundamentalmente en lo que se refiere a sus aspectos esenciales desde el punto de vista del mercado laboral privado, sin embargo, en su inmensa mayoría también son de aplicación al mercado laboral público, aunque me temo, y ya lo adelanto, que su conexión con la legislación de empleo público puede no haber sido perfectamente sincronizada. Y, como luego veremos, suscita alguna duda la sujeción jurisdiccional en algunos aspectos. Es más, en algunos casos concretos se da un paso atrás en la línea de reforma que emprendió el Estatuto Básico del Empleado Público respecto de la unificación de condiciones de trabajo del personal laboral y del personal funcionario y que, prácticamente, ha quedado inaplicada dado el escaso desarrollo que éste ha tenido en nuestro país.

En cualquier caso, y sin ningún género de dudas, la medida que mayor impacto mediático ha tenido ha sido la posibilidad de instrumen-

¹¹ Una crónica de sumo interés sobre la tramitación de la norma y sus principales hitos puede verse en E. ROJO TORRECILLA, «La reforma laboral de 2012. Seguimiento y análisis de la normativa aprobada, y de los debates habidos, desde el 12 de febrero al 28 de marzo», en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2012/03/la-reforma-laboral-de-2012-seguimiento.html>.

¹² Un riguroso estudio de la problemática que suscita dicha reforma en el sector público puede verse en S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *Despidos y otras medidas de reestructuración de plantillas en el sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

tar los denominados popularmente expedientes de regulación de empleo —en realidad y en la terminología actual, despidos colectivos— en el sector público, recogida en la disposición adicional segunda de las normas citadas, que añade una disposición adicional, la vigésima, al Estatuto de los Trabajadores¹³. ¿Se ha realizado adecuadamente? ¿A pesar de ser normas jurídico-privadas tiene algo que decir el Derecho administrativo sobre esa modificación legislativa? ¿Hubiera sido aconsejable establecer una conexión más estrecha entre las previsiones del EBEP y lo dispuesto en esta norma dirigida a reducir los excesos de plantilla? A ello, como decimos, vamos a dedicar la presente reflexión.

Como sabemos, y ya pertenece a la historia esta cuestión, había una discusión abierta sobre la aplicabilidad de dichos instrumentos de reducción de efectivos en el sector público, con jurisprudencia que transitaba en distintas direcciones y opiniones doctrinales diversas. En definitiva, se trataba de discernir si los artículos 51 y 52 del ET podían ser aplicados para extinguir contratos de trabajo en nuestras Administraciones públicas. Desde luego, si atendemos a lo dispuesto en el ya citado artículo 7 del EBEP, no parecía que pudiera objetarse nada a su aplicabilidad. Pero lo cierto es que la solución no era tan sencilla y, desde luego, no estaba exenta de matices

Los argumentos contrarios a su aplicación discurrían por distintos derroteros: autonomía financiera de las AA.PP. que les permitía adoptar otras medidas como subir impuestos o adoptar otras alternativas distintas al despido colectivo, la obligación de éstas de prestar los servicios públicos de manera permanente y continua, etc. También los había a favor; verbigracia, el principio de eficacia de las Administraciones públicas que obligaría a optimizar los recursos humanos disponibles, que la legislación laboral no distingue entre las empresas lucrativas y las que no lo son, etc.

La línea jurisprudencial mayoritaria, o bien objetaba la posibilidad de los denominados ERES en las Administraciones públicas, o bien los aceptaba pero con una serie de modulaciones o adaptaciones que minimizaban sus efectos (SSTSJ de Cataluña de 10 de junio de 1998 y 9 de marzo de 1999; de Valencia de 26 y 27 de septiembre de 1997 y 12 de diciembre de 1997; de Andalucía de 9 de mayo de 1997; y, más recientemente, las SSTSJ de Canarias de 28 de febrero y 20 de junio de 2011; sentencia del Juzgado núm. 12 de Barcelona de 13 de diciembre de 2011, referida a INCASOL, etc.).

¹³ La bibliografía sobre los despidos colectivos y objetivos es abundante en la doctrina laboralista. Por todos, podemos citar aquí MONEREO-FERNÁNDEZ AVILÉS, *El despido colectivo en el derecho español. Estudio de su régimen jurídico*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

Por su parte, la doctrina (CRUZ VILLALÓN, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, ROQUETA BUJ, etc.) parecía mayoritariamente inclinada a su aplicabilidad, aunque advertía, bien es cierto, la matización que su aplicación habría de conllevar tanto en lo que se refiere a la concurrencia de las causas como a razones de procedimiento en el que la existencia de diversos instrumentos en el ámbito del empleo público exigiría su modificación (específicamente se referían fundamentalmente a las relaciones de puestos de trabajo).

Pero, ciertamente y frente a los argumentos contrarios a su aplicación, la reforma laboral acontecida en 2010 y la consiguiente modificación de los preceptos correspondientes, incluyendo cláusulas específicas para las AA.PP.¹⁴, parecieron despejar en cierta medida su aplicabilidad al sector público, aunque lo cierto es que no dejó de subsistir, como decíamos, una cierta discusión tanto doctrinal como jurisprudencial¹⁵.

La reforma laboral acontecida en 2012 despeja, ahora sí, cualquier clase de duda sobre dicha aplicación y, de esta forma, su disposición adicional segunda, que añade una disposición adicional vigésima al Estatuto de los Trabajadores, deja franco el camino para la realización de despidos colectivos en el ámbito público¹⁶.

No obstante, las preguntas, y como ya hacíamos más arriba, se plantean de forma inmediata: ¿se puede, o al menos se debe, aplicar sin más esta disposición prescindiendo del resto del ordenamiento jurídico, y más en concreto del Estatuto Básico del Empleado Público? ¿Es esto posible, sin más, en nuestras Administraciones públicas?¹⁷. ¿Es

¹⁴ Como es conocido, el artículo 52, en la dicción de la reforma laboral realizada en 2010, incluyó una causa específica de despido objetivo, que se mantiene en la redacción actual, en aquellos supuestos de planes y programas finalistas si se producía una insuficiencia en la consignación presupuestaria, sin que fuese necesario demostrar situaciones parejas de deterioro económico.

¹⁵ Puede verse, hasta las reformas acometidas recientemente, el trabajo de R. AGUILERA IZQUIERDO, «La extinción del contrato de trabajo del personal al servicio de las Administraciones Públicas: algunas singularidades», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 93, junio 2011, Informes y estudios.

También puede consultarse, haciéndose eco de este dilema y resolviéndolo a favor de su aplicación, la sentencia de 22 de octubre de 2012 del Juzgado de lo Social núm. 3 de Sevilla, que, sin embargo, reconoce expresamente que: «Como a cualquier Administración pública, a la fundación demandada, le son en cierto modo extrañas las regulaciones y prevenciones legales sobre los despidos objetivos —individuales o colectivos— de naturaleza económica, técnica, organizativa o de producción», pero concluyendo su aplicabilidad, si bien «debe ser necesariamente diferente la perspectiva para la debida aplicación de tales normas y criterios reguladores respecto de los que rigen para la empresa privada».

¹⁶ Para su aplicación práctica es útil I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J. REYES HERREROS (coords.), *Guía de los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, Lex Nova-Thompson Reuters, Valladolid, 2012.

¹⁷ No se olvide, por lo demás, la íntima relación que la legislación administrativa tiene para el personal laboral al servicio del sector público. Así, por ejemplo, la normativa presupuestaria que impide la contratación temporal prevalece sobre lo dispuesto en el convenio colectivo. Véase la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 28 de septiembre de 2012.

innecesario cualquier trámite administrativo previo de definición de la voluntad del órgano administrativo en el correspondiente expediente de despido colectivo en todos los supuestos previstos en la norma? Si esto es así, ¿no se están vaciando de contenido los instrumentos de planificación y racionalización del empleo público respecto de este personal? Si aún sigue siendo la respuesta positiva, ¿es esto último deseable?¹⁸.

Soy consciente de que puede argumentarse, a la vista de las previsiones establecidas en el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, que aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada¹⁹, y muy específicamente de lo prevenido en sus artículos 39 y 40, que contienen reglas específicas sobre la documentación a aportar en estos procesos cuando se refieren a la Administración pública, que no es necesario ningún requisito adicional a los allí establecidos, dejando a salvo, lógicamente, los elementos reglados para el ejercicio de dicha competencia²⁰. Pero dejando al margen, en lo que sea posible, si es esto posible o no jurídicamente en el marco creado por esa norma reglamentaria, creo que lo realmente relevante es preguntarnos si es conveniente esa desconexión. Si verdaderamente, y con independencia de aliviar las arcas públicas, se pretende o subyace en la norma un intento serio de redimensionar adecuadamente el sector público.

1. *Las características de la norma legal que habilita el despido colectivo en las Administraciones públicas*

Acerquémonos a las características de la norma objeto de análisis. La norma tiene como objetivos —su propio Preámbulo lo establece

¹⁸ Ciertamente, y en ciertos supuestos (servicios no obligatorios como, a título de ejemplo, pueden ser las radios o televisiones municipales), las reflexiones que a continuación siguen tendrían una menor aplicación, sin perjuicio de que siempre los elementos reglados para el ejercicio de una potestad discrecional estén presentes: competencia y procedimiento previo a la adopción de dicha decisión que justifique la misma y, en su caso, modificación de la relación de puestos de trabajo.

¹⁹ Dicho Reglamento deroga el RD 801/2011, de 13 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, y la Orden ESS/487/2012, de 8 de marzo, sobre vigencia transitoria de determinados artículos del Reglamento citado. Modifica, asimismo, el RD 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo.

²⁰ Así lo confirma la STSJ de Andalucía (Málaga) de 25 de octubre de 2012, que en su fundamento séptimo desestima la pretensión de la necesaria existencia de un Plan de Ordenación de Recursos Humanos o de la Relación de Puestos de Trabajo —en el caso concreto inexistente—, pero repárese, en lo que a la lógica se refiere, que la propia sentencia reconoce que la inexistencia de éstos es seguramente la que ha dado lugar a la situación de sobredimensionamiento de plantilla que acontecía en el Ayuntamiento.

así— conseguir la viabilidad y la mayor eficiencia de la entidad pública de que se trate, es decir, ser un instrumento más para atender a la suficiencia financiera y la sostenibilidad económica de nuestras Administraciones públicas²¹. Y si esto es así, si ése es el objeto de la misma, necesariamente debe tenerse en cuenta a estos efectos su carácter meramente habilitante. Quiere decirse que, con independencia de la necesaria concurrencia de las causas que habilitan la adopción de dichas medidas, lo que ha de ser objeto de constatación en el expediente preceptivo, la misma no necesariamente debe ser aplicada si existen otros cauces menos lesivos para el interés general y más favorables al mantenimiento del empleo, a fin de que su aplicación no sea contraria al principio de razonabilidad de la actuación de la Administración pública y la prohibición de la arbitrariedad que rige su actuación. La propia regulación llama a ello en el período de consultas, bien es cierto que no otorga todos los mecanismos posibles.

De esta forma, ya sea para que quede debidamente justificado que a esa situación económica de insuficiencia sólo cabe hacerle frente con una reducción de los medios personales, o que, en cualquiera de los otros supuestos, sólo la presentación del expediente de despido colectivo es la única medida de entre todas las posibles, dicho extremo, en mi opinión, debiera acreditarse en un expediente previo administrativo que debería justificar que no pueden adoptarse otras medidas o éstas son insuficientes (supresión de servicios no obligatorios, reestructuración de jornadas, reducción salarial, supresión de fondos sociales, etc.). Y eso tiene un cauce en las Administraciones públicas, que son los Planes de Reordenación de Recursos Humanos, a los que más adelante aludiremos de forma más específica²².

Pero volviendo a las características de la norma, una vez aludida esta cuestión previa, destacan las siguientes.

A) *Ámbito de aplicación*

La misma viene referida a todo el sector público incluido en el artículo 3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Públi-

²¹ Curiosamente, y aunque la indemnización aplicable al despido colectivo es idéntica a la del despido objetivo individual, es decir, veinte días de salario por año de servicio, con el límite de doce mensualidades, manteniéndose lo ya establecido, sin embargo, y al ser necesario ahora un preaviso de quince días (art. 53.1 ET), puede encarecerse éste.

²² En la STSJ de Andalucía (Málaga) de 25 de octubre de 2012 se rechaza que nuevos acontecimientos, como fue la supresión de la paga extraordinaria, la externalización de servicios realizada o un importante capítulo de ingresos devengados pero no recaudados efectivamente, sean motivo suficiente para la no concurrencia de la causa económica y organizativa alegada. Lógicamente, pensamos nosotros, dependerá de las circunstancias concretas.

co²³. Ahora bien, tras el *iter* parlamentario y la promulgación del Reglamento de desarrollo, sólo a las Administraciones públicas, entendiéndose por tales las incluidas en el apartado 2 de ese artículo 3, les son aplicables las causas específicamente establecidas en esa disposición, por lo que, aun siendo aplicable la posibilidad de aplicación del despido colectivo a todas las establecidas en el apartado 1, las que no tienen carácter estrictamente de Administración pública serán regidas, tanto las causas como el procedimiento, por las normas establecidas con carácter general para el sector privado²⁴.

Sin embargo, y hasta la promulgación de la norma reglamentaria, se planteaba un problema interpretativo de enorme relevancia consistente en si al enumerar dicho precepto de forma independiente a la Administración territorial y a la eventual instrumental dependiente de ésta, la insuficiencia económica como causa de despido había de referirse a la Administración concreta integralmente considerada o cabría tan sólo que se refiriese a la entidad instrumental dependiente de ésta²⁵.

²³ Recordemos que, a los efectos de esa Ley, se considera que forman parte del sector público los siguientes entes, organismos y entidades: la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las entidades que integran la Administración local; las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social; los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales, las universidades públicas, las agencias estatales y cualesquiera entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo, incluyendo aquellas que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad; las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a) a f) del presente apartado sea superior al 50%; los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refieren el artículo 6.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y la legislación de régimen local; las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50% por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades; las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social; cualesquiera entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia; las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores.

²⁴ Bien es cierto que, adicionalmente, el artículo 34 del Reglamento, en su párrafo 3.º, indica, para estos organismos, que: «En los procedimientos contemplados en este apartado, y por lo que afecta a la documentación mencionada en el artículo 3.1 de este Reglamento, los entes, organismos y entidades a que se refiere el párrafo anterior deberán indicar, además, la relación de las causas del despido con los principios contenidos en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, con las medidas o mecanismos previstos en la misma o con los objetivos de estabilidad presupuestaria a que dicha norma se refiere».

²⁵ Téngase en cuenta para la aplicación de esta causa en el sector instrumental local que la Administración instrumental es una forma de prestación de los servicios públicos, entre

La cuestión ha sido resuelta, paradójicamente, de forma distinta a como era interpretado por la jurisprudencia para el sector privado y, de forma más radical, por la norma reglamentaria que para evitar dicha cuestión prevé en su artículo 36 los siguientes extremos:

- El ámbito del procedimiento vendrá constituido por el correspondiente al del departamento ministerial, al del ente, organismo o entidad dependiente de la Administración General del Estado.
- En el caso de las Comunidades Autónomas, por el de la consejería u órgano que éstas determinen o por el ente u organismo vinculado o dependiente de ellas.
- En el caso de la Administración local, el ámbito del procedimiento será el de la correspondiente entidad local, o el de los entes u organismos o entidades vinculados o dependientes de ella.

¿Estamos ante un *ultra vires* de la norma reglamentaria?²⁶. ¿Se quiebra, en cierto modo, el paradigma general largamente asentado

otros, que pueden adoptarse. Y repárese que algunos de los mismos pueden ser de naturaleza obligatoria y su suficiencia o insuficiencia financiera va a venir dada, en la mayoría de los casos, por el mantenimiento o disminución de la aportación que realiza la entidad matriz. En este sentido, no está de más recordar que la causa deliberadamente provocada, es decir, aquellos comportamientos dirigidos a buscar la crisis resulta ineficaz a la hora de justificar el despido (por todas, la STS de 17 de julio de 2008, RJ 6146).

Por otro lado, la jurisprudencia (véase, a estos efectos, STS de 14 de mayo de 1998, Rec. 3539/199) ha mantenido que cuando se aleguen «*causas económicas*» la unidad de referencia deberá ser la «*empresa*», y no el «*centro de trabajo*»; sin embargo, y por el contrario, cuando se aleguen «*causas técnicas u organizativas*» parece que podrán ser estas entidades instrumentales. Ahora bien, en los supuestos de grupos de empresas (supuesto perfectamente aplicable a nuestro caso), la «*causa económica*» se contempla a nivel del grupo y no de cada empresa, siempre que pueda levantarse el velo de la personalidad jurídica, como acontece en entre las Administraciones territoriales y sus entidades instrumentales (por todas, STS de 23 de enero de 2007, Rec. 641/2005). Recordemos, a estos efectos, que la jurisprudencia del TS mantiene unos criterios para considerar que existe grupo de empresas: funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo; prestación de trabajo, común o simultánea, en varias de las empresas del grupo; creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales; confusión de plantillas; confusión de patrimonios; apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección (véase la STSJ de Madrid de 11 de junio de 2012).

²⁶ En este caso, como en otros supuestos (procedimiento a seguir, desarrollo normativo de las causas previstas legalmente, etc.), parece pertinente al menos plantearnos la cuestión. Recordemos, a estos efectos, que la doctrina más solvente ha hablado de la función de «complemento indispensable» que han de cumplir los reglamentos ejecutivos en desarrollo de una ley.

Refiriéndonos a este concreto aspecto, y una vez aprobada ya la reforma, distintos pronunciamientos jurisprudenciales en el orden social han cuestionado que pueda realizarse por centros de trabajo, y no sólo porque la normativa española lo permita o impida, sino por expresa aplicación de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio, y del Convenio núm. 158 de la OIT, sobre extinción de la relación de trabajo por iniciativa del empleador (SAN de Madrid de 25 de julio de 2011).

de la sucesión universal de derechos y obligaciones entre las entidades matrices y las instrumentales en esta materia? Desde luego, dichas cuestiones suscitan algunas dudas. No obstante, y con independencia de las mismas, la conclusión, si unimos a esto la imposibilidad de aplicación de lo dispuesto en el artículo 47 ET —suspensión de contratos y disminución de jornada—, parece clara, a saber: no se desea en el sector público, añadamos que de forma exclusiva en éste, ninguna salida alternativa al ajuste de plantilla mediante la extinción de contratos²⁷.

De hecho, y después de que el sector privado, en estos últimos años, haya hecho un serio ajuste en las condiciones de empleo de su personal, sin duda en menos, parece que le ha llegado la hora al sector público, en que, tras una primera fase en que los trabajadores interinos por cobertura de vacante —una vez admitida por la jurisprudencia la amortización de sus vacantes como causa de extinción contractual— han perdido su empleo sin derecho a indemnización alguna, toca ahora al personal indefinido y fijo. Y, lamentablemente, esta opinión parece que resulta avalada por los datos conocidos en materia de empleo²⁸.

B) *Causas que habilitan para el despido colectivo*

El despido colectivo es un despido causal. Es decir, se exige la concurrencia de una causa justificada. Así lo establece el Convenio núm. 158 de la OIT, ratificado por España, y que exige que dicha causa se base en las «necesidades de la empresa» y que exista un control judicial sobre si la misma está justificada.

En referencia a las causas que habilitan al despido para las entidades, entes y organismos considerados Administraciones públicas por el artículo 3.2 LCSP²⁹, comunes a los despidos colectivos y objetivos, hay que hacer alusión, en primer término, a que ya la reforma laboral de

²⁷ Aspecto que ya fue apuntado, bien que refiriéndose a las pretensiones de las asociaciones empresariales, por R. ROQUETAS BUJ, «Los ajustes en materia de personal en las Administraciones Públicas», *Boletín de Función Pública del INAP*, núm. 6, 2011, y que finalmente parece haberse impuesto en la regulación establecida.

²⁸ De hecho, los datos empiezan a reflejar esos ajustes en las plantillas de las Administraciones públicas. Así, entre enero y septiembre de 2012 los datos de afiliación a la Seguridad Social de los sectores de Administración pública, sanidad y educación se redujeron en 220.472 personas, y es el tercer sector más afectado, tras la construcción y la industria.

De esta forma, de los datos de la EPA y de otros estudios —Catedra BBVA de Análisis Económicos— se desprende que el sector público (-7,00%) empieza a superar porcentualmente la pérdida de empleo frente al sector privado (-5,30%). Y si nos fijamos en los datos desagregados, son el sector local (-19,28) y el sector instrumental autonómico y local (-15,99%) los que registran mayores pérdidas de empleo.

²⁹ En el caso de que no tengan consideración estricta de Administración pública, aun cuando formen parte del sector público, las causas y el procedimiento serán comunes al sector privado. Así lo prevé el artículo 34.3 del Real Decreto 1483/2012.

2010 flexibilizó las causas habilitantes para este despido, lo que se profundiza en esta reforma de 2012 con la intención, ya veremos si ocurre, de limitar el control judicial de las mismas, pues las decisiones empresariales, siempre y necesariamente, han de ajustarse a la buena fe y rige plenamente la interdicción del abuso del derecho. A este respecto, que la medida sea racional y proporcionada, en consolidada expresión jurisprudencial, creo que seguirá siendo exigible aún más en las Administraciones públicas, por obvias razones³⁰.

Las causas establecidas son las siguientes³¹:

- Causas económicas: insuficiencia presupuestaria sobrevenida (parece que habrá de entenderse el adjetivo como no esperada o imprevisible) y persistente (cuando se produce durante tres trimestres consecutivos)³² para la financiación de los servicios públicos correspondientes. El Reglamento ha facilitado, aún más si cabe, la aplicación de dicha causa al objetivarla aún más y con una dicción en la que prácticamente estarían incluidas todas las entidades públicas del país³³.

³⁰ Bien es cierto que mantener un nivel de empleo público alto o no hacerlo, mediante la supresión de entidades instrumentales como puede ser una fundación, es una opción perfectamente legítima que justifica, por causas objetivas, el despido por razones económicas de los trabajadores. Véase la sentencia de 22 de octubre de 2012 del Juzgado de lo Social núm. 2 de Sevilla, sobre la supresión de la Fundación para la Formación, Innovación y Cooperación del Ayuntamiento de Sevilla.

³¹ Importada desde las causas que eran de aplicación a los trabajadores pertenecientes al sector privado, la separación causal deriva de la jurisprudencia de nuestros tribunales. Véanse, a estos efectos, las SSTs de 14 de junio de 1996, Rec. 3099/1995, y 13 de febrero de 2002, RJ 3787. En cualquier caso, son causas distintas y basta con que se dé una de ellas para justificar un despido colectivo, aunque pueden concurrir conjuntamente dos de ellas o todas ellas (por todas, STS de 13 de marzo de 2002, Rec. 1436/2001), ya que pueden estar relacionadas entre sí.

Tengo serias dudas de que la redacción utilizada en el sector público sea la más adecuada. De esta forma, a diferencia de las causas económicas, las técnicas y organizativas no se proyectan en el plano de la suficiencia financiera (rentabilidad en el caso de las AA.PP.), al que sólo se refieren de forma indirecta, sino que se proyectan, en el mercado privado, sobre el plano de la competitividad. ¿Es esto aplicable a nuestras Administraciones públicas? No digo que el principio de eficacia de la acción administrativa no pudiera ampararlas; digo, simplemente, que quizás la posición constitucional de la Administración pública exigiría un planteamiento de las causas en ésta y los procedimientos para llevarlas a cabo.

³² Parece que la expresión utilizada, al escoger el trimestre como unidad de cómputo, indica que es el resultado del trimestre el que ha de tenerse en cuenta, con independencia del resultado de los meses incluidos en dicho trimestre. Por otro lado, la STSJ de Andalucía (Málaga) de 25 de octubre de 2012 entiende que el carácter de sobrevenida hace referencia a la concurrencia de circunstancias que no fueron tomadas en cuenta en el momento de la aprobación del presupuesto del ente, organismo o entidad correspondiente.

³³ El artículo 35.3 de la norma reglamentaria establece qué se entiende por insuficiencia presupuestaria:

- a) que en el ejercicio anterior la Administración pública en la que se integra el departamento, órgano, ente, organismo o entidad hubiera presentado una situación de déficit presupuestario, y

- Causas técnicas: cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de prestación del servicio público o actividad de interés general de que se trate (lo que parece apuntar a la introducción de tecnología que permita prescindir de trabajadores, por lo que, al menos en este supuesto, habrá de acreditarse la concurrencia de dicha circunstancia).
- Causas organizativas: cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal adscrito al sector público o actividad de interés general de que se trate (lo que parece indicar que se trata de medidas adoptadas para externalizar la prestación de determinados servicios).

La norma, sólo la legal, no la reglamentaria (que sí lo hace para las entidades del sector público que no se consideran Administración pública), alude también a causas de producción. Recuérdese, a estos efectos, que dicha causa en el ámbito privado se refiere a que se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado. ¿Qué significado puede tener esto en la Administración pública? No parece que quepa incluir aquí, o desde luego habrían de introducirse importantes matizaciones, una disminución de la demanda de prestación de servicios cuando éstos sean obligatorios; pero, a título de ejemplo, ¿cabe incluir aquí la desaparición de servicios o funciones atribuidos hasta el momento a una concreta Administración pública?³⁴

Pero lo que realmente produce esa inquietud es tener que hacernos esas preguntas. ¿Por qué, a diferencia de las otras causas, no se definieron? Ninguna explicación, en principio, podría encontrarse ante esa ausencia, salvo que la misma sea deliberada. Lógicamente, y atendiendo a que se ha dictado una norma específica para la Administración pública que no opera en el mercado, no pareciera descabellado pensar que hubiese sido oportuno establecer qué significan esas causas productivas en ésta. La explicación más razonable es pensar que dicha

-
- b) que los créditos del departamento o las transferencias, aportaciones patrimoniales al órgano, ente, organismo o entidad, o sus créditos, se hayan minorado en un 5% en el ejercicio corriente o en un 7% en los dos ejercicios anteriores.

A estos efectos, se tendrán en cuenta tanto las minoraciones efectuadas en el presupuesto inicial como, respecto del ejercicio en curso, las realizadas en fase de ejecución presupuestaria.

¿Cabe preguntarse de nuevo si estamos ante un *ultra vires* de la norma reglamentaria?

³⁴ Posibilidad apuntada por J. CANTERO MARTÍNEZ, «Las medidas de racionalización de plantillas...», *op. cit.*, pág. 31. Repárese sobre algunas reformas en curso como el Anteproyecto de Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, que reduce las competencias municipales y tiende a una supresión de los denominados «servicios impropios».

causa no es aplicable a las entidades incluidas en el artículo 3.2 del TRLCSP, es decir, aquella parte del sector público que no opera en el mercado. Y es que parece que debe interpretarse que cuando la disposición adicional segunda de la norma legal se refiere a estas causas productivas lo hace porque ahí con carácter general se está refiriendo a ambos tipos de entidades, las que operan y las que no operan en el mercado, pero sin pretender que las causas productivas sean de aplicación al núcleo duro de nuestras Administraciones públicas.

En cualquier caso, la norma, ya en su redacción, plantea numerosas cuestiones que a buen seguro requerirán de una cierta labor jurisprudencial para su delimitación, que ya se empieza a producir, a saber: la utilización intensiva de conceptos jurídicos indeterminados (al menos en lo que se refiere a las causas técnicas y organizativas) que, a buen seguro, producirá en la fiscalización jurisdiccional no pocos problemas sobre la razonabilidad en su aplicación exclusiva al personal laboral; si la estructura de norma «abierta» que se traduce en la expresión «entre otras» resulta adecuada en el sector público³⁵; si el cómputo de los trimestres consecutivos se ha de hacer a partir de la entrada en vigor de la norma o no; si se exige o no un número mínimo de trabajadores afectados dependiendo del número de empleados de la empresa, según lo previsto en el artículo 51, en este caso el denominado despido colectivo, o no se requiere en el supuesto de despidos objetivos, según lo dispuesto en el artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores, que permite en estos supuestos que el número de trabajadores afectados sea menor; si existe una regla especial de cómputo en el caso de la Administración pública que cuenta con personal laboral y funcionario³⁶; forma de cómputo del período de noventa días previsto para los des-

³⁵ Ese carácter abierto de la norma ha sido corroborado por los tribunales. Así, la STSJ de Andalucía (Málaga) de 25 de octubre de 2012, cuyo fundamento duodécimo establece que la identificación de las causas organizativas no tiene, pues, carácter cerrado.

³⁶ El artículo 35.1 del Real Decreto 1483/2012 establece ciertas reglas para ese cómputo, a fin de obviar la doctrina jurisprudencial sobre la realización del cómputo sobre el conjunto de la empresa (vid. STSJ de Aragón de 28 de febrero de 2011), aunque no despeja todas las dudas que pueden presentarse. Así, dispone en su artículo 35.1 los siguientes parámetros:

a) Diez trabajadores, en el departamento ministerial, en el ente u organismo dependiente de la Administración General del Estado o vinculado a ésta, en la consejería de las Comunidades Autónomas o en el órgano que éstas determinen, entes u organismos dependientes o vinculados a ellas, así como en las entidades de la Administración local y en los entes u organismos dependientes de ellas que ocupen menos de cien trabajadores.

b) El 10% del número de trabajadores de los mismos, en aquel departamento ministerial, ente u organismo dependiente de la Administración General del Estado o vinculado a ésta, en la consejería de las Comunidades Autónomas o en el órgano que éstas determinen, entes u organismos dependientes o vinculados a ellas, así como en las entidades de la Administración local y en los entes u organismos dependientes de ellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.

pidos colectivos, y los eventuales fraudes de ley en que se puede incurrir, etc.³⁷.

C) *Los títulos de intervención*

La norma objeto de análisis señala que estos procedimientos de despido colectivo habrán de realizarse en el marco de los procedimientos preceptivos y correctivos regulados en la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, lo que pareciera indicar, en principio, que el título habilitante debieran ser los planes y resto de mecanismos de intervención previstos en dicha normativa³⁸. Se ha de indicar, a estos efectos, la posibilidad de adoptar medidas coercitivas y de cumplimiento forzoso que se contemplan en la norma sobre sostenibilidad financiera anteriormente citada (arts. 25 y 26 de la Ley 2/2012), lo que parecería indicar que éstos, y no otros, serían los títulos habilitantes para la actuación de las Administraciones públicas en esta materia, dados los objetivos que veíamos inspiraban la reforma laboral. Pero la solución no resulta tan lineal como pudiera suponerse.

Especialmente significativo es el caso de las entidades locales. Desde principios de 2012 se impele a las entidades locales a realizar dis-

c) Treinta trabajadores, en el departamento ministerial, en el ente u organismo dependiente de la Administración General del Estado o vinculado a ésta, en la consejería de las Comunidades Autónomas o en el órgano que éstas determinen, entes u organismos dependientes o vinculados a ellas, así como en las entidades de la Administración local y en los entes u organismos dependientes de ellas que ocupen más de trescientos trabajadores.

Y añade en su apartado 2 que, a efectos del cómputo de trabajadores, se incluirá la totalidad del personal laboral contratado en el ámbito correspondiente con arreglo al Estatuto de los Trabajadores o normativa dictada en su desarrollo. Es decir, se excluye al personal funcionario para el cómputo.

³⁷ En torno a todas estas cuestiones es de sumo interés la consulta de A. BLASCO PELLICER, «El paradigma de la reestructuración empresarial: el expediente de regulación de empleo», en J. LÓPEZ GANDÍA y A. BLASCO PELLICER (coords.), *Crisis de Empresa y Derecho del Trabajo. IV Jornadas Universitarias Valencianas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs.119 a 184.

³⁸ Similar dicción utiliza el Real Decreto al que venimos haciendo referencia. De esta forma, el artículo 34.2 alude a que: «Dichos procedimientos se desarrollarán en el marco de los mecanismos preventivos y correctivos regulados en la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas», lo que pareciera indicar que sólo en el marco de estos mecanismos puede utilizarse ese procedimiento; pero, de una forma equívoca respecto de lo expuesto, el apartado 3 añade que: «A los fines previstos en el apartado anterior los entes, organismos y entidades que formen parte del sector público deberán incluir entre la documentación correspondiente al procedimiento de despido colectivo, una memoria explicativa de las causas del despido, así como de su relación con los principios contenidos en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, con las medidas o mecanismos previstos en la misma o con los objetivos de estabilidad presupuestaria a que hace referencia», lo que parece abrir el abanico de posibilidades no ceñidas a los instrumentos allí contemplados.

tintos tipo de planes: de racionalización y reordenación del sector público local (Acuerdo de 25 de enero de 2012 de la Comisión Nacional de Administración Local), pero también, como sabemos, el RD-Ley 4/2012, de 24 de febrero, por el que se determinan obligaciones de información y procedimientos para establecer un mecanismo de financiamiento para el pago a los proveedores de las entidades locales, contempló, como un mecanismo esencial para su implementación, la presentación de un Plan de Ajuste antes del 30 de marzo del pasado año.

Plan de Ajuste que, entre otras muchas medidas, habría de contemplar algunas previsiones en lo que se refiere a nuestro objeto de análisis, a saber: reducción de costes de personal (reducción de sueldos o efectivos); regulación del régimen laboral y retributivo de las empresas públicas, tomando en consideración aspectos tales como el sector de actividad, el volumen de negocio, la percepción de fondos públicos, limitación de salarios en los contratos mercantiles o de alta dirección, con identificación del límite de las retribuciones básicas y de los criterios para la fijación de las retribuciones variables y complementarias, que en cualquier caso se vincularán a aspectos de competitividad y consecución de objetivos que promuevan las buenas prácticas de gestión empresarial, etc.; reducción del número de consejeros de los consejos de administración de las empresas del sector público; regulación de las cláusulas indemnizatorias de acuerdo a la reforma laboral en proceso; y, por último, la reducción del número de personal de confianza y su adecuación al tamaño de la entidad local.

¿Es un título habilitante, cabe preguntarse, este denominado Plan de Ajuste para proceder al despido colectivo o sólo tienen este carácter habilitante los distintos instrumentos contemplados en la normativa sobre sostenibilidad? Y cabe, además, preguntarse: ¿lo son ambos? ¿Puede serlo otro cualquiera?³⁹. Lo cierto es, que con independencia de las dudas que pueda suscitar, parece que también este Plan de Ajuste puede ser otro título habilitante para proceder a tomar distintas medidas en este aspecto, y, respondiendo a las preguntas suscitadas, creo que también serían admisibles otros distintos a ambos⁴⁰.

³⁹ Dichos Planes, y su puesta en funcionamiento, vienen regulados en los artículos 18 a 26 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

⁴⁰ A dicha conclusión puede llegarse si observamos que la legislación posterior utiliza indistintamente ambos instrumentos para permitir la adopción de medidas excepcionales como la suspensión de convenios o pactos y acuerdos. En este sentido puede verse la disposición adicional segunda del RD-Ley 20/2012, que establece que: «A los efectos de lo previsto en el artículo 32 y 38.10 del Estatuto Básico del Empleado Público se entenderá que concurre causa grave de interés público derivada de la alteración sustancial de las circunstancias económicas cuando las Administraciones Públicas deban adoptar medidas o planes de ajus-

Pero, precisamente por ello, las distintas medidas que se adopten en las Administraciones públicas, y no son las de personal las únicas que pueden adoptarse, debieran quedar debidamente justificadas. En positivo, ya que la racionalidad y proporcionalidad de la medida han de quedar aún más fuera de duda en el caso de las Administraciones públicas. Y en negativo, es decir, que no existen otras vías alternativas al despido.

D) *Los procedimientos*

Lo primero que cabe plantearse, en este punto, es si en el caso de las Administraciones públicas los procedimientos establecidos en los artículos 51 y 52.c) del ET se ven completados, o matizados en su aplicación, por lo dispuesto en los artículos 35 y ss. del RD 1483/2012, por el que se regulan los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada. A ello conduciría una primera lectura de lo establecido en la disposición adicional segunda de la Ley 3/2012. Alternativamente, también cabe interpretarlo de otro modo, es decir, el procedimiento previsto es el establecido en los artículos ya citados de dicha norma y sólo rige en el caso de las entidades públicas previstas en el artículo 3.2 de la legislación contractual, el procedimiento previsto en el artículo 51 del ET y en los correspondientes de la norma reglamentaria, de forma supletoria. La cuestión no es baladí si nos fijamos en la repercusión de la interpretación de la misma sobre la intervención mediadora de la autoridad laboral y de la Inspección de Trabajo en el procedimiento.

En este sentido, el artículo 34.1 del RD establece que los procedimientos de despido colectivo contemplados en la disposición adicional vigésima del Estatuto de los Trabajadores se rigen por las normas contenidas en el título III, para después aclarar en el apartado 3 que en el caso de los entes, organismos y entidades que, formando parte del sector público de acuerdo con el artículo 3.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, no tengan la consideración de Administraciones públicas en los términos establecidos en el artículo 3.2 de dicha norma, el procedimiento aplicable para los despidos colectivos en los supuestos a que se refiere ese apartado será el contenido en el título I. Y terminar aseverando dicho artículo en su apartado 4 que en lo

te, de reequilibrio de las cuentas públicas o de carácter económico financiero para asegurar la estabilidad presupuestaria o la corrección del déficit público».

Así ha sido, asimismo, confirmado por la jurisprudencia. Véase la STSJ de Andalucía (Málaga) de 25 de octubre de 2012.

no recogido en este título (se refiere al específico para las Administraciones públicas), y en cuanto no se oponga, contradiga o sea incompatible con el mismo, será de aplicación el procedimiento general contemplado en el título I.

Es decir, en definitiva, rige en el caso de las Administraciones públicas ese título y sólo de forma supletoria lo previsto con carácter general para el mercado laboral privado, lo que, en cualquier caso y como se viene apuntando y se expondrá más adelante, no quiere decir que en forma previa a la utilización de estos procedimientos no deberá seguirse cualesquiera procedimientos administrativos que sean preceptivos⁴¹ que, además, deberán ser realizados por el órgano competente (elementos reglados del ejercicio de la competencia).

El procedimiento previsto en la norma reglamentaria realiza una traslación del procedimiento regulado para el mercado laboral privado al ámbito de las Administraciones públicas. No obstante, lo realiza articulando un verdadero procedimiento administrativo de carácter formalizado, si bien hace descansar en similares principios los trámites fundamentales del procedimiento, a saber:

a) Un período de consultas, que ha de ser útil y no meramente a efectos de cumplir el trámite previsto⁴², de una duración no superior a treinta días, o de quince días en las empresas de menos de cincuenta trabajadores⁴³. Ahora bien, dicho período de consultas ha de realizarse con un objetivo mínimo: posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación o

⁴¹ No me refiero, es obvio, a la autorización administrativa previa para proceder al despido colectivo, que, como es conocido, ha desaparecido del artículo 51 ET, aunque lo cierto es que la misma y la configuración de las causas era uno de los elementos básicos que, en líneas generales, daban respuesta en el Derecho interno a lo establecido en la Directiva comunitaria 75/126/CEE, de 17 de febrero, así como a la 92/56/CEE, de 24 de junio, que modifica la anterior (hoy codificadas en la 98/59/CEE, de 20 de julio), si bien en la mayoría de los países, al igual que ahora en el nuestro, no tenía efectos autorizatorios, sino más bien mediador y de realización de propuestas. Los argumentos a favor y en contra de su mantenimiento son variados, pero fundamentalmente dos: garantía del principio de estabilidad en el empleo, por un lado, y procedimiento que hace inefectiva la medida y causa disfunciones, por el otro. Véase, a estos efectos, J. M. GOERLICH PESET, «Informe técnico jurídico sobre el despido colectivo en la Europa comunitaria», *Actualidad Laboral*, núm. 11, 1993, págs. 171 y ss.

⁴² No se respeta cuando no es hasta un día antes de finalizar el preceptivo período consultivo cuando se presenta un importante informe técnico por parte de la empresa, o cuando buena parte de la restante documentación se presenta sólo ocho días antes de la finalización, dado que el llamado «efecto útil» de la normativa europea, en doctrina del TJUE, no se respeta en modo alguno (STSJ de Madrid de 25 de junio de 2012).

⁴³ Este extremo, el tiempo del período de consultas, no se establece expresamente en el caso de las Administraciones públicas, pero, de acuerdo con el orden de prelación de fuentes, parece que sería aplicable pues, no siendo contrario dicho período a lo específicamente establecido, no se regula nada sobre el mismo.

acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad. Más adelante nos referiremos a ellas.

Algunas dudas plantea el precepto: el acuerdo en el seno del período de consultas puede alcanzarse con la mayoría de la representación unitaria o sindical, pero ¿pueden los minoritarios ejercer la acción colectiva sin quedar vinculados al mismo?, ¿qué seguridad jurídica presentará dicho acuerdo?, ¿se habilitan acuerdos de eficacia limitada?

b) La apertura del período de consultas exige una comunicación⁴⁴, acompañada de una memoria explicativa que, entre otros extremos, deberá consignar los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados teniendo en cuenta la prioridad de perma-

⁴⁴ De forma previa al período de consultas es preciso, en las Administraciones públicas, una comunicación de inicio del período de consultas dirigida tanto a los representantes de los trabajadores como a la autoridad laboral y al órgano competente en materia de función pública, que deberá ir acompañada de la preceptiva documentación, de la que, en todo caso, dispondrán desde el inicio del período de consultas (arts. 38 a 40 RD). De esta forma, dicha comunicación deberá contener los siguientes extremos (arts. 3 y 38 RD):

- a) La especificación de las causas del despido colectivo.
- b) Número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido. Cuando el procedimiento de despido colectivo afecte a más de un centro de trabajo, esta información deberá estar desglosada por centro de trabajo y, en su caso, provincia y Comunidad Autónoma.
- c) Número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año. Cuando el procedimiento de despido colectivo afecte a más de un centro de trabajo, esta información deberá estar desglosada por centro de trabajo y, en su caso, provincia y Comunidad Autónoma.
- d) Período previsto para la realización de los despidos.
- e) Criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos.

La referida comunicación deberá ir acompañada de una memoria explicativa de las causas del despido colectivo, según lo establecido en los artículos 4 y 5, y de los restantes aspectos relacionados en este apartado, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 9.

Y, asimismo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 38 para las Administraciones públicas:

- a) Memoria explicativa de las causas del despido y su relación con los principios de estabilidad presupuestaria contenidos en los artículos 3 y siguientes de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.
- b) Criterios tenidos en cuenta en relación con el establecimiento de la prioridad de permanencia del personal laboral fijo que hubiera adquirido esta condición de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad a través de un procedimiento selectivo de ingreso convocado al efecto.

Ahora bien, tan sólo para el caso de la Administración General del Estado y para las Comunidades Autónomas, ya que expresamente se excluye a las entidades locales en el artículo 43 (?), deberá también remitirse dicha comunicación al órgano competente en materia de empleo público, que, junto en su caso aprobar la prioridad de permanencia, podrá emitir un informe sobre el procedimiento, sus causas y demás circunstancias que se deriven del procedimiento.

Quiere decir esta exclusión que, en el caso de las entidades locales, será de aplicación lo previsto en el procedimiento general, es decir, ¿el informe posterior tras la finalización del período de consultas corresponde a la Inspección de Trabajo o al órgano competente en materia de empleo público en el caso de las entidades locales? No parece claro dicho extremo.

nencia en la empresa de los representantes sindicales, según lo previsto en el artículo 52.c) ET⁴⁵.

Se regula expresamente a quién corresponde la interlocución. Así, el artículo 46 del Real Decreto establece que estarán legitimados, con carácter general, para intervenir en este período de consultas como interlocutores ante el órgano competente del departamento, ente, organismo o entidad pública afectado los representantes legales de los trabajadores del ámbito correspondiente⁴⁶.

c) Se establece como preceptivo, con carácter vinculante⁴⁷, el informe del órgano competente en materia de función pública tras la finalización del período de consultas⁴⁸. Nada se dice sobre qué es vin-

⁴⁵ No obstante, en el convenio colectivo de aplicación, o en el propio período de consultas, pueden establecerse prioridades de permanencia a favor de otros colectivos o situaciones especiales —discapacitados, género (?), cargas familiares, etc.—. Debería haberse planteado aquí otra singularidad en el sector público, y es que, dado que en éste el acceso ha de ser en base a mérito y capacidad, sean estos criterios los que deban ser tenidos en cuenta en la preferencia para la extinción de los contratos, y no me refiero sólo a la distinción realizada en el sentido de dar prioridad a los trabajadores fijos frente a los indefinidos o temporales, establecida en la redacción final utilizada.

El artículo 41.1 del Real Decreto establece, en cuanto a la prioridad de permanencia en el ente, organismo o entidad pública, que la tendrá el personal laboral fijo que hubiera adquirido esta condición, de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, a través de un procedimiento selectivo de ingreso convocado al efecto; bien es cierto que no lo hace preceptivo al establecer que cuando así lo establezca dicho ente, organismo o entidad pública, igual que se establece en la disposición adicional segunda.

Ahora bien, y continuando la argumentación anterior, eso no es todo ya que pudiera suceder que todos los trabajadores o una mayoría tuvieran dicha condición. En efecto, junto a ese primer criterio pueden añadirse otros, y así entiendo lo permite el artículo 38.b) del propio Reglamento, que establece, como documentación común a todos los procedimientos en las Administraciones públicas, que habrán de acompañarse los criterios tenidos en cuenta en relación con el establecimiento de la prioridad de permanencia del personal laboral fijo que hubiera adquirido esta condición de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad a través de un procedimiento selectivo de ingreso convocado al efecto.

⁴⁶ El artículo establece dos excepciones a dicha previsión: la primera, que corresponderá a las secciones sindicales cuando éstas así lo acuerden, siempre que tengan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal, en su caso; la segunda, que en los entes, organismos o entidades públicas en los que no exista representación legal de los trabajadores, éstos podrán optar por atribuir su representación para la negociación del acuerdo, a su elección, a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores del propio ente, organismo o entidad pública, o a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y los representativos del ente, organismo o entidad pública afectado por el despido y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a los mismos.

⁴⁷ A diferencia de lo que sucede en el ámbito privado, ya que el informe de la Inspección de Trabajo no tiene carácter vinculante sobre los extremos comunicados por el empresario y el correcto desarrollo del período de consultas, sin perjuicio, claro está, de la incidencia que el mismo pueda tener en el posterior conflicto judicial.

⁴⁸ En efecto, el artículo 47.1 establece que: «Este informe será vinculante en el caso de la Administración del Estado y en el de otras Administraciones Públicas en las que la normativa aplicable contemple, en el ámbito de sus respectivas competencias, la obligación de emitir un informe previo y favorable a la adopción de acuerdos, convenios, pactos o instrumentos similares de los que puedan derivarse costes u obligaciones en materia de personal

culante: ¿lo es sobre el acuerdo o desacuerdo alcanzado, o lo es sobre la procedencia o no del despido colectivo por la no concurrencia de las causas que lo permiten?⁴⁹.

d) Se introduce la obligación de negociar de buena fe con vistas a la consecución de un acuerdo, lo que implica, de acuerdo con la jurisprudencia laboral, el realizar propuestas y contrapropuestas en aras a alcanzar un acuerdo (cláusula que, como se sabe, también fue introducida en el EBEP para el marco de la negociación colectiva funcionarial)⁵⁰.

e) El despido exige, de forma previa, que el departamento, organismo o entidad de que se trate comunique a la autoridad laboral competente el resultado del período de consultas⁵¹. Si se hubiera alcanzado acuerdo, trasladará a dicha autoridad copia íntegra del mismo. En todo caso, comunicará a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral, en el plazo de diez días, entendiendo que si no se realiza en dicho plazo se ha desistido del procedimiento⁵², la decisión so-

a su servicio. Serán nulas de pleno derecho, las decisiones o acuerdos que se alcancen sin la concurrencia de dicho requisito».

Por tanto, las consecuencias de su omisión pudieran determinar la nulidad de lo actuado, pero la pregunta es: ¿sustituye este informe al previsto para la Inspección de Trabajo en el artículo 22? Parece que sí.

⁴⁹ Parece que lo más probable es que sea sobre el contenido del acuerdo alcanzado, ya que el párrafo 3 del artículo 47 establece que: «Una vez obtenido el informe, se procederá a formalizar el acuerdo alcanzado en el plazo máximo de diez días desde la fecha en que aquél fuera emitido». Lo que sugiere que este informe, preceptivo y vinculante, es distinto al informe inicial del procedimiento que puede emitir la Secretaría de Estado de Administración Pública u órgano equivalente, no preceptivo y no vinculante, que establece el artículo 43.2 respecto de las causas.

⁵⁰ Muy interesante es, a estos efectos, la STSJ de Cataluña de 12 de junio de 2012, que expresamente alude a que la condición de ente público del empleador y su sumisión a la normativa presupuestaria no le eximen del deber de negociar de buena fe. Con apoyo en el informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (que no parece haber duda tendrá más importancia en el proceso judicial de lo que pudo pensar el legislador), la sentencia declara probado que no hubo negociación durante el período de consultas y, por consiguiente, no se dio cumplimiento a la previsto en la normativa estatal (art. 51.2 ET), de la UE (art. 2.2 de la Directiva 98/59) y de la OIT (art. 13 del Convenio núm. 158), aceptando que al tratarse de una empresa del sector público no era posible negociar sobre la evitación o reducción del número de despidos, pero que sí se hubiera podido llevar a cabo sobre medidas que atenuaran sus consecuencias, como incremento de las indemnizaciones o medidas de formación y recolocación, dado que la Comisión Liquidadora del Consorcio tenía competencias legales para ello.

⁵¹ Cabe preguntarse si ésta tiene, en estos supuestos referidos a las Administraciones públicas, algún tipo de actuación mediadora, como la establecida en el artículo 21 en el procedimiento que se establece para las empresas privadas. Aunque nada se prevé y sólo se habla de comunicación, nada excluiría su aplicación con carácter supletorio. Como se sabe, se ha suprimido la autorización administrativa previa por una intervención de la autoridad laboral con un papel mediador, sin facultades ejecutivas o decisorias.

⁵² El artículo 48, específico para las entidades locales en cuanto a la comunicación de la decisión de despido colectivo, eleva ese plazo a quince días y no contempla previsiones específicas, como sí lo hace el artículo 47 para las Comunidades Autónomas y para la Administración General del Estado. ¿Qué sucede con el informe vinculante ahí previsto? ¿Se emite por la Inspección de Trabajo, según lo dispuesto en el artículo 22 en el procedimiento general?

bre el despido colectivo que realiza, actualizando, en su caso, los extremos de la comunicación a que se refiere el artículo 37 del RD⁵³.

De nuevo en este punto surgen cuestiones específicas cuando el empleador es una Administración pública: ¿no habría de plasmarse en un acto administrativo si, como vemos, es un procedimiento administrativo formalizado el que se establece para hacer efectiva la voluntad extintiva de la Administración de que se trate? Si aún la respuesta fuera negativa, ¿no debería ser así dada la posición institucional de nuestra Administración y los límites en menos que caracterizan su actuación?

f) La finalización del procedimiento se regula de forma separada para la Administración General del Estado y para las Comunidades Autónomas, de un lado, y para la Administración local, de otro; pero, en cualquiera de los dos supuestos, parece que la efectividad del despido deberá respetar al menos el plazo de treinta días computado desde el inicio del período de consultas, lo que resultaría de aplicación por la supletoriedad que tiene respecto de este procedimiento, como hemos visto, el establecido con carácter general para el mercado laboral privado.

Una importante consecuencia se anuda, sin embargo, a no respetar los plazos de comunicación de la decisión adoptada, ya que se establece la caducidad del procedimiento de despido colectivo (arts. 47.6 y 48.2 RD 1483/2012).

E) *Las medidas alternativas y complementarias*

Ya hicimos puntual alusión más atrás a la necesidad de acompañar los procesos de reestructuración del sector público de determinadas medidas en orden a paliar los efectos negativos que las mismas pueden tener socialmente. Ése es el principal objetivo del período de consultas, según hemos expuesto, y ha de realizarse bajo el principio de buena fe, aunque no se alcance un acuerdo total entre la representación empresarial y la social⁵⁴.

⁵³ Ahora bien, en el ámbito privado, bien que opcionalmente tras el *iter* parlamentario del Decreto-Ley, se materializa, de forma idéntica al despido objetivo individual y tras la finalización del período de consultas, mediante carta de despido con preaviso y puesta a disposición de la indemnización legal.

⁵⁴ La STSJ de Cataluña de 26 de junio de 2012 expone que la obligación de negociar de buena fe no significa obligación de alcanzar un acuerdo y, de esta forma, en el caso concreto enjuiciado, la empresa demandada ha formulado varias propuestas en el período de consultas, de lo que la Sala deduce que las mismas —aunque, lógicamente, no sean del agrado de los representantes de los trabajadores— no indican un mínimo indicio de mala fe para no llegar a alcanzar un acuerdo.

Esa previsión no es nueva. El propio Banco Mundial tiene una *Guía práctica para la reducción de efectivos*, que han sido desarrollados en casos de sobredimensionamiento de plantillas⁵⁵. En general, el análisis de proyectos realizado por el Banco Mundial parece apoyar la conclusión de que los mecanismos de aseguramiento social y recolocación de trabajadores son aspectos críticos del éxito de las reestructuraciones en el sector público y deben existir antes de iniciar la reducción de efectivos. En otras palabras, si un gobierno acomete un programa grande de reestructuración en ausencia de un programa de aseguramiento social, los riesgos son grandes. Además, la experiencia pone de manifiesto que los países que disponen de una red de protección social se recuperan antes de la reestructuración y enfrentan menos dificultades laborales⁵⁶.

Soy consciente de las medidas incluidas en los artículos 8 y 9, en relación con el 45 —medidas sociales y plan de recolocación—, del Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de procedimiento de despidos colectivos y de suspensión de contratos y de reducción de jornada, que creo van en la buena dirección ya expuesta a la vista de la experiencia internacional acumulada. Lo cierto, sin embargo, es que las mismas sólo serán de aplicación «siempre que sean compatibles con la naturaleza y régimen jurídico de la Administración Pública de que se

⁵⁵ ABRAHART/KAUR/TZANNATOS (2000), *Government Employment and Active Labor Market Policies*, en MENA In a Comparative International Context. Paper presentado en el 3rd Mediterranean Development Forum (World Bank Group), Cairo, March, en www.worldbank.org/mdf/mdf3/papers/labor/Abrahart.pdf. Los principios identificados son los siguientes:

1. No realizar separaciones involuntarias.
2. Centrarse en trabajadores sobrantes en exclusiva.
3. Evitar compensaciones excesivas.
4. Dar la opción entre recibir compensaciones económicas o participar en un programa de recolocación.
5. Realizar una evaluación *ex ante* de los retornos esperados.
6. Alinear las compensaciones y beneficios del sector público con el mercado.
7. Establecer capacidad de gestión mediante la creación de un sistema informatizado y moderno de gestión de personal.
8. Mejorar el proceso de selección, evaluación y promoción de altos funcionarios cualificados para desempeñar las tareas de un servicio público moderno y eficiente.

También identifican una serie de recomendaciones de política para llevar a cabo estos procesos:

1. Crear o identificar una unidad responsable.
2. Congelar el reclutamiento o limitarlo a personas con competencias inexistentes o escasas.
3. Permitir la portabilidad de las pensiones públicas.
4. Crear paquetes compensatorios por salida.
5. Mantener un mercado laboral flexible.

⁵⁶ Y. CHEN (2001), *The World Bank and the Provision of Assistance to Redundant Workers: Experience with Enterprise Reductioning and Future Directions*, World Bank Social Protection Discussion Paper Series 112, Washington, DC: The World Bank.

trate». De nuevo este matiz puede plantear algunas dudas interpretativas.

El artículo 44 del Reglamento remite a las medidas establecidas en el artículo 8, y éstas, sin duda, establecen una amplia panoplia de posibilidades que permitirían, junto con un buen estudio de la plantilla y de las necesidades de la misma, abordar un proceso lo menos traumático posible y de racionalización y modernización de las estructuras públicas⁵⁷. Especial interés tiene el Plan de Recolocación Externa, recogido en el artículo 45, y que, a diferencia del sector privado, en el caso de las Administraciones públicas se encomienda su elaboración a los correspondientes Servicios Públicos de Empleo; al Servicio Público de Empleo estatal, en el caso de despidos colectivos que afecten al personal laboral de la Administración General del Estado u organismos o entidades dependientes de ella, y a los Servicios Públicos de Empleo de las correspondientes Comunidades Autónomas, en los demás casos. Plan que deberá presentarse al finalizar el período de consultas, debiendo presentar, al inicio del mismo, la justificación acreditativa de haberse dirigido al correspondiente Servicio Público de Empleo instando su elaboración y el contenido previsto para el mismo⁵⁸.

⁵⁷ Las medidas contempladas en dicho precepto son las siguientes: a) La recolocación interna de los trabajadores dentro de la misma empresa o, en su caso, en otra del grupo de empresas del que forme parte. b) Movilidad funcional de los trabajadores, conforme a lo dispuesto en el artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores. c) Movilidad geográfica de los trabajadores, conforme a lo dispuesto en el artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores. d) Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo de los trabajadores, conforme a lo dispuesto en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores. e) Inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, conforme a lo dispuesto en el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores. f) Acciones de formación o reciclaje profesional de los trabajadores que puedan contribuir a la continuidad del proyecto empresarial. g) Cualquier otra medida organizativa, técnica o de producción dirigida a reducir el número de trabajadores afectados.

Además de éstas, pueden considerarse, entre otras, las siguientes: a) El derecho de reingreso preferente en las vacantes del mismo o similar grupo profesional que se produzcan en la empresa dentro del plazo que se estipule. b) La recolocación externa de los trabajadores a través de empresas de recolocación autorizadas. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo siguiente, en el caso de que se consideren estas medidas, deberá incluirse en la documentación del procedimiento, además de la concreción y detalle de las mismas, la identificación de la empresa de recolocación autorizada para llevarlas a cabo. c) Acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad de los trabajadores. d) Promoción del empleo por cuenta propia como autónomos o en empresas de economía social, siempre que no persigan la continuidad de la prestación laboral de los trabajadores afectados hacia la misma empresa mediante contratos de obras o de servicios o tipos contractuales análogos que tengan por fin la elusión en fraude de ley de las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo. e) Medidas compensatorias de los gastos derivados de la movilidad geográfica. f) Medidas compensatorias de las diferencias salariales con un nuevo empleo.

⁵⁸ Los apartados 2 y 3 del artículo 9 establecen respecto del contenido de éste, sin ser un *numerus clausus* ya que se puede ampliar su contenido a lo largo del período de consultas, que el plan deberá garantizar a los trabajadores afectados por el despido colectivo, con especial extensión e intensidad a los de mayor edad, una atención continuada por un período mínimo de seis meses en, al menos, las siguientes acciones: a) De intermediación, consistentes en

No obstante, y aquí puede encontrarse la explicación al anterior matiz aludido para la aplicabilidad de dichas medidas a las Administraciones públicas, ha de recordarse en este punto que la disposición adicional tercera de la reforma laboral aprobada otorga un margen más estrecho a las Administraciones públicas para adoptar medidas de flexibilidad interna que a la empresa privada⁵⁹. En efecto, la suspensión de contratos de trabajo y reducciones de jornada no es de aplicación al sector público con carácter general, dado que el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores no será de aplicación a las Administraciones públicas y a las entidades de Derecho público vinculadas o dependientes de una o varias de ellas y de otros organismos públicos, salvo a aquellas que se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado. ¿Cuál es la razón? A mi juicio, esa opción sólo encuentra explicación en que el verdadero objetivo perseguido por la norma es sencillamente uno: aligerar las plantillas de las Administraciones públicas. La previsión establecida en el artículo 44 del Reglamento relativa a que las consultas deberán versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a las medidas sociales contenidas en el artículo 8, no parece suficientemente creíble en cuanto a su bondad cuando se imposibilita el recurso a la suspensión del contrato de trabajo o a la reducción de jornada para atenuar o paliar los eventuales despidos.

III. LA NECESIDAD DE EXPEDIENTE PREVIO: LA NECESARIA ARTICULACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS DE RACIONALIZACIÓN DEL EMPLEO PREVISTOS EN LA NORMATIVA LABORAL Y ADMINISTRATIVA

Como es sabido, en este concreto aspecto, el artículo 69 del EBEP, artículo de común aplicación a personal laboral y funcionario, señala que la planificación de los recursos humanos en las Administraciones públicas tendrá como objetivo contribuir a la consecución de la eficacia en la prestación de los servicios y de la eficiencia en la utilización

la puesta en contacto de las ofertas de trabajo existentes en otras empresas con los trabajadores afectados por el despido colectivo. b) De orientación profesional, destinadas a la identificación del perfil profesional de los trabajadores para la cobertura de puestos de trabajo en las posibles empresas destinatarias de la recolocación. c) De formación profesional, dirigidas a la capacitación de los trabajadores para el desempeño de las actividades laborales en dichas empresas. d) De atención personalizada, destinadas al asesoramiento de los trabajadores respecto de todos los aspectos relacionados con su recolocación, en especial respecto de la búsqueda activa de empleo por parte de los mismos.

⁵⁹ Exclusión que no es aplicable a las entidades públicas que se financian mayoritariamente por el mercado (disposición adicional tercera del RD 1483/2012).

de los recursos económicos disponibles mediante la dimensión adecuada de sus efectivos, su mejor distribución, formación, promoción profesional y movilidad⁶⁰. De esta forma, y como ha indicado PALOMAR OLMEDA, estos Planes equivaldrían a la regulación de empleo en el ámbito privado, con la única diferencia de que en el ámbito público darían lugar a medidas modificativas de la relación de empleo y no necesariamente extintivas⁶¹. En la actualidad ya sabemos que, al menos en lo que se refiere al personal laboral, también podrían dar lugar a éstas. Pero he aquí la cuestión: ¿necesariamente de forma exclusiva a este personal?⁶²

Con altura de miras, por parte de todos, nada nos impide racionalizar nuestra organización y reducir los costes de la misma. La normativa actualmente vigente, sin necesidad de desarrollo normativo alguno del EBEP, nos permite adoptar y marcar, desde el análisis de la organización, una hoja de ruta, en la mayor medida posible no traumática, en cuanto a desvinculaciones, incorporaciones, redefinición de las relaciones de puestos de trabajo y de las tareas atribuidas a éstos, movilidad, política de formación y reciclaje, etc. Ciertamente, ese proceso se vería facilitado si los legisladores autonómicos, asumiendo la responsabilidad que tienen atribuida para el desarrollo normativo de la norma básica citada, y que gozosamente plasmaron en los nuevos Es-

⁶⁰ Ciertamente, dicho artículo no se refiere a medidas extintivas, pero la enunciación que hace el precepto es, a mi juicio, abierta y no creo que nada impidiese que en su elaboración se previese supresión de puestos de trabajo, ya estuviesen ocupados por personal laboral o funcionario. Bien es verdad que, lógicamente, este instrumento de planificación debe estar dirigido no sólo a adoptar medidas de extinción, sino, más bien y sin perjuicio de que estemos en un momento de crisis, a adaptar la política y las necesidades de personal a los retos que en cada momento tienen las organizaciones públicas.

⁶¹ A. PALOMAR OLMEDA, «Ordenación de la actividad profesional», en AA.VV., *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, 2007, pág. 438.

⁶² R. JIMÉNEZ ASENSIO, en su blog (<http://www.estudiconsultoria.com/>), tras poner de manifiesto la insuficiencia de su regulación normativa y las verdaderas finalidades de la planificación, también se ha referido a tal extremo, indicando que: «Sin embargo, la legislación excepcional que se está adoptando por el Estado y por algunas comunidades autónomas en materia de empleo público en un duro contexto de crisis fiscal ha centrado el foco de atención sobre el ajuste duro o directo, pero sin dotar a las organizaciones públicas de instrumentos efectivos para llevar a cabo una planificación de recursos humanos y de optimización (y no sólo de recorte) de plantillas. El tiempo pasa rápido y las necesidades se acumulan, muchas administraciones públicas están dirigiendo sus políticas de ajuste de personal hacia los círculos de vulnerabilidad más frágiles (personal laboral temporal, interinos, laborales por tiempo indefinido o, en última instancia, laborales fijos). Dicho en términos más prosaicos: hacia “el recorte” directo de “lo más fácil”. La función pública de carrera permanece hasta ahora incólume. Pero se olvida con frecuencia que estos ajustes “cuantitativos” proyectados sobre los círculos de vulnerabilidad están suponiendo en muchos casos que las administraciones públicas sufran unos procesos de pérdida de conocimiento e innovación en ámbitos estratégicos, dejando immaculados espacios funcionariales (por el mero hecho de serlos) que, en algunos casos, presentan bolsas de ineficiencia o cargas de trabajo muy reducidas y a todas luces evidentes. Sin embargo, las administraciones públicas están maniatadas (no disponen de instrumentos flexibles) para adoptar decisiones en este ámbito funcional».

tatutos de Autonomía, nos otorgan instrumentos adecuados, pero donde no sea así las entidades públicas no pueden escudarse en ese motivo para no emprender políticas, como decimos, en la buena dirección y por las que muchos venimos clamando desde hace años. Lo único que puede suceder es que aminoremos las disfunciones de la organización existente, y ese resultado no es menor a la vista de la situación en la que nos encontramos.

Pero si, como pensamos, ese proceso es, o debiera serlo, ineludible es preciso también que nos preguntemos: ¿donde está establecido que la reducción de los medios personales necesariamente haya de referirse al personal laboral y no haya de realizarse mediante otras alternativas? ¿Es compatible esta opción con la igualdad ante las cargas públicas constitucionalmente establecida? ¿Se incurre en arbitrariedad al afectar de forma exclusiva al personal laboral? ¿Hubiese sido mejor acudir a una reforma en profundidad del artículo 69 del EBEP, haciéndolo un instrumento preceptivo, contemplando las previsiones establecidas en la reforma laboral, y previendo expresamente las desvinculaciones de personal, de todo el personal, en el sector público?

De nuevo he de subrayar que la actuación de la Administración pública ha de ajustarse a unos parámetros de objetividad y racionalidad en su actuaciones que no debieran permitir acudir, sin más, a un despido colectivo, salvo que éste, y después de la necesaria motivación de la medida, resulte ser el único medio posible para conseguir los objetivos de estabilidad presupuestaria, sostenibilidad financiera y eficiencia en la ejecución del gasto necesariamente exigibles.

Y esta reflexión anterior me conduce a mantener otra vez que, a mi juicio, con carácter preceptivo y de forma previa, habrían de justificarse dos extremos: el primero, que ésta es la única medida posible; el segundo, por qué exclusivamente se afecta a personal laboral, sin adoptar medida alguna respecto del personal funcionario que aminore las consecuencias del ajuste de plantilla. De lo contrario, ¿no cabe pensar que se actúa arbitrariamente o de forma discriminatoria?⁶³.

En todo caso, y en el supuesto de que otras medidas menos gravosas no fuesen posibles, se tratará de que sobran puestos de trabajo en una Administración concreta, con independencia de su régimen jurídico laboral o funcional. De esta forma, y una vez realizado el estudio pertinente que acredite que un puesto de trabajo no fuese necesario por causas técnicas u organizativas o, alternativamente, porque economi-

⁶³ De nuevo, la actuación del empresario privado dista de la de la Administración pública. A aquél le bastará probar que no hay discriminación; la Administración pública, además, recordémoslo de nuevo, habrá de actuar con objetividad (STSJ de Madrid de 26 de marzo de 2007).

camente es inviable el mantenimiento de la plantilla en su actual configuración, la conclusión a la que se llegue parece que debiera ser independiente del régimen jurídico del personal afectado. Por decirlo de una vez, lo que sobrarán serán puestos de trabajo, no regímenes jurídicos, y éstos pueden estar ocupados por personal funcionario o laboral. No podemos olvidar, a estos efectos, que las normas que permiten las excedencias forzosas de los funcionarios públicos también son, como las aquí analizadas, habilitantes y, por ello, también de eventual aplicación a supuestos de sobredimensionamiento de plantillas. Y si se coincide en que esto es así, ¿por qué tras el resultado de un estudio organizativo no puede resultar que son los puestos de trabajo ocupados por funcionarios públicos precisamente los que sobran y no los del personal laboral al servicio de la entidad?⁶⁴.

La exigencia a la Administración —principio de buena administración— de la mejor decisión de entre las posibles parece que debiera hacer preceptivo que, de forma previa a la presentación de un expediente de despido colectivo o a proceder al despido objetivo, se realizase un expediente previo a través de los instrumentos que tiene establecido el Derecho público (que sería la base de la memoria a la que alude el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores).

Me refiero en concreto, y ya lo hemos venido apuntando, a los Planes de Ordenación de Recursos Humanos previstos en nuestra normativa⁶⁵ (alguna sentencia, como la STSJ de Valencia de 26 de sep-

⁶⁴ J. A. FERNÁNDEZ AVILÉS, «Los expedientes de regulación de empleo en las Administraciones Públicas», en el volumen colectivo *Crisis Económica y Función Pública*, Aranzadi, Pamplona, 2012, pág. 318, a pesar de lo que se dirá en la siguiente nota, entiende que los Planes de Empleo pueden conllevar un mayor sacrificio para el personal laboral, por la mayor flexibilidad del ordenamiento laboral respecto del Estatuto de la Función Pública. No es ésta mi opinión en este punto.

Otra doctrina laboralista, representada por R. ROQUETA BUJ, «La suspensión contractual o reducción de la jornada y los despidos económicos en las Administraciones Públicas», en el volumen colectivo *Crisis Económica y Función Pública*, Aranzadi, Pamplona, 2012, pág. 307, considera que el Plan de Empleo debe ser preceptivo en los despidos colectivos, pero no en los objetivos, ya que en éstos no se impone la obligación de recolocar al personal en otros puestos de trabajo. Distinta es mi opinión ya que, como se argumenta en el texto, junto a esa razón hay otras que, desde mi punto de vista, hacen preceptiva la razonabilidad de la medida en los procesos de reestructuración de personal que deben realizarse en los Planes de Empleo.

Puede verse, asimismo, J. M. GOERLICH PESET Y L. E. NORES TORRES, «Reestructuración de plantillas en el ámbito de la Administración Local: nuevos problemas interpretativos tras la aprobación del Estatuto Básico del Empleado Público», *Revista de Estudios Locales*, núm. 112, 2008, pág. 160, quien mantiene, por su carácter facultativo, que dichos Planes no son preceptivos.

⁶⁵ La doctrina laboralista también ha resaltado dicha cuestión y, así, J. A. FERNÁNDEZ AVILÉS, «Los expedientes de regulación...», *op. cit.*, pág. 316, alude a que «el problema fundamental aquí es cómo conjugar esta posibilidad con el conjunto de normas del EBEP que regulan la cuestión de la planificación y gestión de los recursos humanos», para quien también la decisión administrativa de ajuste de plantilla debería incorporarse en el ámbito de un Plan de Ordenación de los Recursos Humanos y, de esta forma, «la medida debe adoptarse

tiembre de 1997, AS 3019/1997, lo consideró preceptivo para poder proceder a amortizar plazas)⁶⁶, que se erigirían de esta forma, a los fines de adoptar la mejor de las decisiones posibles a que está obligada la Administración, en un presupuesto previo e imprescindible a fin de acometer medidas como la contemplada en la disposición adicional segunda de la reforma laboral⁶⁷. Soy consciente de que expresamente se rechazaron en la tramitación parlamentaria enmiendas dirigidas a hacerlo de forma expresa preceptivo⁶⁸, y que, en el tenor de la norma reglamentaria, aparece éste como optativo y no, como aquí se propugna, preceptivo⁶⁹.

Y es que la tramitación previa de un Plan de Ordenación de Recursos Humanos, si necesaria, como se mantiene aquí, por causas económicas, pareciera ineludible, en cualquier caso, en el supuesto de invocación de las causas técnicas u organizativas. El contenido de éste sería precisamente la base de lo que constituiría la memoria justificativa

conforme a las reglas sustantivas y procedimentales del Derecho laboral, pero también han de respetarse las exigencias procedimentales y los instrumentos técnicos previstos con carácter general en el EBEP para la planificación y gestión de los recursos humanos».

⁶⁶ En cualquier caso, la jurisprudencia no ha sido pacífica sobre este punto. Puede verse también la STSJ de Andalucía de 25 de abril de 1997 (AS 1997, 3855), que no lo considera una fórmula preceptivamente exigible, o la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 24 de julio de 2006 (As 2006, 3325). Aunque se pueden encontrar otras como la STSJ de Valencia de 26 de septiembre de 1997 (AS 1997, 3019), que sí lo considera preceptivo «precisamente por la propia naturaleza y condiciones de funcionamiento de las Administraciones Públicas».

⁶⁷ Lo que plantearía, asimismo, un nuevo conflicto entre la jurisdicción laboral y la contencioso-administrativa, aunque, al menos desde mi punto de vista, la posible existencia de éste no debe ni puede ser excusa para que la Administración actúe con objetividad, lo que exige un momento previo en que hay que examinar la Administración concreta de que se trate en su integridad y, por ello, teniendo en cuenta el conjunto del personal, funcionario y laboral, existente en la empresa.

⁶⁸ Curiosamente, el artículo 15 del RD-Ley 20/2012, de aplicación exclusiva para la Administración General del Estado, acude a este instrumento para flexibilizar la organización, haciéndolo a todos los empleados públicos, incluido el personal laboral.

⁶⁹ Efectivamente, y para el caso de los despidos colectivos por causas económicas, las Administraciones públicas correspondientes deberán aportar la siguiente documentación justificativa, que, como puede verse, sólo contempla de forma opcional el Plan de Ordenación de Recursos Humanos (art. 39):

1. Una memoria explicativa de las causas económicas que acrediten la situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes.
2. Los presupuestos de los dos últimos ejercicios, donde consten los gastos de personal y, en su caso, las modificaciones de los créditos presupuestarios.
3. Certificación del responsable de la oficina presupuestaria u órgano contable donde conste que concurre la causa de insuficiencia presupuestaria conforme a lo previsto en el artículo 35.
4. Relación de puestos de trabajo o plantilla de personal del departamento, consejería, entidad local, organismo o entidad de que se trate.
5. El Plan de Ordenación de Recursos Humanos, en caso de que éste se haya tramitado.
6. Cualquier otra documentación que justifique la necesidad de la medida extintiva.

tiva de la concurrencia de las causas en el ámbito público⁷⁰. Máxime si tenemos en cuenta que el artículo 69 del EBEP resulta de aplicación preferente a lo dispuesto en la legislación laboral común, según lo dispuesto en el artículo 7 de dicha norma.

Aún más se refuerza dicha idea tras la tramitación parlamentaria, en que se ha producido un cambio significativo en cuanto a la utilidad de dicha Memoria. Me explico. La principal novedad, derivada de la tramitación parlamentaria, en los despidos colectivos es la exigencia de aportar la documentación necesaria para acreditar las causas objetivas, reflejadas en la Memoria, a la representación de los trabajadores. Se trata de una cuestión de especial relevancia si tenemos en cuenta que, hasta el día de hoy, la jurisprudencia venía exigiendo únicamente explicar las causas, pero no probarlas. Para probarlas estaban los tribunales. Pues bien, parece que a partir de ahora la prueba se traspasa a la entrega de la Memoria, lo que avala, aún más, el especial cuidado que ha de tenerse para justificar dichas decisiones.

Y no sólo este instrumento organizativo debiera ser preceptivo, sino asimismo, y desde mi punto de vista, la pertinente modificación de la relación de puestos de trabajo o instrumento similar existente en cada entidad local derivado de ese Plan y, con posterioridad y sólo con posterioridad y si no caben medidas alternativas dados los principios de proporcionalidad, racionalidad y menor intervención, a la presentación de expedientes de despido colectivo para trabajadores laborales fijos⁷¹.

A pesar de la concepción más clásica de la teoría de los actos separables, y a pesar de la aplicación del Derecho laboral, entiendo que hay una proyección ulterior del Derecho público sobre los efectos (es evidente que la hay sobre jornada, salario, derechos y deberes, etc.), pero también sobre la extinción del contrato laboral en el caso de las Administraciones públicas.

Y, lógicamente y como ulterior consecuencia, a la necesaria negociación del mismo, ya que si se aceptan las reflexiones anteriores se estará de acuerdo en que el alcance de dichos Planes en el EBEP sería una

⁷⁰ Así, en el supuesto de los despidos colectivos por causas técnicas u organizativas, el artículo 40 de la norma reglamentaria establece que las Administraciones públicas correspondientes deberán presentar una Memoria explicativa que acredite la concurrencia de dichas causas. ¿Y cuál puede ser el contenido de esa Memoria sino los Planes previstos en el empleo público? Y, en cualquier caso, y aun si admitimos que no sea preceptivo, ¿no parece que es lo adecuado? Pero de nuevo la alusión al Plan de Ordenación de Recursos Humanos se realiza de forma opcional. En su caso, establece la norma.

⁷¹ Bien es cierto que, al menos en el mercado laboral del sector privado, la reforma laboral acontecida en 2010 suprimió la necesidad de amortización de los puestos de trabajo, lo que permanece en la actual normativa. Aun así, cabe preguntarse si en el sector público la adopción de la medida no implicaría la modificación de la plantilla y de la relación de puestos de trabajo, de nuevo por tratarse de instrumentos organizativos aplicables al personal laboral.

materia de negociación común entre personal laboral y personal funcionario, por lo que procedería la negociación de la extensión y contenido de las medidas y la nulidad de aquellas actuaciones que no hubieran sido objeto de negociación previa.

A estos efectos, cabría destacar de nuevo aquí la importancia del principio de buena fe negocial y el juego que el mismo tendría en relación al objetivo final de la norma: suficiencia presupuestaria y sostenibilidad financiera de las AA.PP. o viabilidad para conseguir la necesaria eficiencia en el caso de las causas técnicas, organizativas y de producción.

Pero sí, como se ha expuesto, desde nuestro punto de vista las decisiones de racionalización y reordenación de personal, de todo el personal, en el sector público han de adoptarse conforme a los mecanismos previstos en éste, lo mismo cabe decir en la otra dirección. Quiero decir, efectivamente, que los mecanismos previstos en el Derecho laboral, máxime cuando se han hecho previsiones específicas al respecto como resulta ser la normativa específicamente establecida en la disposición adicional segunda ya comentada, no cabe acudir, con un privilegio injustificado, a otras fórmulas que permitan la extinción colectiva de contratos de trabajo sin indemnización alguna y sin el necesario control de las mismas⁷². Es decir, si se ha regulado, en forma es-

⁷² Me explico. Ya en vigor la reforma laboral, el Juzgado de lo Social núm. 1 de Benidorm ha dictado sentencia, de fecha 3 de septiembre de 2012, en relación con un despido colectivo de 71 trabajadores. Consta en los hechos probados la tramitación de un Plan de Ordenación de Recursos Humanos y un acuerdo de amortización de plantilla para 71 puestos de trabajos, así como la aprobación de un Plan Económico-Financiero y de Saneamiento.

De esta forma, el Juzgado, en forma previa, delimita lo que es su competencia, estableciendo, de forma inequívoca, que la aprobación del Plan de Ordenación de Recursos Humanos y la amortización de los puestos de trabajo son competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa y su conocimiento es sólo una cuestión prejudicial, con las limitaciones que éstas tienen en la jurisdicción social, por lo que el pronunciamiento que hace el Juzgado se limita a la extinción de los puestos de trabajo por amortización de los puestos de trabajo de indefinidos no fijos que tienen una cláusula implícita resolutoria en su contrato.

Tras esa cuestión de principio, el Juzgado argumenta sobre la situación de los indefinidos no fijos de plantilla respecto de su cobertura reglamentaria y los efectos que ello producía sobre su situación (alegando la jurisprudencia emanada de la STS de 20 de enero de 1998), y estableciendo que en estos supuestos la extinción de los contratos no se debía a causas objetivas (art. 49 TRLET), sino a las causas válidamente consignadas en el contrato —cláusula implícita resolutoria—, salvo que las mismas constituyeran abuso de derecho manifiesto por el empresario (STS de 27 de mayo de 2002). Equiparando, en el mismo sentido, los supuestos de amortización de la plaza (STS de 14 de marzo de 2002), con lo que no sería necesario acudir a los mecanismos previstos en los artículos 51 y 52 del ET.

Asimismo, argumenta el Juzgado sobre la existencia de abuso de derecho en estos supuestos, ya que la condición resolutoria dependería de la exclusiva voluntad del deudor (art. 1115 Cc), pero considera que no es así ya que la voluntad de la Administración no es libérrima y su fin de sometimiento a los intereses generales permite presumir que responden a dicho fin, sin que tampoco aparezca desproporcionado.

De esta forma, y como conclusión, el Juzgado considera que no es preciso plantear un despido objetivo, en este caso colectivo, a través de un expediente de regulación de empleo, sin

pecífica, el despido colectivo por causa económica y, con arreglo a ello, se presentan los Planes Financiero y de Saneamiento, no cabe o no debería ser posible invocar, en los supuestos de trabajadores contratados indefinidos no fijos, una implícita causa de resolución y no acudir a estos procedimientos. Los privilegios en más de la Administración, explicables por su posición institucional en el ordenamiento jurídico, conllevan también privilegios en menos.

De nuevo falla aquí, como vemos, la articulación entre los mecanismos del Derecho administrativo y del Derecho laboral. El proceso de formación de la voluntad de la Administración es clave. No es libérrimo y ha de contener los elementos de racionalidad necesarios para no incurrir en arbitrariedad.

IV. UNA ÚLTIMA CUESTIÓN: ¿JURISDICCIÓN SOCIAL O CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA PARA EL CONTROL DE LOS DESPIDOS COLECTIVOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA?

Hasta tiempos bien recientes, como es conocido, la fiscalización jurisdiccional de este tipo de procedimientos estuvo encomendada a la jurisdicción contencioso-administrativa⁷³. Ese control sobre los pro-

que sea de aplicación la disposición adicional vigésima del RDL 3/2012 y su redacción definitiva en la Ley 3/2012

⁷³ Puede verse, a este respecto, la STSJ de la Comunidad Valenciana (Social) de 18 de septiembre de 2012, que argumenta que: «Siendo ello así y como hemos puesto de manifiesto en sentencias anteriores dictadas por esta Sala en relación con procesos dimanantes de ERE, como es el caso de la sentencia de 15 de enero de 2009 (rs. 3681/2008): “Las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de marzo, 5 de junio o 28 de septiembre de 1999 indican que: El problema que se plantea, hace referencia, al alcance competencial de los órganos del orden social de la jurisdicción, cuando se ha producido la extinción de una relación laboral por parte de una empresa, en supuestos de despido colectivo en los que se ha utilizado previamente el procedimiento administrativo previsto en el artículos 51 del Estatuto de los Trabajadores y, en los artículos 5 y siguientes del Reglamento de tales procedimientos, aprobado por Real Decreto 43/1996, de 19 de enero. En esta materia de naturaleza sustancialmente laboral, la competencia de los Tribunales del orden contencioso-administrativo ha venido determinada, en resumen, por el hecho de que, de acuerdo con la normativa laboral aplicable, la resolución administrativa ha incluido tradicionalmente el listado de los trabajadores afectados por el expediente, razón por la que cualquier pretensión de exclusión o de discusión sobre el alcance de ese listado afectaba a la propia decisión administrativa”. Más recientemente el Tribunal Supremo se ha vuelto a pronunciar sobre la materia en dos sentencias de 23 de enero de 2006 (rcud. 195/2003 y 1453/2004) dictadas en Sala General y en otra de 15 de junio de 2006 (rcud. 5405/2004), en las que se razona lo siguiente: “El deslinde entre el ámbito de competencia de los Tribunales del orden social y contencioso administrativo, viene fijado por una línea que puede aparecer confusa, desde el momento en que, siendo así que, en principio, se atribuye a los tribunales del orden social el conocimiento de las pretensiones que se promuevan en la rama social del Derecho (art. 9.5 LOPJ y 1 LPL), en el desarrollo posterior de ese mandato, se excepciona atribuyendo al orden contencioso administrativo las pretensiones que versen sobre la impugnación de las disposiciones generales y actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo en materia laboral (art. 3.1.c) de la Ley

cedimientos de despido colectivo ha pasado en la actualidad a la jurisdicción social. Concretamente, y tras la última reforma de conformidad con el artículo 124 LRJS (y artículo 15 RD 1483/2012), corresponde a las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional, según el ámbito territorial y recurribles en casación, conocer de las impugnaciones realizadas por los representantes de los trabajadores. Y a los Juzgados de lo Social, recurribles en suplicación, en el supuesto de que se trate de una impugnación individual⁷⁴.

Las razones, hasta este momento lógicas, eran que se evitaba que una jurisdicción no especializada en materia laboral abordase el estudio, análisis y resolución de estos aspectos derivados de las relaciones laborales. Hasta aquí nada que objetar en lo que se refiere al sector privado.

Sin embargo, muchas más dudas plantea que en el ámbito del sector público esa sea la solución más adecuada. Ya lo hemos venido apuntando a lo largo de este trabajo. Quiérase o no la participación en una

de Procedimiento Laboral). (...) De modo que, tanto en el momento de iniciarse proceso, como en el de dictar esta resolución, la competencia para la impugnación de las resoluciones administrativas en materia de regulación de empleo, aparece atribuida a los juzgados y tribunales del orden contencioso administrativo. Las pretensiones que no impliquen impugnación de la resolución administrativa, bien sea en su conjunto, bien alguno de sus pronunciamientos, siguen rigiéndose por la regla general de atribución a los tribunales del orden social, en cuanto a pretensión promovida dentro de la rama social del Derecho. (...)". En la misma línea cabe citar también el Auto 15/2010 de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo, que se hace eco asimismo de la doctrina establecida en la reciente sentencia de la Sala Cuarta de dicho Tribunal de fecha 3-2-2009».

⁷⁴ Los conflictos jurisdiccionales entre la jurisdicción contencioso-administrativa y la laboral derivada de la impugnación de los títulos de intervención que habilitan el despido, sin duda, existirán. Pero también en el propio ámbito social, y es que frente a esa actuación caben dos tipos de acciones: la individual, ante los Juzgados de lo Social, y la acción colectiva, reservada a la representación de los trabajadores, ante las Salas de lo Social de los correspondientes Tribunales Superiores de Justicia o la Audiencia Nacional (si el despido colectivo afecta a más de una de ellas, art. 124 LRJS). El plazo de caducidad será de veinte días hábiles en cada una de ellas y la presentación de la colectiva paralizará la acción individual. Bien es cierto que también admite una tercera vía a favor de la autoridad laboral.

El resultado judicial de la acción colectiva produce efectos de cosa juzgada en las acciones individuales, reanudándose y resolviéndose estos procesos coherentemente con lo dispuesto en el proceso colectivo (que sólo analiza si concurre o no la causa legal —no ajustado a derecho—, si se ha respetado o no el procedimiento y si la decisión de la Administración se ha adoptado con fraude, dolo, coacción o abuso de derecho —siendo en estos dos últimos supuestos nulo—). El éxito en la acción colectiva conducirá a la improcedencia del despido, con la opción de readmitir o indemnizar (33 días de salario por año de servicio con el límite de 24 mensualidades y sin salarios de tramitación, respetando la aplicación del baremo de 45 días al período de antigüedad anterior al 12 de febrero de 2012).

Ahora bien, la acción individual frente al despido colectivo tiene carácter potestativo (si no la ejerce se produce la caducidad de la acción), pero si se formula con éxito la colectiva, ¿tendrá efectos en quien dejó caducar su acción? Recordemos que, aunque tiene efectos de cosa juzgada, lo es respecto de los procesos individuales iniciados, ¿pero tendrá iguales efectos respecto de los que no se iniciaron?

relación jurídica, aunque sea de naturaleza privada, de un sujeto como la Administración pública modula esa relación no sólo en lo que se refiere a la preparación y adjudicación, doctrina clásica sobre los actos separables de un contrato celebrado por la Administración, sino también en cuanto a los efectos y extinción de ese contrato. Muy singularmente, y en lo que este trabajo aborda, a las relaciones laborales entabladas por sujetos del sector público y, aún más especialmente, cuando éstas son entabladas por la Administración pública en sentido estricto.

Creo que hay razones que esta última reforma laboral ha puesto de relieve y que justifican, aún más si cabe, la anterior aseveración. Y es que no estamos, en el caso de las Administraciones públicas, en el procedimiento de despido colectivo, en cuanto a su verdadera naturaleza, sino ante un procedimiento administrativo formalizado. En efecto, hemos visto cómo, consecuencia de esta última reforma, el procedimiento para el despido colectivo ha sufrido una importante transformación en lo que al tema objeto de análisis se refiere. A saber, en el caso de las Administraciones públicas, y ése era el principal motivo para su análisis, se ha transformado el procedimiento de despido colectivo en un procedimiento administrativo formalizado *estricto sensu* —con sus respectivas fases de iniciación, instrucción y finalización— que acaba, de forma unilateral, en una decisión que es controlada judicialmente. Ni siquiera, si salvamos a la Administración local, se encomienda función autorizante a ninguna otra Administración ni existe intervención de la Inspección de Trabajo.

Si eso es así, y como hemos visto lo es, ¿qué aspectos serán objeto de fiscalización jurisdiccional para tratar de ver si es conforme a Derecho la decisión administrativa de extinción de contratos laborales?

No me cabe duda de que se trata de aspectos puramente de Derecho administrativo, pues es en éstos donde radica lo esencial de la corrección de la actuación administrativa que finaliza en el despido colectivo: competencia del órgano administrativo que lo efectúa, ausencia o no de procedimiento o de los elementos esenciales del procedimiento, adecuada formación de voluntad del órgano administrativo competente para realizar el mismo, proporcionalidad y racionalidad de la medida, etc.⁷⁵.

Pero, asimismo, la misma concurrencia de las causas que habilitan para el despido, y dada su singularidad en el caso de las Administra-

⁷⁵ De esta forma, la STSJ de Andalucía (Málaga) de 25 de octubre de 2012 (Sala de lo Social) analiza el órgano competente para proceder a este despido en un ayuntamiento, lo que, en principio, parece que sería más adecuado que se hiciese en la jurisdicción contencioso-administrativa.

ciones públicas, ya se trate de causas económicas, organizativas o técnicas, en la dicción dada por la norma, habrá de analizar actuaciones administrativas (corrección del título de intervención, ya se trate de un plan económico-financiero o de la externalización de un servicio público), en algunos casos tan señeras como el ejercicio de la potestad organizatoria, cuyo análisis parece lógico mantener debiera recaer en una jurisdicción especializada, en este caso la jurisdicción contencioso-administrativa, por las mismas razones que con anterioridad se reclamó la competencia del orden social sobre esta materia.

Es más, ¿estamos plenamente seguros de que los principios con los que ha de resolverse la conformidad a Derecho de esas decisiones administrativas, íntegramente administrativas, deben ser los principios imperantes en el Derecho del Trabajo? Quiero decir, a título de ejemplo, el «principio pro operario», etc., o deberían ser, en forma alternativa, los propios de la actuación administrativa, que difieren, como se sabe, de éstos.

Se podrá objetar a este planteamiento que la jurisdicción social tiene a su favor la rapidez del conocimiento de las distintas cuestiones que se plantean, pero no puede olvidarse que la mayoría de estos procedimientos plantearán cuestiones prejudiciales, las verdaderamente esenciales, como he señalado, que no se resolverán debidamente y con el conocimiento especializado que se requiere.

¿No hubiese sido más adecuado una reforma del artículo 69 del EBEP, referido a los planes de ordenación de recursos humanos, y una reforma de la desvinculación del personal al servicio de las Administraciones públicas? De todo el personal, debo añadir, y que incluyese este procedimiento para el personal laboral y abordase, de forma más realista, la desvinculación del personal funcionario. No sólo sería más adecuado, sino también más justo, pues debemos insistir: ¿por qué la reducción del déficit, cuando haya de afectar al personal, sólo ha de hacerlo al personal laboral?, ¿cómo es posible mantener esa opción en el caso de causas técnicas y organizativas?, ¿no se está incurriendo en arbitrariedad, entre otros motivos, con este planteamiento?

Y es que, desde mi punto de vista, el control de estos aspectos corresponde con mayor propiedad a la jurisdicción contencioso-administrativa, por lo que la articulación jurisdiccional, junto a perfeccionarse, exige que nos preguntemos si, asimismo, en lo material, que no en lo adjetivo, es preciso conexionar más debidamente los instrumentos que el Derecho público ofrece con los propios del Derecho laboral. Alternativamente, la solución más adecuada, y dado que el principal control que se ejerce por el orden social de la jurisdicción lo es sobre

elementos —los hemos visto mencionados en la sentencia referida⁷⁶— que conforman ese proceso de formación de la voluntad, es dar un paso adelante y que fuera el orden contencioso-administrativo el que realizase ese control.

Lo que no parece de recibo es la situación en la que nos deja inmersos la nueva norma, al prescindir de los elementos de planificación y gestión que el Derecho público tiene para articular estos procedimientos y convertir lo verdaderamente esencial de este proceso jurisdiccional, las cuestiones prejudiciales que se susciten, en algo accidental cuando son éstas lo verdaderamente relevante del análisis jurisdiccional. Las consecuencias van a ser la no existencia de un control jurisdiccional integral y pleno por los órganos jurisdiccionales ahora encargados de realizarlo.

⁷⁶ El Juzgado argumenta respecto de las cuestiones prejudiciales «que ha tenido la debida publicidad, se ha procedido a negociar el tema con los representantes de los trabajadores, se ha permitido presentar alegaciones a los afectados, no aparece como arbitrario o sin causa, tiene soporte legal, ha sido dictado por órgano competente y no se aprecia desviación de poder; en definitiva no hay razón alguna a juicio de este redactor para no dar validez al principio general de presunción de legalidad de los actos administrativos en este supuesto, por lo que puede desplegar plenos efectos en la esfera jurídico laboral». ¿Son éstos o no los aspectos esenciales de análisis en el caso de la Administración pública?

