

«EL PERSONAL DE LOS CONSORCIOS: PECULIARIDADES DE SU RÉGIMEN JURÍDICO».

Ponencia de Jorge Pueyo Moy. Logroño, 22 de junio de 2018.

1. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CONSORCIOS: CLAVE EN LA DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE SU PERSONAL Y LA DETERMINACIÓN DE SUS PECULIARIDADES.

Abordar las peculiaridades del régimen jurídico del personal al servicio de los Consorcios requiere a mi juicio, con carácter previo, tratar la naturaleza jurídica de los consorcios, cuestión esta que no podemos obviar ya que su respuesta nos dará la llave para determinar su régimen jurídico, nos ayudará a conocer las peculiaridades de su régimen jurídico y permitirá conocer las claves para resolver las dudas jurídicas que se susciten en la aplicación del derecho a las relaciones de empleo público de los consorcios.

Creo que nadie tiene duda alguna respecto de la naturaleza de los consorcios como entidades de derecho público, formando parte del sector público, en concreto del sector público institucional, como administración pública. Así se desprende sin lugar a dudas de los artículos 118 y art. 2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Art. 118: “1. Los consorcios son entidades de derecho público, con personalidad jurídica propia y diferenciada, creadas por varias Administraciones Públicas o entidades integrantes del sector público institucional, entre sí o con participación de entidades privadas, para el desarrollo de actividades de interés común a todas ellas dentro del ámbito de sus competencias”.

Dice así el art. 2.2 y 2.3 de la Ley 40/2015:

“2. El sector público institucional se integra por:

a) Cualesquiera organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas.

(...)

3. Tienen la consideración de Administraciones Públicas la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las

Entidades que integran la Administración Local, así como los organismos públicos y entidades de derecho público previstos en la letra a) del apartado 2.”

Ello conduce a la aplicación del derecho administrativo en todos sus ámbitos de actuación –régimen presupuestario, contratación administrativa, impugnación de sus actos...- y también en el régimen de su personal, sin perjuicio de la aplicación, evidentemente del derecho laboral a aquellos empleados públicos de los consorcios contratados como trabajadores.

Siendo una administración pública, le será de aplicación la legislación de empleo público, con la dualidad de derecho administrativo y de derecho laboral según sus empleados públicos estén unidos al consorcio por una u otra relación jurídica. El Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP) dispone en el art. 2, sobre ámbito de aplicación:

“Artículo 2 Ámbito de aplicación

1. Este Estatuto se aplica al personal funcionario y en lo que proceda al personal laboral al servicio de las siguientes Administraciones Públicas:

(---).

d) Los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas.”

Así lo ha entendido Sánchez Morón, que presidió la Comisión para el análisis y preparación del EBEP, en Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, Editorial Lex Nova, Valladolid 2007.

Y en el mismo sentido se han ido pronunciando las distintas leyes que regulan el empleo público. A título de ejemplo, la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, cuyo artículo 2, al determinar su ámbito de aplicación citaba expresamente a los consorcios en la letra g): “ El personal al servicio de entidades, corporaciones de derecho público, fundaciones y consorcios cuyos presupuestos se doten ordinariamente en más de un 50 por cien con subvenciones u otros ingresos procedentes de las Administraciones Públicas.”

Y en el mismo sentido, las diferentes leyes de presupuestos generales, por todas citaremos el artículo 18. Uno h) de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, que sujeta las

limitaciones de incremento retributivos y de masa salarial a las “Las fundaciones del sector público y los consorcios participados mayoritariamente por las Administraciones y Organismos que integran el sector público”.

Así pues, los consorcios participados mayoritariamente por entidades del sector público, son administraciones públicas y el personal a su servicio serán empleados públicos a los que se aplicará el derecho administrativo y laboral como sucede con el resto de empleados públicos, sin perjuicio de determinadas peculiaridades que intentaré concretar en esta ponencia.

2. RÉGIMEN DE DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA ADMINISTRACIÓN - LOCAL, AUTONÓMICA O ESTATAL- A LA QUE SE ADSCRIBE.

Determinado cuál es su régimen jurídico, en cuanto que es una administración pública, al personal al servicio de un consorcio se le aplicará el derecho laboral y el derecho administrativo, pero respecto a este último, el derecho administrativo que le sea de aplicación a la administración a la que se adscribe, según los criterios recogidos en el art. 120 de la LRJSP: así, el derecho administrativo que se aplique será el propio de la administración estatal, autonómica o local dependiendo de la administración a la que queda adscrito el consorcio.

Así lo determina el art. 121 de la LRJSP, referido al régimen de personal, al disponer tajantemente, en referencia al personal al servicio del consorcio, que “su régimen jurídico será el de la Administración Pública de adscripción y sus retribuciones en ningún caso podrán superar las establecidas para puestos de trabajo equivalentes en aquella”.

De esto surge un primer problema jurídico que se reproducirá en todos los ámbitos de actuación del consorcio: si cambia la administración a la que queda adscrito, podrá estar variando el derecho administrativo que se aplique a una misma relación de empleo.

Por ejemplo, un funcionario que presta servicio de un consorcio compuesto por administraciones autonómica y local, podría suceder que por un cambio en el criterio de adscripción, pensemos el de la financiación, vería cómo su régimen de empleo varía, aplicándose un ejercicio el derecho de función pública autonómico y otro el derecho local. Y pensemos en temas concretos: cambiará su régimen de permisos, de vacaciones, puede cambiar su jornada, el régimen de incapacidad temporal ... lo que implica inseguridad jurídica al estar ante un régimen que pudiera ser cambiante y un problema de adaptación de sus condiciones de trabajo.

Y si es personal funcionario, la norma de derecho necesario se aplicará. Pero si es personal laboral, estaremos ante cambios de condiciones de trabajo que deberán ser tramitadas conforme al art. 41 del ET.

Y derivado de la expresa previsión del art. 121, resultará que las retribuciones que percibía el funcionario o laboral deberían cambiar si superan las de puestos equivalentes de la nueva administración a la que se adscribe –¿qué hacemos entonces, un CPT? ¿Rebajar las retribuciones...? Si las retribuciones del consorcio por convenio son mayores, ¿quedará este sin efecto? . La Ley no da solución a este problema, lo genera, y no lo soluciona.

Estos problemas se darán con cualquier cambio de adscripción: mayor si pasa de un sector local, autonómico o estatal a otro distinto, pero también en el supuesto de que cambie de administración dentro de un mismo sector, por ejemplo, dentro del sector local de un Ayuntamiento a otro.

3.- LA NATURALEZA DE LOS CONSORCIOS LOCALES: ¿ENTES LOCALES?

Retomemos el tema de la naturaleza jurídica para así poder abordar determinadas peculiaridades del régimen de personal de los consorcios y pensemos en un consorcio adscrito a un ente local – a un ayuntamiento o a una diputación provincial-. ¿tienen los consorcios en este caso naturaleza de ente local? Que se les aplica el derecho administrativo local, no hay duda, ¿pero son entes locales?

La respuesta, ya la adelanto, es que no son entes locales, pero esta cuestión no está del todo cerrada y aludir a ella nos podrá servir para abordar posibles peculiaridades del régimen jurídico del personal de los consorcios.

En apoyo que los consorcios locales son entes locales:

1.- Ni la LRBRL ni el TRRL reconocieron expresamente en su tenor literal la naturaleza de los consorcios como entes locales, no figurando en la relación quede estos contenía su artículo 3, lo que no impidió que, en un primer momento, se le reconociera esta naturaleza, si estaban constituidos por entidades locales exclusivamente, en la consideración de que el artículo 3 LRBRL era un listado abierto, como sucedió con las sentencias del Tribunal Supremo de 30/4/1999 –ROJ 2955/1999- y de 28/11/2007-ROJ 8715/2007- ¹ o

¹ La consideración de ente local se matizó posteriormente en Sentencia del Tribunal Supremo 15/09/2011 –ROJ 6332/2011-.

del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 21/7/2001, esta última en apoyo de lo dispuesto en el artículo 149.2 de la Ley 5/1997, de 22 de julio, reguladora de la Administración Local de Galicia.

Además de la ley gallega, otras normas autonómicas también reconocieron la naturaleza local de los consorcios constituidos por entes locales, como sucedió con la Ley 20/2006, de 15 de diciembre, municipal y de régimen local de las Illes Balears, con la Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía, lo que nos sitúa ante una inconstitucionalidad sobrevenida –si tomamos en cuenta que la legislación estatal les niega el carácter de ente local- cuyo monopolio de control ostenta el TC, requiriéndose un pronunciamiento de este salvo que la norma autonómica no se dicte en ejercicio de una competencia propia, en cuyo caso puede inaplicarse por el criterio de prevalencia del derecho estatal (véase S 204/2016, de 1 de diciembre) .

En apoyo de que los consorcios no son entes locales:

- El artículo 321. 3 del Decreto 347/2002, de 19 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes, Actividades, Servicios y Obras de las EELL de Aragón. El art. 321.3 del Decreto aragonés consideraba como Entes Locales a aquellos consorcios que se constituyan entre Entidades Locales para la gestión de servicios de su competencia, así como aquellos cuya finalidad sea la gestión de competencias locales en los que participe, de forma minoritaria, la Administración de la Comunidad Autónoma. Este precepto fue declarado nulo por la S TSJ de Aragón de 13 de noviembre de 2006, por extralimitarse respecto de la ley estatal y la propia Ley aragonesa y no tener, por tanto, cobertura legal

- El TSJ de Aragón en S 89/2015, de 24 de febrero de 2015, negó igualmente el carácter de ente local a los consorcios -véase su fundamento jurídico segundo-. Puede consultarse la Sentencia en Id Cendoj: 50297330012015100087.

- la LERSAL, que dio regulación al art.3.2 LRBRL, relacionando las entidades locales sin citar a los consorcios, interpretándose que es un listado cerrado, además de considerar que su DF 2ª al introducir la DA 20ª en la Ley 30/1992 y señalar que los consorcios deben estar adscritos a una administración consorciada.

- La LRJSP, ya que su art. 118, como hemos indicado anteriormente, las configura como entidades de derecho público, y la obligación de que queden adscritos a una administración consorciada.

- la S del TSJ de Madrid de 7 de febrero de 2017, que se apoya en el contenido de la LERSAL y la LRJSP. Esta sentencia no es firme, ha sido objeto de recurso de casación por el COSITAL y la hipotética resolución que se dicte permitirá conocer el parecer del TS.

- Resolución de 6 de octubre de 2015, de la Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local (BOE-A-2015-11240), por la que se publica el Acuerdo de la Junta de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Foral de Navarra en relación con la Ley Foral 23/2014, de 2 de diciembre, de modificación de la Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, de la Administración Local de Navarra, en el que adoptaron el siguiente compromiso:

“a) Los artículos. 3.1.f); 212. 4 y 5 de la Ley Foral 23/2014 atribuyen a los consorcios locales de Navarra la condición de entidad local. La Comunidad Foral de Navarra se compromete a modificar esta legislación de modo que dicha norma se adecúe a lo dispuesto por Disposición Final segunda de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, que modifica la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que determina que cada consorcio se encuentre adscrito a una Administración Pública, y demás legislación básica estatal, de manera que no se atribuya la condición de entidades locales de Navarra a los consorcios locales.”

¿qué importancia tiene el que un consorcio tenga o no el carácter de ente local a efectos de su régimen de personal?

Es una cuestión fundamental, ya que si es un consorcio ente local, las funciones de secretaría, intervención y tesorería estarán reservadas a funcionarios con habilitación de carácter nacional. En este sentido, y partiendo de su carácter de mera administración y no ente local, el Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, que obliga a que exista un puesto de secretaría en las entidades locales, no contempla que deba serlo en los consorcios locales, previendo en su DA sexta el modo en que deba adecuarse a la nueva realidad jurídica los casos de consorcios que disponen de puestos de habilitados:

“Disposición adicional sexta Puestos reservados a funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional en consorcios locales creados con anterioridad a la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local

Los puestos reservados a funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional en consorcios locales creados con anterioridad a la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local se podrán declarar a extinguir o reclasificar en puestos de colaboración de la Entidad Local a la que se adscriban.”

Esta previsión ha sido recurrida por el COSITAL en consonancia con el recurso de casación que tienen interpuesto frente a la S del TSJ de Madrid de 7 febrero de 2017.

En la misma línea que el RD 128/2018, en Extremadura, la RESOLUCIÓN de 12 de junio de 2017, de la Secretaría General de Política Territorial y Administración Local, por la que se modifica el puesto de Secretaría clase tercera del Consorcio para la Gestión de Servicios Medioambientales de la provincia de Badajoz, dejando el puesto adscrito al servicio de asistencia técnica de la diputación provincial.

El que no sea ente local no implica que no se aplique el derecho administrativo local, y en concreto el art. 92.2 LRBRL:

“2. Con carácter general, los puestos de trabajo en la Administración local y sus Organismos Autónomos serán desempeñados por personal funcionario.”

Y, por otro lado, las funciones de secretaría, intervención y tesorería en relación al consorcio podrán ser prestadas por funcionarios habilitados, sí, pero cuyos puestos estén en la administración a la que se encuentran adscritas –con el consiguiente problema de si hay un cambio de adscripción-.

El Informe sobre posibilidad de puestos de trabajo reservados a funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional en consorcios emitido por la AGE ((REPERTORIO DE INFORMES EN MATERIA DE FUNCIÓN PÚBLICA LOCAL Y EN MATERIA DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS FUNCIONARIOS DE ADMINISTRACIÓN LOCAL CON HABILITACIÓN DE

CARÁCTER NACIONAL 2014–2017, PAG 50 y ss; http://www.minhafp.gob.es/AreasTematicas/FuncionPublica/Informes_FPIocal/Repertorio), concluye.

“4.- Las funciones relativas al control económico-financiero y presupuestario se entiende que corresponden a la Administración de adscripción, ya que es la encargada de ese control, pudiendo desempeñarse dichas funciones por el interventor de la Administración de adscripción o funcionario de la misma en quien delegue, o bien a través de un puesto de colaboración al de intervención, teniendo en cuenta, en todo caso, que la auditoría de las cuentas anuales será responsabilidad del órgano de control de la Administración a la que se haya adscrito el consorcio.

5.- Respecto a las funciones de secretaría, se entiende que podrían desempeñarse por funcionario de administración local con habilitación de carácter nacional que ocupe el puesto de secretaría de la Administración de adscripción o de alguna de las entidades locales consorciadas, o por funcionario de las mismas, o a través de la creación de un puesto de colaboración al de secretaría, en la Administración de adscripción.”

El Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional no atribuye expresamente la función de secretaría de los consorcios a los f.c.h.n., al limitarla a los órganos colegiados decisorios de la corporación.

Respecto de las funciones de intervención, no es el RD 128/2018 sino el RD 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local, el que atribuye a los interventores el control de todas las entidades del sector público local, citando el art.2.2 entre estas a los consorcios adscritos a la entidad local de conformidad con la Ley 40/2015. Ello sin perjuicio de que pueda existir un puesto de colaboración en los que el f.c.h.n. pueda delegarle funciones:

“Artículo 2 Ámbito de aplicación

1. El control al que se refiere el título VI del texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales será ejercido sobre la totalidad de entidades que conforman el sector público local por los órganos de intervención con la extensión y los efectos que se determinan en los artículos siguientes.

2. A los efectos de este Reglamento forman parte del sector público local:

- a) La propia Entidad Local.
- b) Los organismos autónomos locales.
- c) Las entidades públicas empresariales locales.
- d) Las sociedades mercantiles dependientes de la Entidad Local.
- e) Las fundaciones del sector público dependientes de la Entidad Local.
- f) Los fondos carentes de personalidad jurídica cuya dotación se efectúe mayoritariamente desde los Presupuestos Generales de la Entidad Local.
- g) Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia adscritos a la Entidad Local de conformidad con la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.
- h) Las entidades con o sin personalidad jurídica distintas a las mencionadas en los apartados anteriores con participación total o mayoritaria de la Entidad Local.”

4.- EL ART. 121 DE LA LEY 40/2015: RÉGIMEN DE PERSONAL.

El art. 121 LRJSP es el precepto clave para abordar las especialidades del régimen de personal de los consorcios.

El artículo 121 de la Ley 40/2015 determina el Régimen de personal, señalando que “el personal al servicio de los consorcios podrá ser funcionario o laboral y habrá de proceder exclusivamente de las Administraciones participantes. Su régimen jurídico será el de la Administración Pública de adscripción y sus retribuciones en ningún caso podrán superar las establecidas para puestos de trabajo equivalentes en aquélla.

Excepcionalmente, cuando no resulte posible contar con personal procedente de las Administraciones participantes en el consorcio en atención a la singularidad de las funciones a desempeñar, el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, u órgano competente de la Administración a la que se adscriba el consorcio, podrá autorizar la contratación directa de personal por parte del consorcio para el ejercicio de dichas funciones.”

De su lectura podemos extraer las siguientes premisas:

I. Que el personal al servicio del consorcio podrá ser funcionario o laboral, pero habrá de proceder exclusivamente de las administraciones participantes. Ello implica que si se necesita un concreto puesto y ninguna administración puede disponer de personal, una de ellas deberá crearlo, seleccionarlo y posteriormente destinarlo al consorcio, aplicándose el límite de la masa salarial

del ente al que se adscribe, lo que supone una incoherencia más ¿Eso supone que no tienen personal propio?

En principio no, si bien a esta regla general deberemos señalar **dos excepciones:**

a) La contenida en el párrafo segundo, que autoriza a que haya contratación directa por parte del consorcio si no hay personal –en atención a la singularidad de las funciones a prestar– en las AAPP participantes. Esta previsión es criticable ya que el proceder a contratar nuevo personal es una decisión que se extrae de los miembros del consorcio para recaer exclusivamente en uno de ellos.

b) La contenida en la “Disposición adicional decimotercera” de la LERSAL, referida a los Consorcios constituidos para la prestación de servicios mínimos:

El personal al servicio de los consorcios constituidos, antes de la entrada en vigor de esta Ley, que presten servicios mínimos a los que se refiere el artículo 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de Régimen Local, podrá integrarse por quienes no sean personal funcionario o laboral procedente de una reasignación de puestos de trabajo de las Administraciones participantes en el consorcio.”

Entre los servicios que cita el art. 26 están los que ordinariamente se prestan por consorcios como son: recogida y tratamiento de residuos; abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales; tratamiento de residuos, prevención y extinción de incendios limpieza viaria, u otros como acceso a los núcleos de población, pavimentación de vías urbanas, o alumbrado público, cementerio...

A pesar de que el 119.3 LRJSP solo contempla las normas de la LRBRL y la LERSAL aplicables con carácter supletorio, su no derogación lleva a considerar de aplicación, como norma especial, esta DA 13ª.

Respecto a que el personal al servicio del consorcio podrá ser funcionario o laboral, pero habrá de proceder exclusivamente de las administraciones participante, el Estado en Informe de 2017 ha señalado que “no se produce una asignación de personal con el correspondiente puesto de trabajo por cada Administración, sino que será personal de las Administraciones Públicas participantes el que prestará servicios en el Consorcio a través de los puestos de trabajo que a tal efecto estén establecidos en el mismo (...) El consorcio necesita tener personal con carácter permanente para el ejercicio de sus

funciones y el cumplimiento de sus fines, si bien este personal debe proceder de las Administraciones consorciadas, por lo que se entiende que habría que acudir a una redistribución del personal de éstas, que pasaría a adscribirse al consorcio, no de adscripciones temporales, salvo que se hiciera con carácter temporal, debido a causas excepcionales, o con carácter coyuntural.” (REPERTORIO DE INFORMES EN MATERIA DE FUNCIÓN PÚBLICA LOCAL Y EN MATERIA DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS FUNCIONARIOS DE ADMINISTRACIÓN LOCAL CON HABILITACIÓN DE CARÁCTER NACIONAL 2014–2017, PAG 34 y ss; http://www.minhfp.gob.es/AreasTematicas/FuncionPublica/Informes_FPIlocal/Repertorio)

¿En qué situación administrativa quedan los funcionarios adscritos a un consorcio? La LRJSP nada dice ni tampoco expresamente la legislación de función pública. La derogada Ley andaluza 7/1993, de 27 de julio, de Demarcación Municipal de Andalucía establecía que permanecerían adscritos a sus administraciones de procedencia en situación de servicio activo y en calidad de comisión de servicios en el consorcio (así, Eva Nieto Garrido, REDA 2014, 165, pág.124).

La LERSAL, al modificar la Ley 30/1992, obligó a que el personal de los consorcios proviniera de una reasignación de puestos de trabajo de las administraciones participantes; ahora el 121 LRJSP no emplea los términos reasignación. La reasignación venía a coincidir con la reasignación de efectivos prevista en el art. 60 del RD 364/1995, figura sobre la cual las legislaciones autonómicas han regulado, y que va unida a la necesidad de aprobación de planes de empleo. Tras la LRJSP cualquier forma de provisión sería correcta, al no imponer un sistema de reasignación específico.

¿y si se trata de personal laboral? Habrá que proceder a una subrogación en el contrato laboral del trabajador que pase a prestar servicios en el consorcio.

II.- Su régimen jurídico será el de la Administración Pública de adscripción. Con el problema que hemos dicho la disfunción que se produce por un posible cambio de adscripción de administración participante, que supondría ver cambiado el régimen que tenía el empleado.

Si es funcionario, podría este ver alterada su retribución, su régimen de vacaciones, permisos, de jornada ... aunque pueden verse determinadas cuestiones resueltas si consta el consorcio con un Acuerdo/pacto propio de funcionarios. En cualquier caso, sería necesario abrir procesos de negociación

por afectar a materias del art. 37 TREBEP.

Si es personal laboral, los problemas pueden diluirse si existe convenio propio en el consorcio. Pero si la aplicación al personal del consorcio era el del ente al que está adscrito, la obligación de cambio de régimen jurídico en materia retributiva, jornada etc sería compleja en cuanto que supone un cambio de condiciones de trabajo.

Un cambio de régimen que parece operar ope legis pero que requeriría abrir negociación colectiva en cualquier caso dado que afecta a las condiciones de trabajo.

III.- Una tercera conclusión que se extrae del art, 121, párrafo segundo, es que en caso de personal este solo podría ser “contratado”, lo que parece ceñir la existencia de personal propio a la contratación laboral.

En caso de que el consorcio esté adscrito a un ente local, recordemos que será de aplicación el derecho administrativo local, y, por tanto, entraría en juego el art. 92.2 LRBRL que con carácter general, obliga a que los puestos de trabajo en la Administración local y sus Organismos Autónomos serán desempeñados por personal funcionario”. Ello es un límite a la existencia de personal laboral propio, que solo se vería justificado si no son para prestar funciones reservadas a funcionarios públicos.

En cualquier caso, la previsión del art. 121 LRJSP debe ceder ante la norma especial contenida en la “Disposición adicional decimotercera” de la LERSAL, referida a los Consorcios constituidos para la prestación de servicios mínimos, preexistentes a la LERSAL -no para los consorcios posteriores a esta Ley aunque presten los mismos servicios básicos-.

5.- PREVISIONES ESPECÍFICAS DE LA LRBRL.

Otras previsiones específicas sobre el régimen de consorcios contenidas en la normativa local son, y ambas introducidas por la LERSAL, la DA 12ª de LRBRL y el art. 103 bis LRBRL sobre cálculo de masa salarial.

La DA 12ª LRBRL determina el régimen de retribuciones en los contratos mercantiles y de alta dirección del sector público local y número máximo de miembros de los órganos de gobierno:

“1. Las retribuciones a fijar en los contratos mercantiles o de alta dirección suscritos por los entes, consorcios, sociedades, organismos y fundaciones que conforman el sector público local se clasifican, exclusivamente, en básicas y complementarias.

Las retribuciones básicas lo serán en función de las características de la entidad e incluyen la retribución mínima obligatoria asignada a cada máximo responsable, directivo o personal contratado.

Las retribuciones complementarias, comprenden un complemento de puesto y un complemento variable. El complemento de puesto retribuiría las características específicas de las funciones o puestos directivos y el complemento variable retribuiría la consecución de unos objetivos previamente establecidos.

2. Corresponde al Pleno de la Corporación local la clasificación de las entidades vinculadas o dependientes de la misma que integren el sector público local, en tres grupos, atendiendo a las siguientes características: volumen o cifra de negocio, número de trabajadores, necesidad o no de financiación pública, volumen de inversión y características del sector en que desarrolla su actividad.

Esta clasificación determinará el nivel en que la entidad se sitúa a efectos de:

a) Número máximo de miembros del consejo de administración y de los órganos superiores de gobierno o administración de las entidades, en su caso.

b) Estructura organizativa, con fijación del número mínimo y máximo de directivos, así como la cuantía máxima de la retribución total, con determinación del porcentaje máximo del complemento de puesto y variable.

3. Las retribuciones en especie que, en su caso, se perciban computarán a efectos de cumplir los límites de la cuantía máxima de la retribución total. La cuantía máxima de la retribución total no podrá superar los límites fijados anualmente en la Ley de presupuestos generales del Estado.

4. El número máximo de miembros del consejo de administración y órganos superiores de gobierno o administración de las citadas entidades no podrá exceder de:

a) 15 miembros en las entidades del grupo 1.

b) 12 miembros en las entidades del grupo 2.

c) 9 miembros en las entidades del grupo 3.

5. Sin perjuicio de la publicidad legal a que estén obligadas, las entidades incluidas en el sector público local difundirán a través de su página web la composición de sus órganos de administración, gestión, dirección y control, incluyendo los datos y experiencia profesional de sus miembros.

Las retribuciones que perciban los miembros de los citados órganos se recogerán anualmente en la memoria de actividades de la entidad.

6. El contenido de los contratos mercantiles o de alta dirección celebrados, con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, deberá ser adaptados a la misma en el plazo de dos meses desde la entrada en vigor.

La adaptación no podrá producir ningún incremento, en relación a su situación anterior.

Las entidades adoptarán las medidas necesarias para adaptar sus estatutos o normas de funcionamiento interno a lo previsto en esta Ley en el plazo máximo de tres meses contados desde la comunicación de la clasificación.

7. La extinción de los contratos mercantiles o de alta dirección no generará derecho alguno a integrarse en la estructura de la Administración Local de la que dependa la entidad del sector público en la que se prestaban tales servicios, fuera de los sistemas ordinarios de acceso.”

Sobre la aplicación de esta DA a los consorcios, y a pesar de su dicción literal, manifiesta su opinión contraria Federico A. Castillo Blanco, en “La nueva regulación de los consorcios públicos: interrogantes y respuestas sobre el régimen jurídico de su personal” RVAP, núms 99-100/2014, ya que resta capacidad de autoorganización y deja a la administración de adscripción una decisión-el número de miembros del máximo órgano consorcial- que corresponde a todos los partícipes, reflejada en sus estatutos. Ello no obsta a que sí sea de aplicación, por ejemplo, el tema de las retribuciones máximas.

La otra previsión específica es el art. 103 bis LRBRL, introducido por la LERSAL:

“ Masa salarial del personal laboral del sector público local

1. Las Corporaciones locales aprobarán anualmente la masa salarial del personal laboral del sector público local respetando los límites y las

condiciones que se establezcan con carácter básico en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado.

2. La aprobación indicada en el apartado anterior comprenderá la referente a la propia Entidad Local, organismos, entidades públicas empresariales y demás entes públicos y sociedades mercantiles locales de ella dependientes, así como las de los consorcios adscritos a la misma en virtud de lo previsto en la legislación básica de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y de las fundaciones en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias (...)

6.- Personal eventual.

La redacción dada al art.104 BIS -y sin que haya una norma igual para los consorcios del sector público estatal o autonómico- impedía el nombramiento de personal eventual en los consorcios. Recordemos lo que decía este precepto:

“3. El resto de Entidades Locales o de sus organismos dependientes no podrán incluir en sus respectivas plantillas, puestos de trabajo cuya cobertura corresponda a personal eventual.”

Esta es la opinión mayoritaria, al serle de aplicación el régimen local si se adscribe el consorcio a un ente local, aunque algún autor como Jiménez Asensio mantiene lo contrario ya que la prohibición lo es al resto de entidades locales y el consorcio tiene naturaleza instrumental.

No obstante, este número 3 del artículo 104 bis ha sido declarado inconstitucional y nulo por Sentencia TC (Pleno) 54/2017 de 11 de mayo («B.O.E.» 15 junio), en recurso de inconstitucionalidad 1996-2014. Interpuesto por el Parlamento de Cataluña en relación con diversos preceptos de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local. Dice el FJ apartado 4:

“(…) Del mismo modo, el artículo 104 bis, apartados 1 y 2, LBRL contiene directrices tendentes a la reducción de los puestos de empleados eventuales o de confianza sin vulnerar la autonomía local constitucionalmente garantizada ni las competencias autonómicas; establece topes máximos, en función de la población, que en todo caso permiten a las corporaciones locales contar con personal eventual.

En cambio, los apartados 3 y 4 de ese artículo establecen, no ya topes cuantitativos, sino prohibiciones taxativas y condiciones cualitativas que inciden sobre el personal eventual de todas las corporaciones locales, incluidas las no necesarias. Por un lado, imponen que trabaje «exclusivamente en los servicios generales» de la entidad local, prohibiendo así, con carácter general, su asignación «con carácter funcional» a otros servicios o departamentos (art. 104 bis, apartado 4, LBRL). Por otro, prohíben directamente al «resto de Entidades Locales o de sus organismos dependientes», incluyendo, por tanto, a las comarcas, que cuenten con este tipo de personal (art. 104 bis, apartado 3, LBRL). Se trata de reglas que penetran de lleno en la organización interna de las corporaciones locales, estableciendo un criterio unívoco que no admite las adaptaciones que pudieran resultar del ejercicio del poder local de auto organización y de las competencias autonómicas en materia de régimen local. La prohibición de que «el resto de Entidades Locales o de sus organismos dependientes» cuente con personal eventual se inserta en un ámbito donde el alcance de la legislación básica debe ser más limitado, no solo por referirse a cuestiones de organización local, sino también por afectar a «entidades locales no necesarias o contingentes» (p. ej., comarcas). Estas entidades están dotadas de «un fuerte grado de interiorización autonómica», sin que les alcance directamente la garantía constitucional de la autonomía municipal (art. 140 CE), provincial (art. 141.2 CE) e insular (art. 141.4 CE) [STC 214/1989, FFJJ 4 b) y 15 a) y, últimamente, STC 41/2016, FJ 5]. Estos entes «entran en cuanto a su propia existencia en el ámbito de disponibilidad de las Comunidades Autónomas que dispongan de la correspondiente competencia» [SSTC 214/1989, FJ 4 b), y 41/2016, FJ 5].

Procede, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad y nulidad de los apartados 3 y 4 del artículo 104 bis LBRL, introducido por el artículo 1.28 de la Ley 27/2013, y desestimar la impugnación en todo lo demás.”

7.- PREVISIONES EN LAS LEYES DE PRESUPUESTOS.

Dentro de las especialidades del régimen de los consorcios públicos debemos hacer referencia a las específicas previsiones en la legislación de presupuestos generales del Estado, que cada año contiene peculiaridades para este tipo de entidades.

Ya citamos al inicio de la exposición el artículo 18. Uno h) de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, que sujeta las limitaciones de incremento retributivos y de masa salarial a “las fundaciones

del sector público y los consorcios participados mayoritariamente por las Administraciones y Organismos que integran el sector público”.

Sobre la oferta de empleo público sí se disocia del régimen de cualquier otra administración, al no ser de aplicación, por previsión expresa, el Artículo 19, que se remite a disposiciones específicas en la Ley. Así el art. 19.1 que se remite sobre contratación de empleo en los Consorcios a la disposición adicional 17ª de la Ley de Presupuestos para el año 2017, que autoriza la contratación de personal temporal en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables. Para sus ofertas de empleo público, la tasa de reposición será del 50% o del 100% dependiendo de la actividad que desarrollen, conforme a los sectores que señala el art. 19 de la Ley de Presupuestos (educación, sanidad, servicios de prevención y extinción de incendios, servicios sociales, seguridad y emergencias ...)

PROYECTO DE LEY DE PRESUPUESTOS 2018

Disposición adicional vigésima novena. Contratación de personal de los consorcios del sector público.

Uno. 1. Los consorcios que gestionen servicios públicos o realicen actividades de los enumerados en el artículo 19.uno.3 tendrán, en los mismos términos establecidos en dicho precepto, como máximo, la tasa de reposición establecida para el respectivo sector en el citado precepto, siempre que quede justificada la necesidad de la tasa para la adecuada prestación del servicio o para la realización de la actividad.

LOS CONSORCIOS PUEDEN TENER EL 100% DE TASA DE REPOSICIÓN EN DETERMINADOS SECTORES -DOCENCIA, SEGURIDAD EMERGENCIAS, ATENCIÓN SERVICIOS PÚBLICOS ..- ESPECIFICIDAD: EL RESTO DE AAPP PUEDEN TENER 108% O EL 110 % SI CUMPLEN ESTABILIDAD O TIENEN AMORTIZADA SU DEDUA FINANCIERA.

2. Los consorcios participados mayoritariamente por las Administraciones y organismos que integran el sector público, definido en el artículo 18, apartado Uno, que, con arreglo a la legislación aplicable puedan contratar personal propio no incluidos en el punto anterior, podrán realizar contratos indefinidos con un límite del 75 por ciento de su tasa de reposición, calculada conforme a las reglas del artículo 19.Uno.7.

DE OTROS SERVICIOS QUE LOS INDICADOS, EL 75%. NO HAY ESPECIFICIDAD.

3. Las citadas limitaciones no serán de aplicación cuando se trate de contrataciones de personal, funcionario o laboral, con una relación preexistente de carácter fija e indefinida en el sector público estatal, autonómico o local en el que, respectivamente, esté incluido el correspondiente consorcio, así como, en aquellos ámbitos que presenten especiales dificultades de cobertura(...). Los contratos celebrados al amparo de lo establecido en este apartado generarán derecho a seguir percibiendo, desde la fecha de su celebración, el complemento de antigüedad en la misma cuantía que se viniera percibiendo en el Departamento ministerial, Organismo Público, sociedad, fundación o consorcio de procedencia.

ESPECIFICIDAD: SI PROVIENE EL PERSONAL DEL SECTOR PÚBLICO O ÁMBITOS DE ESPECIALES DIFICULTADES DE COBERTURA, NO COMPUTA EN LA TASA.

4. Adicionalmente, los consorcios podrán formalizar contratos indefinidos en un número equivalente al 5 por ciento del total de su tasa de reposición, que irán destinados a aquellos sectores o ámbitos que consideren que requieren un refuerzo adicional de efectivos.

Este porcentaje adicional se utilizará preferentemente en sectores con la consideración de prioritarios y cuando se dé, entre otras, alguna de las siguientes circunstancias: establecimiento de nuevos servicios públicos, incremento de actividad estacional por la actividad turística o alto volumen de jubilaciones esperadas.

NO HAY ESPECIFICIDAD, ESTE 5% ADICIONAL LO ES IGUALMENTE PARA TODO EL SECTOR PÚBLICO

5. Además, los consorcios podrán disponer de una tasa adicional para la estabilización de empleo temporal de las plazas, dotadas presupuestariamente, que hayan estado ocupadas de forma temporal e ininterrumpida al menos en los tres años anteriores a 31 de diciembre de 2017.

Los procesos de estabilización deberán aprobarse y publicarse en los ejercicios 2018 a 2020. La articulación de estos procesos selectivos que, en todo caso, garantizará el cumplimiento de los principios de libre concurrencia, igualdad, mérito, capacidad y publicidad, podrá ser objeto de negociación colectiva.

De la resolución de estos procesos no podrá derivarse, en ningún caso, incremento de gasto ni de efectivos, debiendo ofertarse en ellos, necesariamente, plazas de naturaleza estructural que se encuentren desempeñadas por personal con vinculación temporal.

ESPECIFICIDAD: NO OBLIGA A QUE LA TASA DE COBERTURA TEMPORAL SEA POR DEBAJO DEL 8% AL FINALIZAR EL PERÍODO, COMO SUCEDE A LAS AAPP

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

NO HAY ESPECIFICIDAD. ES IGUAL QUE EL RESTO DE AAPP

El apartado Dos de esta disposición así como la DA trigésima, sobre personal directivo esta última, vienen referidas solo a consorcios del sector público estatal, remitiéndome a las mismas sin más comentarios.