

**LA EXTERNALIZACIÓN DEL SERVICIO
PÚBLICO COMO CAUSA DE EXTINCIÓN
CONTRACTUAL EN EL ÁMBITO DE LAS
ADMINISTRACIONES PÚBLICAS**

Esther Guerrero Vizquete
Profesora Doctora DTSS
Universidad Rovira i Virgili

SUMARIO:

- 1. INTRODUCCIÓN**
- 2. EFICIENCIA Y EFICACIA COMO EJES DE LA ACTUACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS**
- 3. LA EXTERNALIZACIÓN COMO MODO DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS**
 - 3.1. El debate jurisprudencial sobre la necesidad del puesto de trabajo objeto de externalización**
- 4. LA CONSIDERACIÓN DE LA EXTERNALIZACIÓN COMO CAUSA ORGANIZATIVA JUSTIFICADORA DE LA EXTINCIÓN CONTRACTUAL EN EL ÁMBITO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS**
- 5. CONCLUSIÓN FINAL**

1. INTRODUCCIÓN

Derivada de la necesidad de reducir el déficit público, las limitaciones existentes en materia presupuestaria han revalorizado la sempiterna reclamación en orden a la necesaria reestructuración orgánica y funcional de las Administraciones Públicas (en adelante AAPP). Sin embargo, este debate reformador está situando su eje vertebrador “en una perspectiva estrictamente económica, alejada de cualquier planteamiento organizativo o planificador”¹, uno de cuyos efectos más inmediatos es la necesaria aminoración de su déficit centrándose básicamente en la supresión de servicios o actividades y en la reducción de los gastos de personal. Al margen de los posibles beneficios que conlleva todo proceso externalizador, esta forma de gestión de los servicios públicos contiene una importante connotación subjetiva, siendo su mayor exponente el proceso de sustitución de empleados públicos en favor de trabajadores privados. A la luz de las recientes decisiones judiciales, en la presente comunicación nos proponemos analizar la posible introducción en nuestro ordenamiento de un límite a la utilización de la externalización como forma de gestión de los servicios públicos, y en su caso su posible incidencia en la delimitación de la causa organizativa a efectos de justificar un despido colectivo u objetivo en el sector público administrativo con sede en la DA 20ª ET.

2. EFICIENCIA Y EFICACIA COMO EJES DE LA ACTUACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

La complejidad de la crisis que nos rodea, integrada por varios factores que actúan de forma interconectada (económicos, financieros, de competitividad e incluso de valores sociales y éticos), no se ha dejado sentir sólo en nuestro sistema productivo haciendo aflorar sus debilidades, sino que también ha puesto de relieve la necesidad de cambiar la propia organización y funcionamiento de las AAPP. Ante esa etapa de expansionismo económico acompañado de un aumento desmesurado de la propia infraestructura administrativa, se impone hoy una racionalización y reforma con el fin de ofrecer mejores servicios a los ciudadanos y, sobre todo, de una forma más eficiente². No es nueva la crítica al lento y sinuoso quehacer de la actividad administrativa. En este sentido, el fin que ha de orientar la actuación de la AAPP es la consecución de un doble objetivo: por un lado, mayor calidad de los servicios prestados y por otro, mayor eficiencia en su realización. Por eficiencia

¹ Cantero Martínez, J.: “El debate sobre la externalización y el número de funcionarios en nuestras administraciones públicas”, en *Crisis Económica y Función Pública*, Fuenteaja Pastor y Cantero Martínez (Directores), Aranzadi, Navarra, 2012, p. 167. Señala la autora que “bajo el pretexto de la crisis y la imperiosa necesidad de recortar gastos en materia de personal estamos asistiendo a la toma de decisiones políticas de gran relevancia. No ha habido un previo debate social o político sobre el papel y extensión de la Administración en nuestra sociedad ni parece que se estén realizando en el seno de nuestras administraciones esas reflexiones funcionales y organizativas previas que tan necesaria resultarían”. p. 171

² Así se indica en el Informe elaborado por la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA) presentado en el Consejo de Ministros el 21 de junio de 2013, p. 9

debemos entender la maximización de los resultados deseados con los medios disponibles, permitiendo “medir cómo utiliza el sector público los recursos o gastos que tiene asignados para cumplir con la prestación de servicios a la sociedad”³. En relación a este concepto LÓPEZ GONZÁLEZ señala la importancia de distinguir a su vez entre eficiencia técnica y eficiencia económica, siendo la primera la que mide el uso físico de los recursos utilizados en relación con los resultados obtenidos mientras que la segunda mide el coste de utilización de los recursos utilizados en relación con el valor de los resultados obtenidos⁴. Se trata de una noción que ha tenido acogida tanto en nuestra Constitución como en diversas normas legales⁵. Entre ellas, la Ley 2/2011 de 4 de marzo, de Economía sostenible ordena que las AAPP garantizarán una actuación ética, eficaz, eficiente y transparente. Sin embargo, en su actuación la Administración no sólo debe ser eficiente. Esta noción debe ser puesta en relación con el principio de eficacia, considerando por tal “la efectiva consecución de objetivos prefijados pudiendo diferenciarse diversos tipos de eficacia en función tanto de la naturaleza de los objetivos como de las formas de consecución de éstos”⁶. Al igual que sucede respecto de la eficiencia, este principio tiene una amplia acogida en los textos legales⁷. Así el art. 103.1 CE dispone que la Administración sirve con objetividad a los intereses generales y actúa de acuerdo con diversos principios, incluyendo entre ellos el de eficacia, con pleno sometimiento a la Ley y al Derecho. La utilización de este término por el constituyente, referenciándolo a la actuación de la AAPP, viene a reafirmar la importancia de su materialización. URANGA COGOLLOS resalta la tendencia a considerar la eficacia como un valor relativo o de comparación cuantificable en la medida en que se pone en relación con la actuación de otros, de tal modo que unas personas o unidades administrativas serán eficaces en la medida en que funcionen mejor que sus vecinos⁸.

Ambas nociones, eficacia y eficiencia, se encuentran, por tanto, estrechamente vinculadas hasta el punto de ser erróneamente consideradas como equivalentes. La eficiencia apunta fundamentalmente a la utilización de medios mientras que

³ Rueda López, N.: “La eficiencia y su importancia en el sector público”, eXtoikos núm. 1, 2011, p. 38

⁴ López González, E.: “Una aproximación de la Ciencia de la Administración al análisis conceptual del principio de eficacia como guía de acción de la Administración Pública”, Revista Documentación Administrativa núm. 218-219, 1989, p. 79

⁵ El art. 31.2 CE sitúa en términos de obligación la programación y ejecución del gasto público en base a criterios de eficiencia y economía. Junto a ella la Ley 30/1992 de 26 de noviembre (RJAPPAC) dispone que “Las Administraciones Públicas se rigen en su actuación...por los criterios de eficiencia y servicio a los ciudadanos” (art. 3.2), la Ley 7/2007 de 12 de abril (EBEP) señala que los empleados públicos deben actuar de acuerdo con los principios de eficacia, economía y eficiencia (art. 53.8).

⁶ Parejo Alfonso, L.: “La eficacia como principio de la actuación de la Administración Pública”, Revista Documentación Administrativa núm. 218-219, 1989, p. 19

⁷ Entre otras, la LO 2/2012 de 27 de abril, de Estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera (art. 7.2) alude a la gestión de los recursos públicos, la cual estará orientada por la eficacia, la eficiencia, la economía y la calidad, a cuyo fin se aplicarán políticas de racionalización del gasto y de mejora de la gestión del sector público.

⁸ Uranga Cogollos, C.: “El principio de eficacia en la organización administrativa: hacia una administración por sistemas”, Revista Documentación Administrativa núm. 218-219, p. 97

la eficacia se concentra en el cumplimiento de los fines⁹. La eficiencia, como señala VAQUER CABALLERÍA, es un criterio complementario del principio de eficacia, que significa empleo y asignación racionales de los recursos en general. De este modo, la eficiencia es una noción relativa, que evalúa la idoneidad de la combinación de recursos empleados para alcanzar la finalidad perseguida¹⁰. Al margen de dialécticas conceptuales, la crítica más generalizada de la que es objeto la Administración Pública es su falta de eficiencia, es decir, la ausencia de una adecuada correlación entre los recursos asignados y los servicios prestados. El objetivo a cumplir es la consecución de un gasto público más eficiente con el que se alcance el mantenimiento de los servicios públicos que integran el Estado del Bienestar dentro de unos márgenes aceptables de calidad. Sin embargo, la imperativa reducción del gasto público ha motivado que la satisfacción de estos servicios se conecte a una de las vertientes de esta noción anteriormente apuntada: la eficiencia económica. De ahí que el difícil equilibrio entre medios y resultados tienda a conseguirse a través de distintas vías, siendo una de ellas la externalización de la gestión de los servicios a través de sujetos privados.

3. LA EXTERNALIZACIÓN COMO MODO DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

La externalización, en palabras de RODRÍGUEZ ESCANCIANO, constituye una muestra de la denominada “huida del Derecho administrativo” realizada mediante la sustitución de las estructuras tradicionales de gestión directa por otras indirectas, a través de las cuales los entes públicos transmiten a entidades de Derecho privado tareas o actividades con el fin de conseguir la “optimización del bienestar social”¹¹. En ella el colaborador privado es un mero ejecutor de una tarea delimitada por la Administración a cambio de un precio¹². Se trata por tanto de servicios o actividades cuya prestación, aun cuando puede ser realizada por la propia Administración, se confiere a una empresa privada. A título ilustrativo, ejemplos de externalización son el contrato de servicios de revisión, control y gestión de las justificaciones de las subvenciones concedidas por la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo o el contrato de servicios para la impresión, manipulado y envío de documentos de vidas laborales y bases

⁹ López González, E.: “Una aproximación de la Ciencia de la Administración al análisis conceptual del principio de eficacia como guía de acción de la Administración Pública”, Revista Documentación Administrativa núm. 218-219, 1989, p. 76

¹⁰ Vaquer Caballería, M.: “El criterio de la eficiencia en el Derecho Administrativo”, Revista de Administración Pública núm. 186, 2011, p. 101-102

¹¹ Rodríguez Escanciano, S.: “Externalización y empleo público en régimen laboral”, en Crisis y externalización en el sector público ¿solución o problema?, Ortega Álvarez (Director), INAP, 2011, p. 154

¹² Miguel Macho, L.: “Fórmulas de colaboración público-privada contractual y crisis financiera del sector público” en La contratación pública a debate: presente y futuro, Fernández Acevedo y Valcárcel Fernández (Directores), Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2014, p. 168.

de cotización de la Tesorería General de la Seguridad Social¹³. Asistimos de este modo, a un vaciamiento de la actividad prestacional anteriormente desarrollada por la Administración justificándola en unos fundamentos no siempre acertadamente argumentados¹⁴, siendo el más reiterado el supuesto menor coste económico¹⁵ que supone la participación de las empresas privadas en la gestión de los servicios públicos (cuestión que plantea la necesidad de analizar cómo se ha obtenido esa reducción de costes). Junto a él se sostiene el mantenimiento de los niveles de calidad al tiempo que “permite modernizar los servicios...mejorar la productividad e introducir en el espacio público conceptos propios de la empresa privada como son la gestión por objetivos, el control de resultados etc.”¹⁶. En definitiva supondría más eficiencia y eficacia. Nos expresamos en esta forma verbal condicionada porque no se ha de considerar que lo privado es siempre mejor opción que lo público, sobretudo cuando su actuación está presidida por el ánimo de lucro. Al respecto existen ejemplos de externalización de servicios sanitarios públicos en algunas Comunidades Autónomas en los que se revela con nitidez que la obtención de la eficiencia económica prevalece sobre la calidad de la prestación¹⁷. A ello debe añadirse que la externalización no exime totalmente de costes a la Administración. Su adecuada realización supone llevar a cabo un proceso de negociación en el que se han de delimitar adecuadamente los términos contractuales del futuro acuerdo, así como la previsión de la concreta financiación pública asociada a la misma junto al necesario proceso de control y supervisión que se debe llevar a cabo, puesto que en última instancia las AAPP siguen siendo responsables de la calidad de los servicios prestados¹⁸. De este modo, no estaremos en presencia de un coste cero ya que la realización de estas funciones conlleva unos gastos asociados. En definitiva, el argumento más recurrente sobre el recurso a la externalización como forma de gestión de los servicios públicos es el que pone el acento en la provisión de servicios de mayor calidad, más eficientes y eficaces. Gobernar a mitad de precio, aliviando el déficit público y reduciendo la burocracia¹⁹. Sin embargo, no debemos olvidar que la devaluación de los servicios públicos en términos de calidad y eficiencia es en gran medida consecuencia de previas decisiones políticas, de tal forma que se

¹³ Publicados en el BOE de 8 de octubre de 2014 y de 13 de junio de 2012, siendo adjudicados por un importe de 354.288 € y de 4.711.640 € respectivamente.

¹⁴ Diferentes organizaciones han denunciado la opacidad de la Administración Pública a la hora de ofrecer datos que avalen la posible eficiencia económica que se obtiene con el recurso a la externalización. Véase al respecto “Privatizar hospitales sale caro (I) y (II) en www.publico.es (17 y 18 de febrero de 2013)

¹⁵ La Federación de Servicios a la Ciudadanía de CCOO acusó a los responsables del Instituto Nacional de Estadística de realizar externalizaciones en diferentes servicios con un sobre coste de 350.000 €. Disponible en www.ccoo.es/ nota de prensa (6 de septiembre de 2012)

¹⁶ Cantero Martínez, J.: “El debate sobre la externalización...”, ob. cit. p. 179

¹⁷ Documentación ilustrativa a este respecto puede encontrarse en la web de la Federación de Asociaciones para la Defensa de la Sanidad Pública, www.fadsp.org

¹⁸ Estos elementos nos sirven, además, para diferenciar la externalización de la privatización. “En la privatización se produce una traslación de la actividad o una organización, o ambas cosas, al sector privado sin que la Administración tenga en lo sucesivo ninguna autoridad ni responsabilidad sobre los servicios privatizados”, Ollas de Lima Gete, B.: “Cara y cruz de la externalización”, ob. cit. p. 41

¹⁹ Piñar Mañas, José L.: “Privatización de empresas públicas y derecho comunitario”, Revista de Administración Pública núm. 133, 1994, p. 18

ocasionaría primero un deterioro de la gestión pública y se presentaría después la salvación en forma de gestión privada. Este tándem es fácilmente identificable. Los recortes presupuestarios aplicados inciden de forma mediata en la calidad de los servicios, por lo que al no poder atenderlos de forma eficiente (es decir con arreglo a los recursos disponibles) y eficaz (mediante un adecuado funcionamiento) se busca su satisfacción en el sector privado. Hay autores que incluso advierten que “resulta políticamente más atractivo que la reducción de la calidad se materialice en el servicio externalizado que no en el servicio de provisión directa”, aun cuando el demérito sea anterior a la cesión al proveedor privado²⁰. Los últimos datos estadísticos evidencian el deterioro que la opinión pública tiene respecto del funcionamiento de los servicios públicos²¹. A lo anterior debe añadirse, que no siempre es posible analizar la actuación de la Administración en términos de eficiencia económica, pues la misma satisface servicios públicos que por su propia naturaleza son deficitarios²². En cualquier caso, como advierten RAMIÓ MATAS *et alteri*, el principal error en la utilización de la externalización proviene de su manejo como causa reactiva, es decir, se recurre a ella para huir de los problemas y déficits internos de las AAPP en lugar de cómo causa proactiva, esto es, como catalizadora de una mejor gestión y una mayor calidad de los servicios externalizados. La consecuencia inmediata de esta ausencia de planificación, control y evaluación de los servicios será “un trade-off entre calidad y costes: el ahorro que comporta la gestión indirecta se hace a costa de una merma en la calidad del servicio, a la vez que esta opción, a la larga, comportará una subida de precios, al faltar en la Administración indicadores para controlar el aumento de costes, o directamente, ser un cliente cautivo de la organización externalizadora”²³.

Frente a las bondades y perversidades de la externalización alegadas por defensores y detractores, lo cierto es que este instrumento está siendo utilizado como vía de reestructuración de la Administración procediendo a su enflaquecimiento mediante la supresión de la prestación de un buen número de servicios y actividades. Esta menor prestación directa de servicios conduce inevitablemente a la necesidad de corregir su propia estructura organizativa y con ello el exceso de empleados públicos. La facultad externalizadora reconocida al empresario como instrumento de organización y de competitividad, se extiende así a la AAPP pudiendo ejercerla en beneficio de la mejora y de la racionalización de los servicios que proporciona. No olvidemos que es la Administración prestadora de un servicio público la que

²⁰ Ramió Matas, C.; Salvador Serna, M.; García Codina, O.: “Los determinantes y la gestión de la externalización en Cataluña”, Fundación Carles Pi u Sunyer, Barcelona, 2007, p. 42

²¹ El 50% de los ciudadanos consultados creían en 2013 que los servicios públicos funcionaban peor. Respecto a su privatización el 61% consideraron que funcionarían peor si la gestión fuese privada frente al 42% que opinaba lo mismo en 2012. Datos extraídos del informe sobre “La calidad de los servicios públicos en tiempos de austeridad” elaborado por la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios, 2014. Disponible en aeval.es.

²² Toscani Giménez, D.: “Las reformas llevadas a cabo en el régimen jurídico del despido por la reforma laboral de 2012”, relaciones Laborales núm. 19-20, 2012, p. 28

²³ Ramió Matas, C.; Salvador Serna, M.; García Codina, O.: “Los determinantes y la gestión de la externalización en Cataluña”, ob. cit. p. 85 y146

dispone de una potestad de autoorganización, en la que implícitamente se integra el poder determinar el sistema de gestión más eficaz y eficiente²⁴. De este modo, la amortización de puestos de trabajo como consecuencia de la externalización del servicio fue declarada procedente por los órganos de la jurisdicción social²⁵, siendo la mejor organización de los recursos el elemento principal que colige tal declaración aun cuando se toman también en consideración el ahorro de los costes del servicio. El Tribunal Supremo en doctrina reiterada vino a señalar que desde el momento en que el servicio se encomienda por la Administración a otra persona, pública o privada, las plazas correspondientes al personal que realizaba ese servicio tenían que ser amortizadas, “salvo que se sostenga la tesis de que la Administración tiene que mantener un personal que ya no tiene una función que realizar”²⁶. Se flexibilizan así las extinciones contractuales del personal laboral de las AAPP, al bastar la previa existencia de una decisión administrativa de descentralización. Ante esta realidad, cabe preguntarse si es posible establecer límites a la extinción contractual motivada por la decisión de externalizar la gestión de un determinado servicio. O dicho de otro modo, cuando la administración conserva la titularidad, control y responsabilidad del servicio externalizado ¿es admisible que proceda a extinguir los contratos del personal laboral por atribuir sus funciones a una empresa privada al haber externalizado su gestión? La respuesta a estas cuestiones se encuentra en la STS de 27 de febrero de 2012 en la que se califica como improcedente la extinción de los contratos de interinidad por vacante realizada por la Administración después de haber externalizado el servicio. En la fundamentación del fallo el Alto Tribunal entra a realizar un examen acerca de la efectiva realidad o no de la amortización efectuada. En esto justamente reside la importancia de este pronunciamiento pues se introduce un nuevo elemento en la valoración de la procedencia o improcedencia de la extinción contractual del personal laboral, tanto indefinido como interino,²⁷ al servicio de las AAPP: el carácter necesario o no de la amortización de los correspondientes puestos de trabajo.

3.1. El debate jurisprudencial sobre la necesidad del puesto de trabajo objeto de externalización

El eje central de la STS de 27 de febrero de 2012 gira en torno a la efectiva realidad de la amortización, entrando a valorar si lo que la Administración realiza al externalizar no es un mero cambio en la forma de gestión de unas plazas cuya existencia es necesaria para el desarrollo del servicio. Esta valoración introduce un

²⁴ STSJ Cataluña num. 789/2012 de 27 de junio

²⁵ Es el caso de la externalización del servicio de recogida de animales (STSJ de la Comunidad Valenciana de 22 de febrero de 2001), de gestión del servicio municipal de aguas (STSJ de Aragón de 8 de mayo de 1999) o del servicio municipal de guardería (STSJ Cataluña de 15 de mayo de 2014).

²⁶ STS (Sala IV) de 8 de junio de 2011(RJ 2011/5937)

²⁷ El TS ha reiterado en diversas sentencias que la posición de aquellos trabajadores al servicio de la Administración cuyo contrato fue declarado indefinido (no fijo) por sentencia firme es idéntica a la de aquellos otros que cubren una plaza con contrato de interinidad. Por todas STS (Sala IV) de 22 de julio de 2013 (RJ 2013, 7657)

elemento, a nuestro juicio, importantísimo para configurar *ex novo* un límite a la extinción contractual derivada de una externalización: la necesaria o innecesaria existencia del puesto de trabajo antes y después de la externalización. De este modo, cuando la necesidad de una determinada plaza y sus correspondientes funciones sigan persistiendo con posterioridad a la decisión administrativa de descentralización, su extinción contractual no se ajustaría a derecho al tratarse de una amortización ficticia, pues “lo acontecido en la realidad consistió en convocar concurso para cubrir externamente las mismas plazas que se indicaban amortizadas adjudicando el servicio a una empresa privada”²⁸. La validez de la amortización se condiciona así al hecho de que el puesto de trabajo extinguido sea innecesario. No obstante, este pronunciamiento no es adoptado de forma unánime por el Tribunal teniendo al respecto dos votos particulares que deben ser considerados. El primero de ellos, realizado por Martín Valverde al que se adhiere Desdentado Bonete, manifiesta su oposición al voto mayoritario al considerar que no existe la amortización ficticia a la que se alude en la sentencia de referencia por cuanto una vez adjudicada o descentralizada dicha actividad, la AAPP está facultada e incluso obligada a amortizar o suprimir los puestos de trabajo, puesto que los poderes públicos deben ajustar las plantillas y relaciones de puestos de trabajo a sus necesidades reales, entre otras razones, en aplicación del principio constitucional de eficacia de la actuación de las AAPP. Valorar la necesidad o no del puesto de trabajo sobre la base de su continuidad con posterioridad al cambio en la forma de gestión del servicio supone, en opinión de estos magistrados, una atribución subjetiva que obligaría a su cobertura directa por la propia Administración titular del servicio. El segundo voto particular, formulado por López García de la Serrera²⁹ se muestra contrario a la utilización del término “amortización” en un sentido tan restringido y sintético, puesto que la supresión de los puestos de trabajo se puede producir por variadas razones y no sólo por su “innecesariedad”. Sostiene además que con el criterio de la Sala se veda a la Administración la posibilidad de gestionar el servicio de forma indirecta fundándola en que no cabe amortizar las plazas que son necesarias. Con ello se limita la libertad de la Administración de gestionar sus servicios con eficacia, descentralización y con sometimiento a la Ley³⁰. En nuestra opinión, el criterio mayoritario sienta un importante precedente en orden a evitar reestructuraciones de plantillas revistiéndolas de necesidades organizativas cuando en realidad obedecen a un criterio de eficiencia económica en la mayoría de las ocasiones no adecuadamente justificadas. Es doctrina reiterada la que dispone que la utilización de instrumentos indirectos de gestión constituye un medio hábil para asegurar la viabilidad de la empresa o su competitividad pudiendo jugar

²⁸ STS (Sala IV) de 27 de febrero de 2012 (RJ 2012, 8521)

²⁹ A este voto particular se adhieren los magistrados Moliner Tamborero, Gilolmo López y Souto Prieto.

³⁰ Consideran los magistrados que en la sentencia mayoritaria se ha ido más allá de las competencias que tienen atribuidas porque no se ha limitado a analizar si existía una norma que autorizaba la amortización, y si la amortización se ha realizado por el órgano competente y por el procedimiento adecuado sino que ha ido más allá determinando cuando es procedente o no una amortización de vacantes y se ha resuelto que la misma es improcedente cuando la Administración siga atendiendo el servicio, cuando subsiste la necesidad de prestar un servicio público.

como causa legitimadora de la decisión extintiva, siendo decisorio al respecto que la descentralización constituya una medida racional en términos de eficacia de la organización productiva³¹. Lo que sucede es que generalmente se recurre a la externalización como vía para resolver una situación de déficit económico preexistente, tratándose de soslayar mediante una reducción del capítulo de gastos de personal³², de tal forma que no se recurre a la extinción de los contratos de los empleados públicos porque el desempeño de las funciones vinculadas a esas plazas sean objeto de una redistribución o reorganización, sino porque, siguiendo un criterio económico, su cobertura se desplaza a sujetos privados.

En definitiva, a raíz de la STS de 27 de febrero de 2012 se sienta la doctrina según la cual la Administración no podrá amortizar las plazas desempeñadas por el personal laboral a resultas de una externalización del servicio si las mismas están revestidas de un carácter necesario. Esta posibilidad sólo será admisible si de lo que se trata es de una supresión total del servicio o actividad. Se configura así un importante límite al recurso a la externalización como forma de gestión de los servicios públicos, pues toda extinción contractual que la AAPP lleve a cabo deberá someterse al previo enjuiciamiento sobre la necesidad de la amortización, de tal forma que el ajuste de personal será conforme a derecho cuando se realice con carácter previo a la externalización³³ o cuando no resulte acreditado la ulterior subsistencia de los puestos amortizados³⁴.

4. LA CONSIDERACIÓN DE LA EXTERNALIZACIÓN COMO CAUSA ORGANIZATIVA JUSTIFICADORA DE LA EXTINCIÓN CONTRACTUAL EN EL ÁMBITO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

La doctrina sentada a través de la STS de 27 de febrero de 2012 tiene asimismo un importante efecto sobre la redefinición de los contornos de la causa organizativa recogida en la DA 20ª ET. Vinculada la extinción de los contratos de los empleados públicos a la necesaria realidad de la amortización en los supuestos de externalización de servicios, esta causa queda desprovista de su amplitud inicial debiendo quedar reconducida a supuestos de sobredimensión del personal necesario para desempeñar las correspondientes funciones. De este modo,

³¹ STS (Sala IV) de 30 de septiembre de 1998 (RJ 1998, 7586)

³² “La externalización del servicio conlleva la obligación de abonar a la empresa adjudicataria un canon por la prestación del servicio, canon en el que, además de los gastos de personal, está incluido el Beneficio industrial de la empresa adjudicataria, de donde se sigue que esa externalización no supone una disminución de gastos del Ayuntamiento, simplemente la reducción de un capítulo y el consiguiente aumento de aquel donde se ubican los gastos referidos a las cantidades que debe abonar a las empresas adjudicatarias de los servicios municipales externalizados”. STSJ Andalucía (Málaga) núm. 1662/2012 de 25 de octubre.

³³ STSJ Cataluña de 15 de mayo de 2014

³⁴ STSJ Cataluña núm. 5349/2013 de 24 de julio

la reestructuración organizativa debe corregir el exceso en términos de recursos humanos, facilitando “la falta de flexibilidad del sistema legal de empleo público que dificulta sobremanera la movilidad interna e interadministrativa”³⁵. En nuestro ordenamiento ya se preveían espacios en los que tenían cabida los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el ámbito de las AAPP. No obstante, la Ley 35/2010 de 17 de septiembre procedió a una nueva reformulación de las causas, unificando su tratamiento así como su control, si bien fue la Ley 3/2012 de 6 de julio la que contuvo en su Disposición Adicional 2ª la llave que abría la puerta a las reestructuraciones del personal laboral en el ámbito del sector público, ya se tratase de trabajadores fijos, por tiempo indefinido o temporal³⁶, permitiendo al sector público administrativo extinguir los contratos de su personal laboral al amparo de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción conforme a lo preceptuado en los artículos 51 y 52.c ET. A estos efectos, se entenderá que concurren causas económicas cuando en las mismas se produzca una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes; y causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios y o instrumentos de la prestación del servicio público de que se trate. Respecto de la causa organizativa se considera como tal según la dicción legal aquella motivada por cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal adscrito al servicio público, siendo ampliada posteriormente por vía reglamentaria al modo de organizar la producción³⁷. De este modo, una interpretación gramatical de la causa organizativa nos lleva a entender que esta se encuentra vinculada a la mejora de la gestión o de la organización de los medios personales y materiales, es decir, a la corrección de la sobredimensionada estructura de la Administración permitiéndole reajustar el número de efectivos al realmente necesario para desarrollar la prestación. No obstante la ley no establece ningún condicionamiento a la realización de ese cambio en el sistema o en los métodos de trabajo del personal por lo que en el mismo tuvo entrada la desaparición del servicio o actividad como consecuencia de una decisión administrativa de descentralización. La externalización de un servicio o actividad pasó así a sustentar el despido colectivo u objetivo por causa organizativa. La jurisprudencia avaló este planteamiento, trasladando su inicial aplicación desde el sector privado al público, admitiendo la concurrencia de la causa organizativa al exteriorizarse la actividad o servicio público correspondiente, justificando la decisión de amortizar y el nexo causal y de proporcionalidad entre tal medida y

³⁵ Sánchez Morón, M.: “Ajustes y reformas en el empleo público: situación actual y perspectivas”, en Crisis y externalización en el sector público, ob. cit. p. 24

³⁶ Extraemos del ámbito subjetivo de las reestructuraciones a los funcionarios públicos cuyo régimen jurídico excluye la extinción de su relación de servicio por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Sobre estas reestructuraciones del personal laboral al servicio del sector público Roqueta Buj señala que “si el auge de la contratación laboral en las Administraciones Públicas ha obedecido al interés por huir de la rigidez del régimen funcionarial, no se alcanza a comprender porqué razón ahora se les autoriza a renunciar a dicha flexibilidad”. Roqueta Buj, R.: “La reestructuración de las plantillas laborales en las Administraciones Públicas”, Actualidad Laboral núm. 3, 2011, p. 14 (formato electrónico)

³⁷ Art. 1.2 del RD 1483/2012 de 29 de octubre

el número de extinciones producidas al quedar sobredimensionada la plantilla³⁸. De este modo, como señala LALAGUNA HOLZWART, la mera conveniencia en el modelo de gestión de prestación del servicio, de directa a indirecta, justifica esa flexibilización en el reconocimiento y acreditación de las causas de extinción del personal laboral del sector público³⁹.

No obstante, a la luz de la reciente doctrina judicial no cabe amortizar para externalizar, de tal forma que la causa organizativa debe quedar circunscrita a aquellos supuestos en los que, consecuencia de una reordenación de funciones, se produce a juicio de la Administración un exceso de personal laboral. De este modo, la extinción de los contratos por causa de exteriorización quedaba incluida como “causa organizativa o productiva a efectos del art. 52.c ET si efectivamente la decisión empresarial responde a “necesidades acreditadas” en el funcionamiento del la empresa”⁴⁰. La deformación se produjo al conectar la vertiente económica de la externalización con las necesidades de contención del gasto público, es decir, ante una situación de déficit presupuestario para hacer frente a los servicios gestionados se ha optado por la externalización como vía de aligeramiento de los gastos de personal, produciéndose simple y llanamente un trasvase de actividades y servicios del sector público al sector privado. Y es esta deformación la que, en nuestra opinión, ha sido corregida por el TS al situar en sus estrictos términos el ámbito operativo de cada causa. La operatividad de la causa organizativa conllevará la extinción de los contratos relativos a aquellos puestos de trabajo que, por un cambio en el modo de organizar la producción han quedado vacíos de contenido funcional. La necesidad de reconducir los gastos públicos a estrictos límites presupuestarios sitúa la externalización en el ámbito de la causa económica, lo cual conllevará, ahora sí, la necesidad de conectar el ahorro de costes con la superación de la situación de insuficiencia presupuestaria. Se obligaría así a la Administración externalizadora a justificar en la documentación acreditativa la necesidad de la medida, es decir, a cuantificar la eficiencia económica alcanzada a través de ese trasvase de servicios de lo público a lo privado. Una exigencia que permitirá abrir una fractura en el proceso de externalización como vía de reestructuración impulsado por las AAPP. Reconducida así la extinción contractual del personal laboral a causas estrictamente económicas, debemos advertir no obstante que, el verdadero problema no reside únicamente en el tipo de causa que se alegue para justificar los despidos, sino en su admisión para el personal laboral de la AAPP con similares contenido y alcance que el que rige en el sector privado.

³⁸ STSJ Madrid núm. 349/2014 de 11 de abril de 2014

³⁹ Lalaguna Holzgart, E.: “Despidos por causas económica, técnicas, organizativas o de producción del personal al servicio de las Administraciones Públicas en la Ley 3/2012”, *Aranzadi Social* núm. 6, 2012, p. 19 (formato electrónico)

⁴⁰ STSJ de Castilla y león (Burgos) núm. 417/2011 de 13 de julio citando a la STS 30.09.1998

5. CONCLUSIÓN FINAL

El binomio crisis económica-estabilidad presupuestaria ha conducido al necesario replanteamiento acerca de cómo los servicios públicos se facilitan a los ciudadanos en lo que respecta a su forma y medida. La sostenibilidad económica impuesta a las AAPP actúa como dique de contención del gasto público al tiempo que merma los recursos disponibles para la satisfacción de los servicios⁴¹, entre los que pueden encontrarse servicios deficitarios o con escasa demanda. Se impone, pues, su racionalización o reorganización, tratándose de alcanzar el equilibrio económico por la vía rápida de la extinción contractual en lugar de reparar en otras posibilidades menos traumáticas y más efectivas para alcanzar la ansiada eficiencia. Este objetivo no presentaría mayor objeción salvo cuando su consecución está ligada a dos circunstancias concatenadas: la extinción de la plantilla de personal laboral a consecuencia de la reducción de actividades y servicios prestados en forma directa por las AAPP. Dicho de otro modo, el exceso de empleados públicos está motivado, no por el hecho de suprimir la prestación de la actividad o servicio a la que estaban adscritos, sino porque los mismos van a ser prestados a través de sujetos privados. En definitiva, se está llevando a cabo una eliminación de la prestación directa de servicios y actividades cuyo efecto más inmediato es el exceso de personal en nuestras Administraciones, tratando de ser corregido este sobredimensionamiento de la Administración a través de la exteriorización de servicios.

Valoramos positivamente la introducción de un límite a la facultad externalizadora de la Administración por dos razones principalmente: la primera de ellas, porque servirá para reorientar el sentido que de eficiencia económica parece tener la Administración, considerando el traspaso de la gestión de los servicios públicos a las empresas privadas como única vía de reducción de costes, en lugar de apostar decididamente por aplicar sus técnicas de gestión y control a su propio ámbito. La segunda, porque si se considera que la extinción por externalización no es propiamente una causa organizativa se forzará a la Administración a que justifique en qué medida esta forma de gestión indirecta de servicios constituye una medida racional en términos de eficacia y de eficiencia para la organización productiva y para la reducción del gasto público. Se hará preciso, así, justificar el quantum económico del ahorro conseguido. Y esta exigencia permitirá, a través de la labor jurisdiccional, entrar a valorar su razonabilidad, abriendo la vía a posibles restricciones a su empleo. En cualquier caso, los términos del debate no deben centrarse en la concreta aplicación de una de las causas previstas en la DA 20ª ET al personal laboral de las Administraciones Públicas, sino su en su delimitación con similares contenido y alcance que el previsto para el sector privado.

⁴¹ Se hace preciso reflexionar acerca de si es concorde con el art. 135 CE “la degradación ad infinitum de los servicios públicos a la luz de la función de igualdad social que estos cumplen” Trillo Párraga, F.: “El despido del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”, Revista de Derecho Social núm. 57, 2012, p. 167

