

CRÓNICA INTERNACIONAL Y COMUNITARIA

Retribución y negociación colectiva en las Administraciones Públicas italianas después de las recientes reformas

Gaetano Zilio Grandi y Micaela Vitaletti^(*)

Profesor Titular de Derecho del Trabajo de la Universidad «Ca' Foscari» de Venecia y
Ayudante de Derecho del Trabajo de la Universidad «La Sapienza» de Roma

SUMARIO:

- I. Introducción: viejas y nuevas reformas
- II. Las fuentes de determinación de la retribución en general
- III. Las funciones de la retribución variable
- IV. La «nueva» retribución variable: las fuentes

RESUMEN:

Después de haber verificado las fuentes de determinación de la retribución en el ámbito del contrato de trabajo respecto de los empleados de las Administraciones Públicas, el artículo tiene como objetivo indagar en los contenidos y funciones de la retribución variable, considerando el diverso papel atribuido a la autonomía colectiva en la reciente reforma «Brunetta».

I. INTRODUCCIÓN: VIEJAS Y NUEVAS REFORMAS

La reforma laboral respecto de los empleados de las Administraciones Públicas, llevada a cabo desde 1993, ha tendido siempre a uniformar las normas aplicables a los trabajadores de las empresas privadas con aquellos de las Administraciones Públicas, con limitadas excepcio-

^(*) Resultado de una reflexión común, el estudio es atribuible respecto a la Introducción y el apartado 1 a Gaetano Zilio Grandi, Profesor Titular de Derecho del Trabajo de la Universidad «Ca' Foscari» de Venecia; y respecto de los apartados 2 y 3 a Micaela Vitaletti, Ayudante de Derecho del Trabajo de la Universidad «La Sapienza» de Roma. Traducción a cargo de Juan Carlos GARCÍA QUIÑONES. Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid.

nes (arts. 1 y 3 del Decreto Legislativo 165/2001). Al hacerlo, el legislador ha considerado aplicables a los contratos de trabajo con las Administraciones Públicas normas y principios dispuestos en otros lugares: código civil, estatuto de los derechos de los trabajadores, leyes especiales y, por último pero no menos importante, la negociación colectiva, equiparada a su vez, con excepción de algunos extremos específicos, a aquella que regula los contratos de trabajo por cuenta ajena en el sector privado (art. 2 del Decreto Legislativo 165/2001).

En particular, respecto de aquello que mayormente interesa, se ha introducido una verdadera contractualización de las relaciones laborales, superando completamente la impostación precedente de carácter administrativo que tenía como piedra angular el nombramiento del empleado por parte de la Administración y la regulación del contrato por la ley y los actos unilaterales de la propia Administración.

Hoy, sin embargo, y de hecho ya desde hace 18 años, las relaciones laborales se formalizan a través del contrato individual, se rigen por convenios colectivos y se ha procedido, por tanto, a lo que se ha definido como la privatización definitiva del empleo público. Aunque, a decir verdad, las Administraciones Públicas, a pesar de su reconducción formal como y con los poderes del «empresario privado», no se han privatizado a su vez, como podría y debería haber sucedido, en condiciones de competir dentro de un mercado verdaderamente competitivo.

Por lo tanto, sea por aplicación de las fuentes contractuales, y de la colectiva en primer lugar, sea por la constitución de la relación laboral mediante el contrato individual de trabajo, resultaba y resulta posible afirmar la plena correspondencia de los supuestos verificados en el sector privado y en el sector público.

Tal afirmación asume hoy, después del Decreto Legislativo núm. 150/2009, un nuevo significado y, en ocasiones, una suerte de incoherencia. De hecho, para muchos autores el citado Decreto y la Ley de delegación, habrían supuesto en realidad una verdadera contrarreforma, en el sentido de un debilitamiento sustancial del instrumento de negociación colectiva, y con ella, del papel de los sindicatos⁽¹⁾. Anticipamos rápidamente que no compartimos semejante enfoque: sí es cierto, en efecto, que el reciente Decreto Legislativo ha tenido una incidencia sobre las fuentes en materia de empleo para las Administraciones Públicas, pero también hay que decir que, en la redefinición de la relación entre ley y negociación colectiva, la Ley de delegación de 2009 no efectúa, como algunos han sostenido, una «relegislación formidable», si bien reitera la necesidad de una interpretación «cerrada» sobre el actual sistema de negociación colectiva, especialmente integradora, revelándose tan ineficaz como costoso⁽²⁾.

Así que, si bien es cierto que el camino trazado por el legislador aparece después detallado en el Decreto de aplicación, está en contradicción con lo sucedido en el pasado, con una reducción sustancial del espacio atribuido a la negociación colectiva, de igual modo que se afirma también cómo gran parte de este espacio había sido, por así decir, «abusivamente» ocupa-

(1) Sobre esto último, véase S. BORRELLI, *La contrattazione collettiva «sopravvissuta» alla riforma Brunetta*, en *La riforma dell'impiego nelle pubbliche amministrazioni* (l. 15/2009 e d.lgs. 150/2009), a cargo de Silvia BORELLI y Marco MAGRI, con la colaboración de Adriana SABATO, en curso de publicación.

(2) Permitase el reenvío a G. ZILIO GRANDI, *Contrattazione integrativa e nuovi sistemi di controllo della negoziazione*, en M. Tiraboschi, P. Rauseri (a cargo de), *La riforma del lavoro*, Giuffrè, 2008; y también *Id.*, *Controlli e contrattazione integrativa*, en F. CARINCI, S. MAINARDI (a cargo de), *La riforma del lavoro pubblico*, Ipsoa, Milano, 2010.

do por la misma, con el beneplácito de los correspondientes interlocutores políticos y el anquilamiento de los poderes y del papel de los dirigentes.

No constituye, por tanto, un retorno al pasado, sino un reconocimiento de que el sistema actual, de derecho y de hecho, no funcionaba, resultando totalmente incongruente respecto a los fines propuestos.

II. LAS FUENTES DE DETERMINACIÓN DE LA RETRIBUCIÓN EN GENERAL

Sobre la base de las enseñanzas doctrinales, las directrices jurisprudenciales y las prácticas empresariales, no es arriesgado sostener, como se ha hecho ya hace muchos años⁽³⁾, que no subsiste, en materia retributiva, una reserva de competencia exclusiva⁽⁴⁾.

Los ejemplos que pueden ponerse en el sector privado son múltiples: leyes que han establecido límites a la negociación colectiva, en particular, con el derecho del trabajo de crisis y emergencia, durante los años 80; leyes que han bloqueado la dinámica, sea automática sea negocial, de las retribuciones y también procedimientos que inciden directamente sobre la cuantificación de las retribuciones por categorías específicas de trabajadores, en especial dentro del sector público. Precisamente a esto debe hacerse referencia, puesto que, por un lado, ello ha formado parte del ya citado proceso de contractualización/privatización, y por otro lado, como se ha dicho, el sistema no ha dado gran prueba de ello.

Así que podemos considerar, como premisa, que en realidad las medidas más recientes no parecen haber alterado la relación de fuentes de la retribución en el trabajo para los empleados de las Administraciones Públicas. Por el contrario, se puede pensar siempre *in apicibus* que han pasado muchas cosas —y mucho más puede ocurrir— con respecto a la distribución de competencias por la materia entre las diferentes fuentes, legales y contractuales, e incluso dentro de estas últimas⁽⁵⁾.

1. La ley

Comenzando por examinar el papel de la ley en materia económica, debe decirse inmediatamente que aquí, a diferencia del ámbito privado, la fuente legislativa se ha comportado, al menos hasta 1993 y en verdad hasta la primera ronda de negociación 1994-95, como la

(3) G. ZILIO GRANDI, *La retribuzione Fonti struttura funzioni*, Napoli, 1996; véase también L. ANGIELLO, *sub art. 2099*, en *Comm. cod. civ.*, a cargo de SCHLESINGER, Milano. En contra, hoy, con respecto al trabajo en las Administraciones Públicas, A. ALAIMO, *La contrattazione collettiva nel settore pubblico tra vincoli, controlli e «blocchi»: dalla «riforma Brunetta» alla «manovra finanziaria» 2010*, en WPCS Massimo D'Antona, 2010, p. 35.

(4) Véase *amplius* M. D'ANTONA, *Le fonti privatistiche. L'autonomia contrattuale delle pubbliche amministrazioni*, en FI, 1995, V, p. 29 ss.; y otros P. Sordi, *sub art. 45*, en AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO, MARESCA, *Il diritto del lavoro*, vol. III, *Il lavoro pubblico*, Milano, 2004, p. 435 ss. y otras ulteriores referencias sobre este punto.

(5) La referencia es al recientísimo caso Fiat, esto es al desplazamiento tendencial del eje de la regulación negocial hacia el nivel inferior de la negociación colectiva; y también a la «individualización» de los contratos de trabajo, y así de la retribución, que tal proceso puede favorecer. Véase por todos R. DE LUCA TAMAJO, *Le criticità del sistema di relazioni industriali*, en *Il caso Pomigliano*, AREL, *Europa Lavoro Economia*, n. 8/9, 2010, p. 31; P. Ichino Pomigliano: *un case study interessante sull'uso della disinformazione*, en www.pietroichino.it. Y sobre el reciente acuerdo de Mirafiori véase G. ZILIO GRANDI, *La Fiat e le relazioni sindacali oggi in Italia: brevi spunti giuridici*, en *Dossier, Bollettino Adapt*, 2011.

fuente formalmente preeminente, si no exclusiva. Es notorio que, aunque se tratase de acuerdos entre las partes, su contenido, también durante la vigencia de la Ley Marco núm. 93/1983, debía recogerse necesariamente en decretos del Presidente de la República, cuanto menos para el propósito principal de atribuir a esa normativa (originariamente) pactada eficacia general⁽⁶⁾. Y eso significaba que, por lo menos hasta principios de los años 90, el problema de la determinación del salario en el empleo público ha quedado resuelto, por un lado, con el sistema sustancialmente consensual por el cual el Estado, a través de los citados decretos del Presidente de la República, transpone los contenidos de acuerdos informales; por otro lado, y esto resultaba todavía más grave, las riendas de los acuerdos de gastos (o, lo que es lo mismo, los decretos del Presidente de la República) quedaban en manos de una parte claramente política, o de los Ministros encargados del Presupuesto dentro del sector correspondiente. En otras palabras, como hemos dicho también a propósito de ulteriores manifestaciones de la misma problemática, ninguna negociación real si no, sobre todo, una concesión político-económica que no podía más que tener, como ha tenido, profundas repercusiones en el déficit público.

En 1993 el sistema cambia. Sobre la base de fuertes presiones privatísticas⁽⁷⁾, y superando la resistencia del derecho administrativo⁽⁸⁾, primero la Ley de delegación núm. 421/1992 y después el Decreto Legislativo núm. 29/1993, sucesivamente reestructurado dando lugar a otras fases contradictorias dentro de la contractualización del empleo público, imponen un evidente cambio de ruta: «Los contratos de trabajo de los empleados en las Administraciones Públicas se regirán por las disposiciones de las Secciones II y III, Capítulo I, Título II, del Libro V del Código Civil y por las leyes sobre contratos de trabajo por cuenta ajena en la empresa, que sean compatibles con la especialidad del contrato y con la persecución de los intereses generales en los términos definidos por el presente Decreto (...), los contratos individuales de trabajo y de empleo contemplados en el apartado 2 se regularán convencionalmente. Los convenios colectivos se estipularán según los criterios y la modalidad prevista en el Título III del presente Decreto; los contratos individuales deberán conformarse según los principios establecidos en el artículo 49 apartado 2» (art. 2, apartados 2 y 3); (...) «La retribución básica y complementaria será establecida por los convenios colectivos» (art. 49, apartado 1).

El mensaje, si así lo queremos decir, es fuerte y claro: a partir de ahora para todos los empleados de las Administraciones Públicas, con algunas notables excepciones, las fuentes de regulación del contrato —y de la retribución— son sólo las contractuales, colectivas e individuales.

Y bien, ahora se debe determinar a qué categorías no se aplica este sistema y, más importante aún, cuándo y cómo se aplica el mismo con respecto a la generalidad de los trabajadores de las Administraciones Públicas, dirigentes incluidos.

(6) Sobre la negociación colectiva en el empleo público después de la Ley núm. 93/1983 véase por todos U. ROMAGNOLI;

F. CARINCI, Introducción en F. CARINCI, *Contratto e rapporto di lavoro*, en DLRI, 1993, 653 ss.

(7) Por todos M. D'ANTONA, *Le fonti privatistiche, l'autonomia contrattuale della pubblica amministrazione in materia di rapporti di lavoro*, en Foro it., 1995.

(8) Jueces, abogados, etc.: cfr. por todos A. ORSI BATTAGLINI, en DLRI, 1993.

En cuanto al primer aspecto, debe subrayarse que en la primera versión quedaban excluidos, y por lo tanto estaban contractualizados, las siguientes categorías: magistrados ordinarios, administrativos y contables, abogados y procuradores del Estado, personal militar y Fuerzas de la policía estatal, el personal de la carrera diplomática y de la prefectura, a partir respectivamente de las categorías de Secretario de la Legación y viceconsejero de la prefectura, directores generales nombrados con decreto del Presidente de la República previa deliberación del Consejo de Ministros, y aquellos equiparados a los mismos como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley de 8 de marzo de 1985, núm. 72, empleados de los entes que desarrollan su actividad en las materias contempladas por el artículo 1 del Decreto Legislativo del Jefe provisional del Estado de 17 de julio de 1947, núm. 691, y por las Leyes de 4 de junio de 1985, núm. 281, y de 10 de octubre de 1990, núm. 287, profesores e investigadores universitarios.

Posteriormente, semejante lista resulta «depurada» para los dirigentes. Mientras, en la versión actualmente en vigor encontramos todavía: magistrados ordinarios, administrativos y contables, abogados y procuradores del Estado, personal militar y Fuerzas de la policía estatal, personal de la carrera diplomática y de la prefectura, empleados de los entes que desarrollan su actividad en las materias contempladas por el artículo 1 del Decreto Legislativo del Jefe Provisional del Estado de 17 de julio 1947, núm. 691, y por las Leyes de 4 de junio de 1985, núm. 281, con sus modificaciones posteriores, y de 10 de octubre de 1990, núm. 287; y también el personal, incluido en el nivel superior, del Cuerpo Nacional de Bomberos, personal de la carrera directiva penitenciaria, profesores e investigadores universitarios, al menos hasta la aprobación de una norma específica que regule la materia «de manera sistemática y de acuerdo con los principios de la autonomía universitaria que recoge el artículo 33 de la Constitución (...)».

Tras la última modificación del texto único (aunque «único» por poco tiempo), contenida en el Decreto Legislativo núm. 165/2001, por parte del Decreto Legislativo núm. 150/2009, la norma básica del artículo 2 refiere⁽⁹⁾: «Los contratos de trabajo de los empleados de las Administraciones Públicas se regirán por las disposiciones del Capítulo I, Título II, Libro V del Código Civil y por las leyes sobre relaciones laborales por cuenta ajena en la empresa, sin perjuicio de las diversas disposiciones contenidas en el presente Decreto, **que constituyen disposiciones de carácter imperativo**. Cualesquiera disposiciones legales, reglamentarias o estatutarias, que introduzcan materias de relaciones laborales cuya aplicación se limite a los empleados de las Administraciones Públicas, o a determinadas categorías de los mismos, pueden ser derogadas por convenios o acuerdos colectivos posteriores y, respecto de la parte derogada, no serán posteriormente aplicables, a salvo lo previsto expresamente por la ley» (art. 2, apartado 2); «Los contratos individuales de trabajo del apartado 2 se regularán convencionalmente. Los convenios colectivos se estipularán según los criterios y la modalidad prevista en el artículo 45, apartado 2. La regulación de la materia retributiva se estipulará exclusivamente mediante convenios colectivos **a salvo los supuestos previstos en los apartados 3-ter y 3-querter del artículo 40 y la tutela de las retribuciones que regula el artículo 47-bis**, o por las condiciones previstas mediante contratos individuales. Las disposiciones legales, reglamentarias o actos administrativos que atribuyen incrementos retributivos no previstos por los convenios dejarán de tener eficacia desde la fecha de entrada en vigor del nuevo convenio colectivo. Las previsiones retributivas más favorables serán reabsorbidas de con-

(9) En negrita las partes modificadas por el Decreto Legislativo núm. 150/2009.

formidad con las medidas previstas en los convenios colectivos y la reducción de los gastos que se consigan incrementarán los recursos disponibles para la negociación colectiva» (art. 2, apartado 3) (...); «**En el caso de nulidad de las disposiciones convencionales por violación de normas imperativas o de los límites fijados para la negociación colectiva, se aplicarán los artículos 1339 y 1419, párrafo segundo, del Código Civil**» (art. 3-bis).

En sustancia, la ley, de manera similar a como ha sucedido en el pasado, tanto respecto del empleo privado como del empleo público, previene determinados límites infranqueables para la negociación colectiva; la reforma se preocupa específicamente de atribuir a las propias normas el carácter de imperatividad, conectado a continuación con la sanción de nulidad para su violación, llamando a la aplicación de los artículos 1339 y 1419 del Código Civil⁽¹⁰⁾.

La configuración del tratamiento retributivo y de sus fuentes, por obra de la Ley de delegación núm. 15/2009 y el posterior Decreto Legislativo núm. 150/2009, ha sufrido un cambio evidente. Sin olvidar que, en realidad, con carácter precedente el art. 48 del Decreto Legislativo núm. 165/2001, en relación con los límites económicos para la negociación colectiva de las Administraciones Públicas, afirmaba y afirma⁽¹¹⁾ que «El Ministerio de Hacienda, Presupuesto y Planificación Económica, cuantifica, en línea con los parámetros establecidos por las herramientas de programación y del presupuesto en el artículo 1-bis de la Ley de 5 agosto de 1978, núm. 468, y sus modificaciones posteriores, que la carga resultante de la negociación colectiva nacional con cargo al presupuesto del Estado requiere de una inserción específica en la ley presupuestaria (...)». «Del mismo modo se determinarán las eventuales cargas adicionales a cargo del presupuesto del Estado como consecuencia de la negociación de segundo nivel que tenga lugar en el ámbito de las Administraciones estatales que refiere el artículo 40, apartado 3-bis». Y otra vez «**Para las Administraciones que refiere el artículo 41, apartado 2, así como para las universidades italianas, los entes públicos no económicos y los entes y las instituciones de investigación, incluidas las instituciones y las administraciones mencionadas en el artículo 70, apartado 4, los costes resultantes de la negociación colectiva nacional se determinarán a cargo de sus respectivos presupuestos de conformidad con el artículo 40, apartado 3-quinquies. Los recursos para los incrementos retributivos por la renovación de los convenios colectivos nacionales de las Administraciones regionales, locales y de los entes del Servicio sanitario nacional son fijados por el Gobierno, de conformidad con las restricciones presupuestarias, del Pacto de Estabilidad e instrumentos similares de contención de gastos, previa consulta con los respectivos representantes institucionales**».

Es decir, que un control —y qué control— fundado sobre la base de la determinación de los recursos, siempre ha estado en la dinámica, aquello que en otra sede hemos definido como «pansindicalización» ha tomado claramente la delantera sobre tales predefiniciones normativas. No sólo con las previsiones de la negociación colectiva que afectan directamente a la

(10) Sobre la inutilidad de la apelación a las normas del Código Civil la doctrina es absolutamente concorde; así como sobre la superfluidad de la autocalificación como imperativa de la reciente medida. En verdad nos parece que tales cláusulas, absolutamente pleonásticas, contribuyen a reforzar «políticamente» el sentido de la medida, dirigida a desactivar el papel de la negociación colectiva en general en la disciplina del empleo público. Sobre este presupuesto hablaba Umberto ROMAGNOLI de la «ficción» subyacente a los procesos de negociación colectiva también en el ahora ex empleo público: basta pensar en las modificaciones aportadas al sistema por el Aran, en las profundas limitaciones y controles impuestos a la negociación colectiva, o el papel central atribuido en materia económica a las secciones de control del Tribunal de Cuentas, también a nivel regional.

(11) También en negrita las modificaciones derivadas del Decreto Legislativo núm. 150/2009.

esfera económica, sino también, y sobre todo, con la utilización no siempre coherente de instrumentos normativos con un impacto en el plano económico: sistema (cuasi-automático y privado a menudo de pruebas objetivas) de ascensos horizontales y verticales, principio (rechazado) de omnicomprensividad de las retribuciones, (incoherente) repartición de los recursos entre sectores, oficinas, etc.

El resultado de nuestro discurso, y de la estructura normativa actual, no es por tanto la «relegalización» o «legalización» de la regulación laboral en las Administraciones Públicas, y mucho menos, por las razones que pronto especificaremos, del sistema retributivo, pero sí una racionalización para reducir el gasto y fomentar una mayor productividad del trabajo y de las Administraciones Públicas en su conjunto. En el fondo, éste es el «sueño» que está en la base no sólo de las medidas legislativas sino también, y sobretodo, de las líneas más recientes de política de derecho; pretensión que da paso inmediatamente a la cuestión de si se han elegido los instrumentos adecuados⁽¹²⁾.

Además, el mismo Decreto Legislativo núm. 150/2009 excluye expresamente de la competencia negocial determinadas materias en absoluto irrelevantes, alguna como continuación de medidas anteriores, otras nuevas: organización de las oficinas, materias objeto de participación sindical, en relación con las prerrogativas de dirección (*id est* el poder de dirección) y las relativas a su nombramiento y destitución, y de manera innovadora las sanciones disciplinarias, la evaluación del desempeño a los fines de la regulación de los complementos (véase también *infra*, § 6), movilidad y subidas salariales. Siempre el Decreto Legislativo (y también de aquí, presumiblemente, deriva la mencionada idea de una «relegalización» sustancial), dispone también una reducción del número de compartimentos de la negociación a través de un Acuerdo Interconfederal, definiendo con gran detalle ciertos aspectos relativos, por ejemplo, a la gestión de áreas en el cuidado de la salud o la posibilidad de establecer secciones negociales.

Ni que decir tiene que estas acciones pueden influenciar en los mecanismos de funcionamiento del sistema retributivo, probablemente en el sentido de un menor o mejor más racional dinamismo, teniendo en cuenta las previsiones relacionadas con la regulación de los complementos, de lo cual se ocuparán los párrafos sucesivos.

Lo más importante es, como se ha anticipado, la nueva estructura de fuentes, también porque la norma dedicada enteramente a la retribución, el artículo 45, se preocupa en este momento de especificar que «El sueldo base y los complementos, **salvo lo dispuesto en el artículo 40, apartado 3-ter y 3-quater, y en el artículo 47-bis, apartado 1**, se define por los convenios colectivos». Es decir, reproduciendo un lema bien conocido, ¡el convenio colectivo no lo puede todo!

2. El convenio colectivo

Llegamos entonces a la función de los convenios colectivos, si no exclusiva sin duda la fuente principal en materia retributiva. Se mueven entre las garras, por así decirlo, de la reforma (o contrarreforma) Brunetta, por un lado, y los acuerdos sobre el sistema negocial para 2009, por el otro.

(12) Así, sobre la Ley de delegación, F. CARINCI, La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla Legge 133/2008 alla Legge n. 15/2009, en LPA - n. 6/2008.

A los convenios colectivos de sector que, se ha dicho también, sufrirán una reducción en términos numéricos, acogidos a más de una invitación del CNEL para el sector público que en realidad se remonta a 1994⁽¹³⁾, el Decreto Legislativo núm. 150/2009 les otorga un papel en cualquier caso secundario, al menos en lo que respecta a la materia retributiva.

El art. 40 del Decreto Legislativo núm. 150/2009 dispone, en efecto, que «La negociación colectiva determina los derechos y obligaciones concernientes al contrato de trabajo, así como las cuestiones relativas a las relaciones sindicales» excluyendo expresamente de la competencia negociadora, como ya se mencionó, «las cuestiones relativas a la organización de las oficinas, aquellas objeto de participación sindical en el sentido del artículo 9, las relativas a las prerrogativas de dirección con arreglo a los artículos 5, apartado 2, 16 y 17, la cuestión de la concesión y revocación de cargos directivos, así como las mencionadas en el artículo 2, apartado 1, letra c) de la Ley de 23 de octubre 1992, núm. 421» (...); mientras que «en materia de sanciones disciplinarias, evaluación del desempeño a efectos del pago de los complementos, la movilidad y las subidas salariales, la negociación colectiva está permitida con los exclusivos límites establecidos por la ley».

Con el objetivo de racionalizar y simplificar el sistema, por otra parte, se previene que «por medio de acuerdos especiales entre las ARAN y las Confederaciones representativas (...) se definan hasta un máximo de cuatro sectores de negociación colectiva nacional, que no son más que cuatro áreas separadas para la gestión».

Mayor relieve asume, sin embargo, para nuestros propósitos, la disposición por la cual «la negociación colectiva disciplina, de acuerdo con el sector privado, la estructura negociadora, las relaciones entre los distintos niveles y la duración de los convenios colectivos nacionales (...)» mientras que «(...) la duración se fija de modo que haya coincidencia entre la vigencia de la disciplina jurídica y la económica».

En definitiva, y a la luz de lo previsto en el Acuerdo interconfederal de enero de 2009⁽¹⁴⁾, al convenio colectivo sectorial le está atribuida, en materia económica, la función esencial de garantizar la certeza de las condiciones económicas y normativas comunes para todos los trabajadores del sector, cuando se apliquen en el territorio nacional, sobre la base de los recursos disponibles para los aumentos salariales que se exigen a los Ministerios competentes. En el

(13) Observaciones y propuestas, 26/10/1994, Sistemi di qualità ed evoluzione delle relazioni sindacali.

(14) Cuando se afirma, entre otras cosas, que «la estructura de la negociación colectiva se asienta sobre dos niveles: el convenio colectivo nacional de trabajo de sector y la negociación de segundo nivel según se define por su configuración específica; el convenio colectivo nacional de trabajo de sector tendrá una duración trianual tanto para la parte económica como normativa; tendrá la función de garantizar la aplicación de las disposiciones económicas y normativas comunes para todos los trabajadores del sector incluidos dentro del territorio nacional (...); en el sector del *empleo público*, el montante del cálculo de los recursos para destinar a los incrementos salariales se solicitará a los Ministerios competentes, previa concertación con las Organizaciones sindicales, dentro del respeto y de los límites de la necesaria programación prevista por la ley presupuestaria, asumiendo el índice (IPCA), aplicado efectivamente al neto de los productos energéticos importados, como parámetro de referencia para la individualización del índice provisional, sobre una base de cálculo constituida por los elementos de carácter salarial y mantenido invariable por el trienio de programación; en el *sector del empleo público*, la verificación de las eventuales desviaciones será efectuada a la expiración del trienio convencional, previa confrontación con las partes sociales, a los fines de la eventual recuperación durante el trienio sucesivo, teniendo en cuenta las tendencias vigentes sobre las retribuciones en el conjunto del sector; la negociación colectiva nacional de categoría o confederal regula el sistema de relaciones industriales a nivel nacional, territorial y empresarial o de las Administraciones Públicas; la negociación colectiva nacional o confederal puede definir ulteriores formas de bilateralidad para el funcionamiento de servicios que conforman el *welfare*».

mismo convenio sectorial deberán verificarse también, al término del trienio, eventuales diferencias entre las retribuciones satisfechas y los aumentos salariales que allí se definen. Aunque, como se constatará ampliamente con el desarrollo del estudio (§ §. 3 y ss.), la sede «propia» de la materia retributiva parece estar descentralizada, en sus diversas facetas y con sus viejos y nuevos controles y limitaciones (cfr. *supra* el comentario de Mainardi)⁽¹⁵⁾. Al convenio colectivo en el sector público, por otra parte, incluso después de la (contra) reforma de 2009, le quedará siempre la determinación de la retribución básica, entendiendo por tal, como se mencionó anteriormente, aquella destinada a retribuir «la profesionalidad media del trabajador y que consiste en la tabla salarial y, presumiblemente, en la décimo tercera mensualidad»⁽¹⁶⁾.

Por último, y ésta es una atribución por muchos subestimada, es al convenio (nacional) de sector al que le compete la regulación de todo el sistema de relaciones industriales, pudiendo definir (nuevos) sistemas (bilaterales) de *welfare* que hoy asumen un papel decididamente más importante que en el pasado.

El Decreto Legislativo núm. 150/2009 se involucra, por tanto, en el panorama legal y convencional respecto a la retribución de los trabajadores de las Administraciones Públicas bajo un ambiguo brote de —si se admite el término— «unilateralización» del sistema retributivo. El art. 47 *bis*, referido a la tutela retributiva para los empleados públicos, previene que después de sesenta días de la entrada en vigor de la Ley presupuestaria relativa a los incrementos retributivos por la renovación del convenio, «(...) los incrementos previstos en materia salarial pueden ser pagados provisionalmente previa deliberación de los respectivos Comités sectoriales, oídas las organizaciones sindicales representativas, objeto de compensación en el momento de la celebración de convenios colectivos de trabajo nacionales».

La norma, en su simplicidad desarmante, es en cambio una verdadera ganzúa de las prerrogativas sindicales en la materia y, lo que más importa, sólo con respecto al nivel nacional, concerniente, como ya se ha dicho, a todos los trabajadores del sector empleados en el territorio nacional. En verdad la previsión no es nueva: ya el Decreto Legislativo 112/2008 superaba la prohibición de concesiones unilaterales por parte de las Administraciones Públicas deducidas de los arts. 2, apartado 3, y 45, apartado 1, del Decreto Legislativo núm. 165/2001, contribuyendo a acelerar el proceso negocial, con la consiguiente minoración de la carga funcional del ARAN⁽¹⁷⁾; sin embargo, el intento de acelerar de este modo el proceso negocial, especialmente con la consecución del «resultado» para los trabajadores (el pago del aumento retributivo) y superar el estancamiento del proceso de negociación, también resulta evidente que semejante previsión socava en lo fundamental la relación de equilibrio entre las partes negociales. Esto sería cierto, sin embargo, sólo si tal relación fuese (en los hechos primero incluso que en el derecho) equilibrada. La doctrina reconoce, sin embargo, de modo casi unánime que el eje del poder de negociación, desde 1993 hasta hoy, se ha desplazado cada vez más hacia la parte sindical, con un sindicato verdadero cogestor no sólo de las materias económicas sino sobre todo, e impropriamente, de las cuestiones organizativas de las Administraciones Públicas y de los Entes Locales. Por otra parte, tales normas ponen de «manifiesto» de

(15) Cfr. G. ZILIO GRANDI, *Controlli e contrattazione integrativa*, en F. CARINCI, S. MAINARDI (a cargo de), *La riforma del lavoro pubblico*, Ipsoa, Milano, 2010.

(16) Así ya en 1996 G. ZILIO GRANDI, *La retribuzione. Fonti struttura funzioni*, cit., 361.

(17) Véase TALAMO, op. cit. *infra*, 16.

un modo claro que, en el sector privado, ha tenido lugar este mismo fenómeno en el mismo sentido: basta pensar en las concesiones unilaterales, en sede empresarial, respecto de una parte de los aumentos retributivos sobre los cuales, por acuerdo, todas las partes, en particular del lado sindical, no han sido capaces de alcanzar un acuerdo definitivo⁽¹⁸⁾.

Del mismo modo, de hecho, si bien que con una *ratio* diferente, el apartado 2 del art. 47 bis del Decreto Legislativo núm. 165/2001 regula actualmente el supuesto donde no ha sido renovado el convenio de sector e incluso se ha aplicado cuanto está previsto por el apartado precedente; bien, en esta hipótesis se reconoce sin embargo a los trabajadores, «en la medida y con los procedimientos establecidos en los convenios nacionales, pero dentro de los límites previstos por la Ley presupuestaria en relación con la definición de los recursos convencionales, una cobertura económica a modo de anticipo por las mejoras retributivas que se atribuirán con ocasión de la renovación del convenio».

Se trata, en nuestra opinión, de la adaptación en vía legislativa a cuanto se ha previsto ya de hecho, aunque no materializado a causa de la excesiva «formalización» de las relaciones sindicales dentro del sector público, sea en el Protocolo de 23 de julio de 1993, sea en el nuevo acuerdo marco sobre el sistema convencional de 22 de enero de 2009 y en el siguiente acuerdo de 30 de abril del mismo año, relativo a las funciones convencionales del sector público (específicamente el artículo 3, letra c).

Una especie de paracaídas para los empleados de las Administraciones Públicas, con especial atención, al parecer, a la inevitable pérdida de poder adquisitivo de los salarios, garantizado ya en parte en el sector privado.

La nueva regulación, sin embargo, incluye un paso adicional, eventual pero relevante: se dispone que «en el mes de abril siguiente a la finalización del convenio colectivo nacional, si aún no ha sido renovado y no se ha dispuesto la aplicación del apartado 1, se reconoce a los empleados de las respectivas divisiones de la negociación, en la medida y con la forma determinada por los convenios nacionales, pero dentro de los límites previstos por la Ley de presupuestos respecto a la definición de los recursos convencionales, una cobertura económica que constituye un anticipo de las mejoras retributivas que se atribuirán con ocasión de la renovación del convenio». Así pues un segundo paracaídas, esta vez obligatorio en caso de inacción de las partes negociales, pero que deberá tener criterios y procedimientos reglados.

A la situación descrita se suma que el Decreto Legislativo núm. 150/2009 delinea una negociación colectiva sectorial por así decir «controlada»⁽¹⁹⁾, en el sentido de que hoy, y mañana, la negociación sectorial queda supeditada al control preventivo e impeditivo del Tribunal de Cuentas —como en otra sede se dijo⁽²⁰⁾ nuevo «centro» del sistema convencional y económico de las Administraciones Públicas—. El mismo actúa como parte negocial oculta, bajo

(18) Es el caso del sector metalúrgico, sobre el mismo L. MARIUCCI, *L'accordo separato sul sistema contrattuale: una scatola vuota o un progetto reale?*, en *www.cgil.it*, 2009; pero también en el sector del calzado, con el caso Tod's; véase también, recientemente, M. VITALETTI, *La retribuzione variabile, Tecniche e modelli nel sistema della contrattazione collettiva*, Roma, 2010.

(19) A. ALAIMO, *La contrattazione collettiva nel settore pubblico tra vincoli, controlli e blocchi: dalla «riforma Brunetta» alla «manovra finanziaria» 2010*, en *WPCD Massimo D'Antona*, n. 107/2010, p. 13.

(20) Véase *supra*, nota 15.

el presupuesto de que el sistema no está en condiciones de autoregularse, con continuas desviaciones normativas y económicas no más sostenibles⁽²¹⁾.

Qué ha pasado, sin embargo, desde la entrada en vigor (15 de noviembre de 2009) —inmediata por lo que se refiere a las normas del convenio colectivo nacional, vigente el problema, en absoluto menor, de la unificación de sectores— a hoy con relación a las renovaciones de los convenios de sector?

El legislador se había cuidado de disponer que «con carácter transitorio, en relación con el período convencional inmediatamente posterior al que está en curso, definidos los sectores y las áreas de negociación (...) el ARAN inicia las negociaciones convencionales con las organizaciones sindicales y las confederaciones representativas, según lo dispuesto en el artículo 43, apartados 1 y 2, del Decreto Legislativo núm. 165 de 2001, en los nuevos sectores y áreas de negociación colectiva, sobre la base de los datos de afiliación y los datos electorales obtenidos para el bienio negocial 2008-2009».

Esto significa, por un lado, que quedan «prorrogados (*ex lege*) los órganos de representación del personal»; por otro lado, que las nuevas elecciones deben llevarse a cabo «con respecto a los nuevos sectores de negociación, antes del 30 de noviembre de 2010». Lo que, como es notorio, no ocurrió realmente, porque lo que más cuenta y contaba, por otra parte, era lo dispuesto, en definitiva, por el art. 65, apartado 5, del Decreto Legislativo núm. 150/2009: «Las disposiciones relativas a la negociación colectiva nacional que se refieren en el presente Decreto Legislativo se aplicarán en el período de sesiones que sigue al actual».

Y así hacemos balance, también por lo que se refiere a la materia retributiva, con convenios negociados y concluidos durante la vigencia de la reforma, sobre los cuales se volverá más adelante.

3. El contrato individual

De igual modo, debe indagarse también sobre otra posible fuente de determinación, ya sea cualitativa o cuantitativa, de las retribuciones por el trabajo de los empleados de las Administraciones Públicas.

El papel de los contratos —y de los pactos sucesivos— individuales se ha considerado por la doctrina como la confirmación, o al contrario la negación, del advenimiento de la contractualización o privatización de las normas del viejo empleo público. En otra sede, y contrariamente a otros, la doctrina⁽²²⁾ autorizada, argumentó que las disposiciones del Decreto Legislativo núm. 29/1993 no resuelven la cuestión. Y sobre todo se rechazaba la idea de que el contrato individual según las normas legales, y más aún convencionales, fuese «únicamente» un contrato por adhesión; en definitiva, un simulacro de contrato⁽²³⁾. También a la luz de las disposiciones establecidas en los primeros convenios de sector, se constata que, ya desde me-

(21) Cfr. también G. D'AURIA, I «nuovi» controlli della Corte dei Conti (dalla «legge Brunetta» al federalismo fiscale e oltre), en Lav. pubbl. amm., 2009, p. 526.

(22) Por todos C. ZOLI, Il trattamento economico, en CARINCI F., D'ANTONA M. (dirigido por), Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche dal d.lgs. n. 29/1993 al d.lgs. nn. 396/1997, 80/1998, e 387/1998. Commentario, Milano, 2000.

(23) G. ZILIO GRANDI, Il trattamento economico en F. CARINCI (dirigido por), Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. I contratti collettivi di comparto, Milano, 1997, 382.

diados de los años 90, podría reconocerse al contrato individual un significado relevante, cuando menos en abstracto. Y ello no sólo sobre la base de la regla expresa que refiere el artículo 49, apartado 2, del Decreto Legislativo núm. 29/1993 (actualmente art. 45, apartado 2, del Decreto Legislativo núm. 165/2001), sino también por las orientaciones jurisprudenciales que, tras cierta incertidumbre inicial, se han negado a reconocer la inmanencia de un principio de igualdad de trato, o por mejor decir de la posibilidad de elegir arbitraria o peor discriminatoriamente por parte del empresario privado, pero también, advertido el proceso de homogeneización normativa, por parte del empresario (¡sic!) público.

¿Qué ha cambiado a propósito del Decreto Legislativo núm. 165/2001 —en verdad *corpus unicus* de las disposiciones derivadas de las dos fases diferenciadas en la reforma del empleo público— y sobre todo después de la reforma Brunetta, específicamente con relación al contrato individual?

Si se mira bien, las modificaciones más relevantes introducidas, por ejemplo con relación al mencionado mecanismo de atribución unilateral por parte de las Administraciones en los supuestos del art. 47 *bis* del Decreto Legislativo núm. 165/2001, no parecen afectar a la función del contrato individual que, por tanto, continúa siendo competente para regular la relación individual y así también los aspectos económicos («la materia retributiva se puede regular exclusivamente mediante convenios colectivos a salvo los supuestos previstos por los apartados 3-ter y 3-quater del artículo 40 y las hipótesis de tutela de las retribuciones que refiere el artículo 47-*bis*, o por las condiciones previstas mediante contratos individuales»).

De este modo, la cuestión que se plantea, más que técnico-jurídica —considerado que sobre la base de disposiciones en tal sentido por la negociación colectiva un contrato individual, también en las Administraciones Públicas, podría prever o al menos regular la atribución de un emolumento retributivo— es de qué modo se regula mejor con los instrumentos interpretativos *lato sensu* de la política de derecho. Las preguntas que debemos hacernos, por lo tanto, son: ¿subsisten recursos en la negociación colectiva para reservar, siempre con normas de negociación colectiva, espacios al contrato individual también en materia económica? Y sin embargo, ¿estamos en presencia de un contexto de relaciones laborales, en las Administraciones Públicas, por el cual resulta factible la atribución a las partes individuales del contrato, tendencialmente situadas a favor del trabajador en las fases más elevadas, de una capacidad reguladora en la materia?

Ni que decir tiene que las preguntas formuladas corren el riesgo de ser «estériles» en presencia de una inercia sustancial de las partes hacia la vertiente colectiva, circunstancia verificable tanto en las rondas de negociación 1994/97 como en las sucesivas. En particular, debe recordarse, con cierta amargura, cómo la primera víctima del replanteamiento sindical tras la aprobación del Decreto Legislativo núm. 29/1993 han sido las primas por la calidad individual, eliminadas en los convenios colectivos posteriores⁽²⁴⁾.

Por último, deben reconsiderarse brevemente tanto las disposiciones sobre la materia del Decreto Legislativo núm. 150/2009 como aquellas de los convenios colectivos de sector (tendencialmente de revisión salarial bianual) y sucesivos. Parece inevitable constatar que todo el sistema de la reciente reforma está centrado sobre la evaluación, también si no sobre todo, individual, de la prestación laboral. Los Títulos II y III sitúan efectivamente —en clave pre-

(24) Por ejemplo, lo sucedido con el convenio «di comparto» para los Ministerios.

tendidamente empresarial, lo hemos dicho ya— la atención sobre la *performance*, de la cual nos ocuparemos en los párrafos sucesivos.

Pero lo que resulta interesante recordar aquí es el paradójico descubrimiento del individuo⁽²⁵⁾ en el ámbito de las últimas reformas normativas, de forma que la expresión «instrumentos de valoración del mérito y métodos de incentivación de la productividad y la calidad de rendimiento en el trabajo según los principios de selectividad y concurso en la promoción profesional y en el reconocimiento de los incentivos» (art. 17 del Decreto Legislativo núm. 150/2009) no hace sino confirmar la atención del legislador por los aspectos que acabamos de mencionar: los aumentos salariales ligados al mérito, al rendimiento y a la calidad de la prestación individual junto con la colectiva u organizativa.

Es cierto que en unas pocas líneas el acuerdo de 4 de febrero 2011⁽²⁶⁾ parece haber «bloqueado» estos objetivos de la reforma: la intención es salvaguardar las retribuciones actuales. Sólo que en estas retribuciones actuales se incluyen también los emolumentos de carácter variable que, con base en el art. 19 del Decreto Legislativo núm. 150/2009, deberían tener una aplicación «selectiva» según una distribución previa de los empleados y de los gestores en tres estadios de mérito, con atribución de un porcentaje diferente de los recursos respecto a la retribución complementaria.

Desde un punto de vista estrictamente jurídico, lo que regula el artículo 19 citado, al menos para 2011, queda desactivado de modo que los emolumentos de todos los empleados y gestores de las Administraciones Públicas, incluidos los complementos, están ya «cristalizados» por la Ley presupuestaria para 2011 (Ley núm. 163/2010), no pudiendo minorarse por efecto de la citada norma.

En resumen, la tan temida (por los sindicatos) individualización de las relaciones laborales en las Administraciones Públicas no corre el riesgo de materializarse mediante el instrumento de la negociación colectiva (en las dos primeras fases que se corresponden con los Decretos de 1993 y 1998) ni tampoco con la ley (con la reforma Brunetta); lo cual significa que, a pesar de las proclamas a veces grandilocuentes, la afirmación efectiva de los valores sobre los que se funda la actividad laboral en la empresa privada en época de la globalización de los mercados (esto es, mantenimiento e incremento del capital humano, valorización del mérito, vinculación entre productividad y al menos una parte de la retribución)⁽²⁷⁾, no sólo no ha ocurrido sino que probablemente ni siquiera es bienvenido por todos los protagonistas de las relaciones laborales.

(25) Permítase en tal sentido recordar un trabajo de S. *SIMITIS*, *La scoperta dell'individuo e il diritto del lavoro*, en *Giorn. Dir. lav. rel. Ind.*, n.1\1990.

(26) Al respecto G. *ZILIO GRANDI*, *Tanto tuonò...che non piove. Dal blocco degli automatismi al blocco della retribuzione incentivante*, en www.adapt.it, y otras referencias.

(27) G. *COSTA*, *Impresa e capitale umano agli inizi di un nuovo secolo*, Discurso en la inauguración del año académico de la Università di Padova, 1 marzo 2010.

III. LAS FUNCIONES DE LA RETRIBUCIÓN VARIABLE

Como se ve, los convenios colectivos disciplinan, además del sueldo base, los complementos salariales⁽²⁸⁾. A tenor del art. 45, letras a) y b) del Decreto Legislativo núm. 165 del 2001, la regulación de los complementos salariales está relacionada con tres factores: la *performance* individual, la *performance* organizativa con respecto a la Administración en su conjunto y las unidades organizativas o áreas de responsabilidad. También se relaciona con el desempeño eficaz de las actividades particularmente difíciles o peligrosas o nocivas para la salud. Más concretamente, el convenio colectivo nacional, de conformidad con el artículo 40 del Decreto Legislativo núm. 165 de 2001, reenvía a la negociación la definición de los complementos salariales para adecuar los niveles de eficiencia y productividad de los servicios públicos, incentivando el compromiso y la calidad de la *performance*⁽²⁹⁾.

Aunque no perteneciente al lenguaje jurídico⁽³⁰⁾, la expresión *performance* es sin duda vocablo de uso común, una «suerte de préstamo no adaptado pero completamente aceptado»⁽³¹⁾ que aporta al intérprete el significado preciso de la función a la que está llamada la negocia-

(28) La locución «retribución variable» comprende todos aquellos emolumentos heterogéneos, con denominaciones diversas, que comprenden la retribución, sin que resulte siempre clara la distinción operada en la negociación colectiva, mientras en este caso la retribución variable comprende tanto la retribución variable que se utiliza dentro del sector privado, como la indemnización por la poca actividad: véase G. C. PERONE, voz *Retribuzione* in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1989, vol. XL, p. 70, también F. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, Jovene, 1991, p. 225, el cual distingue la retribución variable de las mejoras que varían según el sistema de retribución y la categoría y cualificación del trabajador. Sobre la retribución variable para los empleados de las Administraciones Públicas, en particular después de la reforma operada con el Decreto Legislativo núm. 150 de 2009, B. G. MATTARELLA, *La nuova disciplina di incentivi e sanzioni nel pubblico impiego*, en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2009, p. 939; U. GARGIULO, *La promozione della meritocrazia*, en L. ZOPPOLI (a cargo de), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009; M. CLARICH, *La Cura Brunetta punta su formazione e premi ma il giudizio è rinviato ai decreti legislativi*, en *Guida al Diritto*, 2009 fasc. 13, p. 38; R. SANTUCCI, *Retribuzione accessoria, valorizzazione delle performance e responsabilità del dipendente pubblico nel d.lgs. n. 150/2009*, en *Le Istituzioni del Federalismo*, 2009, 959; sobre retribución variable antes de la reforma G. ZILIO GRANDI, *Il trattamento economico*, en *Riv. giur. lav.*, 1996, p. 517; G. ZILIO GRANDI, *Il trattamento economico*, en F. Carinci (dir.), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. I contratti collettivi di comparto*, Commentario, Milano, Giuffrè, 1997, p. 377; V. TALAMO, *La contrattazione decentrata nel lavoro pubblico «privatizzato»*, en *Riv. giur. lav.*, 1996, 390; R. SANTUCCI, *La retribuzione incentivante nelle amministrazioni pubbliche tra riforme legislative e rinnovi contrattuali del 2000*, en *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2000, p. 49; F. PANARIELLO, *Retribuzione e incentivi: riserva di contrattazione collettiva e residualità delle determinazioni individuali*, en M. RUSCIANO y L. ZOPPOLI (a cargo de), *Lo «spazio negoziale» nella disciplina del lavoro pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1995, p. 337.

(29) Artículo 40, apartado 3 bis, Decreto Legislativo núm. 165 de 2001.

(30) Por *performance*, «del fr. antiguo *performance*, "il compiere", derivado de *performer* "compiere"», se entiende generalmente «1. Especialmente en los espectáculos y en el deporte, prestaciones, exhibiciones, espectáculos de particular valor; 2. Consolidación en el mercado de un producto: rendimiento financiero» (asi T. DE MAURO, *Grande dizionario italiano dell'uso*, Utet, Torino, 1999, *ad vocem*). Sobre la expresión *performance* Véase ITALIA, *L'interpretazione delle parole straniere. La performance nel decreto legislativo (Brunetta) sul Pubblico impiego*, en *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2009, p. 2455, que expone la dificultad de la utilización de vocablos extranjeros en nuestro ordenamiento, proponiendo soluciones interpretativas conexas conforme al artículo 12 de la legislación anterior. En términos críticos G. ZAGREBELSKY, *Sulla lingua del tempo presente*, Einaudi, Torino, 2010, p. 47. Sobre la comunicación y el lenguaje «administrativo» A. FIORITTO, *Manuale di stile dei documenti amministrativi*, Il Mulino, 2009, p.19.

Por otra parte, en la legislación italiana el uso de palabras extranjeras no es frecuente, salvo raras excepciones, por ejemplo en materia de sanidad (como *day hospice* y *day hospital* en la Ley núm. 38 de 2010), de servicios públicos (véase la gestión «in house» del art. 23-bis del Decreto Legislativo núm. 112 de 2008) o también de biotecnología (véase la Ley de 24 de diciembre de 2007, núm. 244 art. 1, apartado 177, donde hace referencia a la *governance* y *government*, con relación a la denominación de modelos experimentales y participativos).

(31) B. MIGLIORINI, *I prefissoidi (il tipo aeromobile, radiodiffusione)*, en *La lingua italiana nel Novecento*, Le Lettere Firenze, 1990, p. 135.

ción colectiva, de conformidad con las disposiciones normativas vigentes y la finalidad prevista por el legislador.

Por otra parte, el término *performance* parece apelar a la definición de productividad que la ciencia jurídica ya había formulado en el pasado con respecto a la actividad de la Administración Pública. Semejante definición se basa en dos factores: por un lado, la eficacia, o la relación entre los recursos utilizados y los resultados obtenidos y objetivos cumplidos; por otro lado, la eficiencia, es decir, la relación entre los recursos utilizados y los resultados obtenidos, incluyendo, además de los recursos humanos, el capital invertido y las materias primas⁽³²⁾. Objetivos de eficacia y eficiencia a los que se refiere el apartado primero del art. 2 del Decreto Legislativo núm. 165 de 2001.

En el art. 45 del Decreto Legislativo núm. 165 de 2001 también es fácil encontrar ya sea una referencia a la eficacia (si la *performance* individual se entiende evaluada en términos objetivos mediante la relación entre producción y horas trabajadas), ya sea a la eficiencia (que implica necesariamente el empleo de recursos económicos específicamente previstos, en este caso, con ocasión de la renovación del convenio colectivo nacional).

En este sentido, la negociación deberá «dedicar» la cuota prevalente de los complementos salariales a la productividad del trabajador que no tiene cabida en la retribución ordinaria, a considerar ya sea en su individualidad, ya sea en la dimensión colectiva respecto a la Administración en su conjunto y en sus articulaciones singulares.

De lo contrario, la referencia a la poca actividad en la letra c) del mismo art. 45 refiere una función compensatoria de los complementos salariales destinada a adaptar la retribución del trabajador a la peculiaridad objetiva de la prestación laboral, que no encuentra reflejo en la remuneración básica⁽³³⁾. Esta última no sigue, de hecho, la lógica llamada gratificante de los complementos salariales, sino que se queda bajo la misma dicción por vía del significado «abierto» que la locución complemento salarial tiene en el lenguaje jurídico (en particular

(32) En tal sentido, M. S. GIANNINI, *Rapporto Sui principali problemi della amministrazione dello Stato*, en *Scritti*, Vol. VII, 1977-1983, Giuffrè, 2005, p. 330, el cual prosigue subrayando que la eficacia «de aplicación más estricta, se refiere a la producción de bienes o servicios realizada por un solo trabajador en el ámbito de un arco de tiempo determinado, sea como hora-hombre, o jornada-hombre o semana-hombre, etc (productividad-trabajo)»; la eficiencia «más exacta, atiende a determinados indicadores». Sobre los principios de eficacia y de eficiencia, asociados al principio de economicidad —entendida como el uso adecuado de los recursos—, léase M. Nigro, *L'azione dei pubblici poteri: Lineamenti generali*, en G. AMATO e A. BARBERA (a cargo de), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, il Mulino, 1984, p. 832. Tales principios, por otra parte, encuentran fundamento constitucional en el artículo 97 de la Constitución, con relación a la acción y a la organización administrativa, en el respeto de la imparcialidad y del buen desempeño: sobre este extremo, pueden leerse también M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966, U. ALLEGRETTI, *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, en *D. disc. pubbl.*, VIII, Torino, Utet, 1993, p. 133 ss., y C. PINELLI, *Art. 97, I comma, parte II*, en G. BRANCA e A. PIZZORUSSO (a cargo de), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro italiano, 1994. Por último, léase P. CERBO, *Potere organizzativo e modello imprenditoriale nella pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 2007.

(33) Más recientemente, Cass. 19 de febrero 2008, n. 4055, en *Mass.*, 2008, 252; Cass. 7 de mayo 1992, n. 5388 «En caso de asignación a un empleado de tareas equivalentes debe reconocérsele la indemnización en consideración de la categoría profesional intrínseca a las funciones precedentes del trabajador, mientras que no tiene derecho a la indemnización pagada por razones particulares extrínsecas de la prestación, que compensa las dificultades o penurias particulares sufridas por el trabajador, de modo que no se puede eliminar cuando las circunstancias específicas justifican el pago (en este caso, la legítima exclusión de un operador ciego por finalización de los turnos de trabajo para evitar el trabajo nocturno implica la privación de la correspondiente indemnización de turnicidad, a pesar de haberla disfrutado en el pasado)».

iuslavoralístico), de modo que todo lo que no tiene cabida en la retribución básica debe añadirse a la misma. Denominada también como indemnización, tales retribuciones se refieren a particulares modalidades extrínsecas a las prestaciones correlativas a situaciones específicas que no justifican la atribución y no tienen por tanto un carácter variable ligado a la *performance* del trabajador. No se refieren a las cualidades esenciales de las labores realizadas y, por tanto, a la profesionalidad del trabajador, la correspondencia de las mismas depende de si el empleado realiza un trabajo de igual valor que carece de una previsión específica que ha justificado en el pasado la concesión de los emolumentos⁽³⁴⁾.

La expresión «complemento salarial» parece por una parte, letras a) y b) del art. 45, coincidir con aquella de sistemas de *performance related pay*⁽³⁵⁾, utilizada en el trabajo privado para recompensar el rendimiento del trabajador⁽³⁶⁾. El pago del complemento salarial depende, de hecho, del resultado alcanzado por el trabajador o por los trabajadores. A diferencia del salario base, la retribución complementaria se caracteriza por ser variable en el *quantum*, como, entre otras cosas, se deduce del artículo 7 del mismo Texto, que prohíbe a las Administraciones Públicas pagar complementos salariales que no se correspondan con prestaciones efectivamente realizadas⁽³⁷⁾.

Por otra parte, el complemento salarial conserva aquel significado cambiante idóneo para acoger los pagos adicionales al salario base que en la práctica reciben diversas denominaciones sin unidad de criterio y de lenguaje y que, en este caso, se corresponden con la letra c) del art. 45 y resultan correlativos a la poca actividad.

(34) Hay que recordar que el concepto de equivalencia de las tareas en la Administración Pública es bien diverso del utilizado en el sector privado, que se basa principalmente (aunque incluso en tal ámbito parecen cambiar las directrices) sobre la evaluación del desempeño de hecho y no sobre la definición formal atribuida por la negociación colectiva.

(35) Así definida en G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico, Teoria, applicazioni e limiti*, Mulino, 2009, p.100. Tal concepto se encuadra en la más amplia temática del *New Public Management*. Con semejante fórmula se hace referencia a una tendencia difundida desde hace tiempo en muchos países europeos: la misma «constituye un conjunto unitario, pero no coherente, de políticas» y «engloba más elementos, por ejemplo el «*process re-engineering*, esto es, la revisión de los procedimientos internos de las Administraciones Públicas al objeto de simplificarlos y reducir, de esta forma, el peso de la Administración sobre los ciudadanos», el «*value for money*, esto es, la introducción de la contabilidad mercantil en las Administraciones Públicas, al objeto de analizar y tener bajo control los costes y aumentar la productividad de los servicios públicos» o el «*result-oriented budget*, esto es, la elaboración de presupuestos por las Administraciones Públicas menos orientados a los procesos y más orientados a maximizar el producto» (S. CASSESE, *L'età delle riforme amministrative*, 2001, p. 84-85).

(36) El rendimiento aludido no se refiere al debate sobre el rendimiento como parámetro en base al cual verificar la diligencia en el cumplimiento de la prestación dentro del sinalagma y garantizar así un *quantum* en la ejecución de la actividad laboral. En tal sentido equivale a sinónimo de productividad o *performance* en relación a la asignación de la retribución variable. Sobre rendimiento y diligencia M. MARAZZA, *Lavoro e rendimento*, en *Arg. dir. lav.*, 2004, p. 351; C. CESTER, *Profili dello scarso rendimento del lavoratore*, en *Diritto del lavoro, I nuovi problemi*, Tomo I, Padova, Cedam, 2005, p. 619; R. SALOMONE, *Scarso rendimento e lavoro pubblico: perchè no?*, en *Il lavoro nella pubblica amministrazione*, 2008, p. 37.

(37) Tribunal de Cuentas sección jurisdiccional de Lombardía 4 marzo 2010, n. 287; Tribunal de Cuentas, sección jurisdiccional Lombardía 8 julio 2008, n. 457 sobre la asignación de los incentivos; Tribunal de Cuentas, secc. riun. control, 03-08-2009, n. 32/CL, Repertorio:2010, Amministrazione Stato [0330], n. 170: «la hipótesis de realizar una completa operación de estabilización, en la parte fija de la retribución, de los recursos, hasta este momento, destinada a financiar una particular retribución variable, parece contradictoria respecto al principio, más veces enunciado, de destinar los recursos presentes en los fondos únicos prioritariamente a los incrementos retributivos conexos a incrementos verificables en la productividad del trabajo individual». Véase también P. PASCUCCI, *Principi in materia di organizzazione e gestione delle risorse umane*, en F. CARINCI, L. ZOPPOLI (a cargo de), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Utet, Torino, 2004, p. 226, p. 240; L. PAOLUCCI, *Principi in materia di organizzazione e gestione del personale*, en F. CARINCI, M. D'ANTONA, *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, tomo I, Milano, Giuffrè, 2000, p. 519, p. 534.

Resta después una «parte al margen» —el legislador se refiere a la cuota prevalente y no al conjunto de los complementos salariales— respecto de la cual la negociación colectiva parece poder tener mayores espacios de autonomía en la «confección» del tratamiento retributivo.

Cabe recordar que la exigencia de mejorar el trabajo de los empleados no es nueva si se tiene en cuenta que para una correcta configuración de la retribución complementaria en un sistema de incentivos, como se ha dicho, depende en parte de la eficacia y la eficiencia de la acción administrativa, donde a menudo «se critica la falta de conocimiento sobre su productividad y los medios para mejorarla»⁽³⁸⁾. En esta perspectiva, los complementos salariales forman parte de una concepción de la Administración Pública encaminada a la consecución de los objetivos prefijados («Administración de resultado»⁽³⁹⁾).

En todo caso, no son fáciles de materializar los sistemas de recompensas. El vínculo de la *performance* individual u organizativa del art. 45 tiene sólo una función «teleológica», cuya efectividad dependerá de los indicadores adoptados por la negociación colectiva para evaluar el rendimiento, pero no constituye en sí una modalidad completa de medición de la prestación; es, por otra parte, esta última la *condicio sine qua non* para atribuir los complementos salariales.

Por lo tanto, por una parte es preciso señalar la dificultad que caracteriza (siempre) la medición de algunas actividades en términos cuantitativos o cualitativos (a menudo las encuestas constituyen indicadores primarios que operan sólo en la relación entre horas trabajadas y carga de trabajo, dejando de lado los perfiles cualitativos que se consideran sujetos a la discrecionalidad); por otra parte, hay que distinguir entre las Administraciones que prestan servicios a los ciudadanos, para las cuales es posible utilizar indicadores externos que testan la satisfacción de los usuarios, y aquellas que no prestan tales servicios; por último, la misma selección de actividad individual, dejando de lado la «complejidad» de la misma, puede dar lugar a la manipulación de la evaluación y centrar la atención únicamente sobre las prestaciones objeto de evaluación⁽⁴⁰⁾.

1. Características esenciales

En las dificultades anteriores, traducidas a menudo en la fijación de una retribución complementaria alejada de su función promocional, parece reparar el Decreto Legislativo 165 de

(38) M. S. GIANNINI, Rapporto Sui principali problemi della amministrazione dello Stato, op cit.; G. MAIONE, Efficienza o efficienze della pubblica amministrazione, en Riv. it. sc. amm., 1988, p. 81 ss., y S. CASSESE, L'inefficienza della pubblica amministrazione e i suoi costi, ivi, p. 71 ss.

(39) Al respecto, M. CAMMELLI, Amministrazione di risultato, en AA. VV., Anuario 2002 dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, Milano, Giuffrè, 2003, p. 107 ss., y A. ROMANO TASSONE, Sulla formula «amministrazioni per risultati», en AA. VV., Scritti in onore di Elio Casetta, Napoli, Jovene, 2001, II, p. 815 ss.

(40) B. G. MATTARELLA, La nuova disciplina di incentivi e sanzioni nel pubblico impiego, en Rivista trimestrale di diritto pubblico, op. cit., p. 939.

2001, modificado por el Decreto Legislativo núm. 150 de 2009⁽⁴¹⁾, que diseña un conjunto de normas superpuestas dirigidas a condicionar la función de la autonomía colectiva, forzada ya sea entre las disposiciones reglamentarias y los reenvíos dispuestos por el convenio colectivo nacional, ya sea por la disponibilidad de los recursos económicos necesarios para fijar los complementos salariales.

El convenio colectivo debe moverse en coherencia con las disposiciones legales que, por una parte definen con detalle indicadores y objetivos en el ciclo de la *performance*, cuya aplicación constituye una *condicio sine qua non* para la fijación de los complementos salariales; por otra parte, identifican verdaderos y propios «premios» respecto a los contenidos y los métodos de fijación dentro del Título III, Capítulo II del Decreto Legislativo 150 de 2009, disponiendo instrumentos de evaluación del mérito y métodos de incentivación de la productividad y de la cualidad de la prestación laboral, informados en principios de selección y concurso para la promoción profesional y el reconocimiento de los incentivos, también mediante la utilización de sistemas de recompensa y selectivos.

Ciertos «premios», su expresión está actualmente en uso dentro del sector privado⁽⁴²⁾, constituyen una *species* de retribución variable. Los primeros se enumeran por el legislador y así representan supuestos obligatorios; mientras la retribución variable representa el contenedor más amplio donde incluir lo que, en el ámbito de la autonomía colectiva, se presta a adaptar los contenidos (y por lo tanto los indicadores para el logro de los objetivos según las necesidades del caso). De hecho, no debería descuidarse la necesaria flexibilidad que debería conservar la retribución variable, teniendo en cuenta la peculiaridad de la configuración administrativa.

Los instrumentos previstos se afianzan así por medio de la negociación colectiva, definiendo en parte *ex ante* «qué» y «cómo» se retribuirá al trabajador en base al mérito; remitiéndose, en este caso, al convenio colectivo sólo (y no siempre) para la individualización del *quantum* de la prestación, casi hasta expoliar a este último del papel de «fuente» de la retribu-

(41) Para los primeros comentarios sobre la reforma L. ZOPPOLI, *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale scientifica, Napoli, 2009; M. MARAZZA, *Contrattazione collettiva e riforma del lavoro pubblico*, en *Giorn.dir.lav.rel.ind.*, 2010, 379; A. BELLAVISTA, *La figura del datore di lavoro pubblico*, en *Giorn.dir.lav.Rel.ind.*, 2010, 135; A. GARILLI A. BELLAVISTA, *Riregolazione legale e decontrattualizzazione: la neoibridazione normativa del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, en *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2010, p. 1; B. CARUSO, *Gli esiti regolativi della «riforma Brunetta» (come cambia il diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni)*, en *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2010, p. 235; G.D'AURIA, en *Giornale di diritto amministrativo*, 2010; F. CARINCI, *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla l. 133/2008 alla l. 15/2009 (Parte I)*, en *Il Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2008, p. 949.

(42) En el sector privado el acuerdo interconfederal de 15 de abril de 2009, en el punto 3.3., utiliza la expresión «premio variable» (y no retribución variable) para calcular con relación a los resultados conseguidos en la realización de los programas, consensuados entre las partes, teniendo como objetivo incrementos de productividad, de cualidad, de rentabilidad, de eficacia, de innovación, de eficiencia organizativa y otros elementos relevantes a los fines de mejora de la competitividad empresarial ligados así a la situación económica de la empresa. Se recuerda, entre otras cosas, que el legislador apela a la coherencia con el sector privado para la definición de las reglas sobre la negociación colectiva del artículo 40 apartado 3. Sobre la retribución variable en el sector privado véase el «*Il trattamento retributivo dei lavoratori. La contrattazione collettiva e la legge*», Accademia Nazionale dei Lincei, 22-23 aprile 2010. En particular M. RUSCIANO, *I diversi livelli attuali di contrattazione collettiva riguardo alla determinazione dei trattamenti retributivi*, dattiloscritto, 2010; véase también A. LASSANDARI, *Contrattazione collettiva e produttività: cronaca di evocazioni (ripetute) e incontri (mancati)*, en *Riv.giur.lav.*, 2009, p. 299; S. BELLOMO, *Retribuzione, produttività e assetti contrattuali a quindici anni dal Protocollo Ciampi*, en *Studi in onore di Edoardo Gherra*, Cacucci, Bari, 2008, p. 11; G. ZILIO GRANDI, *Il trattamento economico tra corresponsività e produttività*, en *Lav. prev. oggi*, 2008, p. 1757.

ción variable, con la única tarea de fijar las retribuciones ligadas a los indicadores definidos en otros lugares.

Al margen de la configuración de tales incentivos, está sin embargo prohibida, en el sentido del art. 18, apartado 2 del Decreto Legislativo núm. 150 de 2009, la atribución indiscriminada de la retribución variable sobre la base de los automatismos y la previsión de incentivos ligados a la *performance* no sujetos preventivamente a la verificación y a las reclamaciones sobre los sistemas de medición y evaluación adoptados.

Por lo tanto, se puede decir que para comprender plenamente la retribución variable es preciso reconstruir un sistema de reglas al cual también contribuye la negociación colectiva, sin tener, sin embargo, una competencia exclusiva.

Se invierte entonces la pregunta planteada a raíz de la «segunda» privatización del empleo público⁽⁴³⁾: ¿sobrevivirá la negociación colectiva en la Administración Pública? O mejor, ¿sobrevivirá la retribución variable al nuevo sistema de evaluación?

IV. LA «NUEVA» RETRIBUCIÓN VARIABLE: LAS FUENTES

Con relación a la retribución variable, la declinación del principio del mérito que el art. 97 de la Constitución proyecta sobre el rendimiento de la carrera intenta garantizar el valor de la eficiencia a través de los mecanismos de gestión del contrato de trabajo, que pretenden asegurar el contenido de las prestaciones en términos de productividad.

No desclasificados por casualidad «objeto y finalidad», el art. 17 del Título III del Decreto Legislativo núm. 150/2009 recuerda, de hecho, que los instrumentos para la valoración del mérito y los métodos de incentivación de la productividad y la cualidad de la prestación se basan en los principios de selección y concurso en la promoción profesional y en el reconocimiento de los incentivos⁽⁴⁴⁾.

Tal afirmación, entre otras cosas, se reitera varias veces a lo largo del Texto legislativo, para recordar en cada pasaje que la mejora de la actuación administrativa sólo puede lograrse a través de la selección en base al mérito, mediante la competencia entre los empleados y

(43) M. D'antona, *Il rinnovo dei contratti collettivi delle pubbliche amministrazioni 1998-2001: verso l' Europa a più velocità*, en *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 1998, p. 779, ahora en *Opere*, Giuffrè, 2000, vol. IV, 260.

(44) Frente a la finalina pública conceptualizada esencialmente como «parámetro» de la acción singular o de la norma específica, se afianza una finalidad de resultado, esto es, un sistema de reglas dirigidas hacia el cumplimiento efectivo de ciertos objetivos. Véase S. CASSESE, *L'ideale di una buona amministrazione*, Editoriale scientifica, 2007, p. 28: «los dos puntos de apoyo son el sistema de reclutamiento del personal y la estabilidad del empleo definidos de manera breve en el ámbito anglosajón con la expresión *merit system* e *tenure*. El mérito no se refiere sólo al acceso, sino también a la carrera. Pero esto ha estado en el pasado rígidamente excluido. La burocracia ha refutado la inserción de evaluaciones después, durante el desarrollo de la carrera y de los cometidos»; J. H. GODTHORPE, *I problemi della meritocrazia*, en *Stato e Mercato*, 1994, p. 7 y p. 36. También la Corte Constitucional se ha expresado a este respecto en el sentido de atribuir el principio del buen desempeño de las oficinas también por lo que respecta a la actividad laboral; tanto respecto al acceso al empleo en razón de los procedimientos previstos para el ascenso de los funcionarios de carrera, como a las subidas salariales. Sobre el papel desarrollado por la Corte Constitucional en la definición del modelo de empleo público A. PIOGGIA, *La Corte costituzionale e il modello italiano di impiego alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, en G. DELLA CANANEA, M. DUGATO, *Diritto amministrativo e Corte Costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, p. 255.

entre las Administraciones⁽⁴⁵⁾, lo cual no es más que una obviedad; tanto es así que la preocupación por la falta evidente de aplicación de este principio trata de repararse por el legislador.

Se sale de las cadenas de la negociación colectiva para utilizar, de hecho, la fuente legal. Cambia el sujeto a verificar y premiar (al menos en parte) después de la prestación del trabajador⁽⁴⁶⁾.

Son cuatro en particular los parámetros a valorar como condición para la asignación de la retribución variable: a) la medición y evaluación del mérito mediante la actuación del ciclo de la *performance*; b) la distribución del personal a efectos del mérito; c) entrega de los premios; d) la previsión de ulteriores complementos adicionales por parte de la negociación colectiva.

En este orden: el modelo delineado por el Decreto Legislativo núm. 150 de 2009 trata de evitar que esta última desvirtúe la función incentivadora atribuida a la misma o mejor que la función sea aplicada en el único significado previsto por el legislador, que no es otro que medir, evaluar y premiar el rendimiento individual y la organización, según los criterios previstos por la ley, estrechamente conectados con la satisfacción de los intereses del destinatario de los servicios y de las intervenciones.

La referencia al cumplimiento de los requisitos de la legislación aplicable en sustitución de los criterios objetivos de medición previstos antes de la modificación del art. 45 del Decreto Legislativo núm. 165 de 2001, condiciona la retribución variable fijada por la negociación colectiva, tanto es así que la conservación del reenvío a la productividad individual y colectiva en el ámbito de la autonomía colectiva es ahora un presupuesto cuyos contenidos han sido definidos *a priori* por el legislador.

El art. 5 del Decreto Legislativo núm. 150 de 2009 describe con detalle los requisitos que deben tener los objetivos a definir. Estos últimos, correlativos a la cantidad y a la calidad de los recursos disponibles, están dirigidos por una parte a simplificar la identificación de los mismos (específicos y medibles, concretos y claros), a seleccionar aquellos efectivamente importantes (relevantes y pertinentes), a fijar los tiempos de ejecución (en referencia a un arco temporal determinado), y ser competitivos (acordes a valores *standard* definidos a nivel nacional e internacional, comparables con las tendencias de la productividad de las Administraciones). Además, la medición y la evaluación de la *performance* individual y organizativa se basa en criterios cuantitativos y cualitativos relacionados con la satisfacción de los beneficia-

(45) M. D'ANTONA, *Il rinnovo dei contratti collettivi delle pubbliche amministrazioni 1998- 2001: verso l'Europa a più velocità*, en *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 1998, p. 779, ahora en *Opere*, Giuffrè, 2000, vol. IV, 261, que hace referencia al concurso entre compartimentos y Administraciones, a las que se vinculan también los trabajadores por vía de la función (si virtuosa) desarrollada por la negociación colectiva mediante la retribución variable.

(46) Se recuerda que la productividad de «fuente legal» encuentra su primera referencia en la Ley Marco núm. 83 de 1993 que se remite a la negociación colectiva, registrando sin embargo en los años sucesivos posteriores múltiples intervenciones.

rios de las actividades y de los servicios (el desarrollo cualitativo de las relaciones con los ciudadanos, la calidad de las prestaciones y los servicios prestados, etc.⁽⁴⁷⁾).

No está claro si los criterios están compitiendo entre sí o son un conjunto cuyos componentes individuales pueden ser adoptados de forma independiente; se tiende hacia la primera orientación, aunque sólo se hace referencia a un «sistema» de evaluación que, por lo tanto, implica la combinación de los criterios a los fines de la evaluación.

Téngase en cuenta también que el atributo (*performance*) «organizativa» sustituye la referencia anterior a colectiva; lo que parece querer conferir mayor importancia al componente empresarial—institucional frente al personal—trabajador (como confirma el uso de la fórmula unidad organizativa para indicar el perímetro dentro del cual evaluar la *performance*)⁽⁴⁸⁾. Es interesante, también, subrayar que los indicadores considerados superan las preocupaciones derivadas de una evaluación subjetiva que integra o sustituye a aquella puramente objetiva por consentir una mayor atención a los aspectos cualitativos de la *performance*⁽⁴⁹⁾.

La medición y evaluación de los empleados así realizada se proyecta después sobre un gráfico a varios niveles, una suerte de clasificación de las evaluaciones individuales del personal directivo, y no para distribuirse en diferentes niveles de *performance*. El 25% se va a colocar en la banda alta del mérito al cual se destina el 50% de los recursos disponibles, el 50% en la banda intermedia con el 50% restante de las disponibilidades económicas y el 25% restante en la banda baja al cual no le corresponde ningún complementos salarial.

Sin embargo, es necesario verificar en la práctica si esta distribución de los recursos constituye un verdadero incentivo para los empleados, la mayoría encuadrados en una zona intermedia razonablemente, con riesgo de crear un efecto contrario al deseado, es decir de «niveleación», generando por el contrario una actitud hostil y poco colaboradora para reducir el número de trabajadores incluidos en la banda más baja sin percibir ningún complemento salarial. No se descarta que se atribuyan a rotación las tres bandas del mérito, considerando la

(47) G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico, Teoria, applicazioni e limiti*, op. cit., p.102 En las Administraciones Públicas que «(...) prestan servicios a los ciudadanos, se puede considerar también el aspecto cualitativo ligado a las *experience goods* y a los bienes y servicios sobre los que puede evaluarse la *performance* en términos subjetivos sucesivamente al consumo». Semejante impostación se incluye en el ámbito de las políticas de New Public Management, en particular con respecto a la *customer orientation*, esto es, la «identificación de indicadores de calidad y de *standards* de productividad, control de su aplicación y medición de la satisfacción de los usuarios de los servicios públicos» (S. CASSESE, *L'età delle riforme amministrative*, cit., p. 85). Véase, también, M. RICCIARDI, *La contrattazione collettiva nel settore pubblico e ruolo degli utenti*, en L. MONTUSCHI (a cargo de), *Un diritto in evoluzione, studi in onore di Y. Sinisa, Giuffrè*, 2007.

(48) En la ciencia administrativista, la fórmula «unidad organizativa» se refiere al concepto de oficina, entendido como «unidad organizativa elemental: esta última puede estar compuesta por una sola oficina, pero comprender también más oficina, si la actividad a desarrollar por las mismas tiene carácter unitario, y la división en más oficinas obedece a razones puramente organizativas» (M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, III ed., Milano, Giuffrè, 1993, I, p. 141-142. Actualmente se recurre a la expresión «unidad empresarial», entendida como estructura «ligada a la responsabilidad de un dirigente» que «persigue objetivos delineados en sede política, con respeto al criterio de economicidad» (P. CERBO, *Potere organizzativo e modello imprenditoriale nella pubblica amministrazione*, cit., p. 204).

(49) Tales elementos (objetivos y *performance*), junto con la asignación de recursos, el seguimiento durante la realización y la activación de eventuales elementos correctivos, la medición y evaluación de la *performance*, organizativa e individual, la utilización de sistemas de incentivos según criterios de evaluación del mérito; rendimiento de cuentas por los resultados a los organismos de signo político-administrativo, a los dirigentes de las Administraciones, a los órganos competentes externos, a los ciudadanos, a los sujetos interesados, a los usuarios y a los destinatarios de los servicios, constituyen el ciclo de gestión de la *performance*.

permanencia de los empleados en las oficinas, en ausencia de una promoción profesional, para que se asignen por turnos a todos los mismos recursos⁽⁵⁰⁾.

Además, la negociación puede sólo, en cantidad no superior a 5 puntos porcentuales, aumentar o disminuir la primera banda del mérito, pero variando las otras dos bandas para compensar cualquier «desequilibrio» creado. También se puede alterar la composición de la banda intermedia y baja revisando la asignación de los recursos, individuando los criterios y los límites financieros dentro de los cuales se desarrolla la negociación de segundo nivel.

1. La modalidad

De acuerdo con esta clasificación, la retribución variable se puede atribuir entre los empleados en las «formas» de incentivo o en cualquier otra modalidad prevista por la negociación colectiva. En ambos casos, la retribución se atribuye a los empleados por encima de las condiciones, configurando así una variabilidad relativa al *an* y al *quantum* de la retribución.

Los incentivos se enumeran taxativamente en los contenidos y en la modalidad por el Título II, Capítulo II, del Decreto Legislativo núm. 150 de 2009.

Al personal que se ha situado en la banda del mérito más alta en las respectivas clasificaciones que refiere el art. 19, apartado segundo, letra a), le es asignado el *bonus* de la excelencia cuya entidad, dentro de los límites de los recursos disponibles, se determina por la negociación colectiva nacional. El acceso al *bonus*, sin embargo, está previsto para un número de empleados no superior al 5% de la plantilla en su conjunto. Esto significa que el resto del personal que ocupa la banda más alta, demostrando siempre una *performance* excelente, sólo tendrá acceso a otros complementos.

Entre otras cosas, el premio a la excelencia es incompatible con el premio anual por la innovación y los cursos de formación avanzada y de desarrollo profesional: el primero excluye a los otros dos, pero no está claro si la adjudicación de estos últimos excluye la adjudicación del premio a la excelencia.

A pesar de tratarse de premios bastante diferentes —de no fácil comparación es el premio a la innovación, por ejemplo, con respecto al premio a la excelencia, aunque sólo sea porque una óptima *performance* no corresponde necesariamente a un proyecto de innovación— parece que el legislador tiene una especie de aversión a la acumulación de incentivos, verosímelmente para garantizar una rotación de los mismos. Lo cual, sin embargo, parece poco coherente con el repetido intento de premiar el mérito y la selección; un empleado, en efecto, además de haber realizado una *performance* excelente puede haber hecho el mejor proyecto del año o participar en cursos de formación habiendo demostrado una profunda profesionalidad.

El premio a la innovación, más en general, se asigna al mejor proyecto realizado durante el año, susceptible de producir una modificación significativa de los servicios ofertados o de los procesos internos de trabajo con un impacto elevado sobre la *performance* de la organización. La cantidad del premio es igual a aquella dispuesta por la negociación colectiva nacional para el *bonus* anual de la excelencia. El límite temporal fijado en un año parece, sin em-

(50) B. G.MATTARELLA, La nuova disciplina di incentivi e sanzioni nel pubblico impiego, en Rivista trimestrale di diritto pubblico, op. cit. p. 939.

bargo, contradictorio con el cambio significativo, de modo que el proyecto debe estar finalizado: en doce meses parece difícil poder realizar una innovación de una cierta relevancia o ver ya los efectos virtuosos de un proyecto sobre la organización y/o sobre los procesos de trabajo. Considerando también que un proyecto se compone a su vez de la idea, búsqueda y realización el período de referencia, parece inadecuado para responder a los requisitos de excelencia atribuidos al mismo.

Después está previsto, según el art. 23 del Decreto Legislativo núm. 150 de 2009, el incentivo como progresión económica⁽⁵¹⁾ para corresponder de un modo selectivo, y para una cuota limitada de empleados, en relación con el desarrollo de competencias profesionales y por los resultados individuales y colectivos relativos al sistema de evaluación y de acuerdo con lo previsto en los convenios colectivos nacionales y de segundo nivel dentro de los límites según los recursos disponibles. Hay que recordar que incluso el art. 52, apartado 1 *bis*, del Decreto Legislativo núm. 165 de 2001, regula la promoción dentro de la misma área funcional⁽⁵²⁾ conforme a los principios de selección, en función de la calidad cultural y profesional de la actividad desarrollada y los resultados obtenidos según la asignación de estándares de mérito.

Por tanto, es necesario coordinar las dos disposiciones.

El art. 52 tiene en cuenta las competencias profesionales y los logros obtenidos, también las cualidades culturales, que constituirán un título relevante si el trabajador es evaluado positivamente durante al menos tres años, para acceder a la subida salarial; mientras el art. 23 de la normativa más reciente considera como período de tiempo suficiente tres años consecutivos o cinco años no consecutivos.

La evaluación es diferente: en el primer caso el valor positivo —¿no excelente ni óptimo pero positivo?— es considerarlo título relevante para el acceso a la subida salarial; en la segunda hipótesis, la evaluación del empleado debe corresponder a aquella que permite el acceso a la categoría de mérito más alta.

Por lo tanto, el empleado que pertenece a un área que, de acuerdo con una evaluación de por lo menos tres años, demuestra cualidades culturales y profesionales y resultados en la actividad desarrollada, puede acceder a la subida salarial, prescindiendo de su ubicación en la categoría de mérito alta por tres años consecutivos que, de otro modo, constituye un título prioritario para el acceso a la subida salarial⁽⁵³⁾.

(51) Cass. S.u. 8 maggio 2006, n. 10419 en Mass., 2006, p. 862. En materia de empleo público contractualizado, «por procedimientos concursales de asunción» adscritos al derecho público y a la actividad autoritaria de la Administración (como previene el artículo 63, 4º del Decreto Legislativo núm. 165 de 2001), se entienden no sólo aquellos dirigidos a la constitución *ex novo* de los contratos de trabajo (siendo tales todas las medidas dirigidas a candidatos externos, aunque algunos están sujetos ya como empleados públicos), pero también a los procedimientos concursales «internos», destinados a conseguir el encuadramiento de los empleados en áreas funcionales o categorías más elevadas, perfilándose, en tal caso una novación objetiva de los contratos de trabajo; los ascensos en el interior de cada área profesional o categoría, sea con adquisición de ascensos meramente retributivos, sea con la consolidación de las categorías (nivel funcional de encuadramiento compuesto por un conjunto de funciones y de responsabilidad) superiores (artículo 52, apartado 1º, del Decreto Legislativo núm. 165 de 2001), se vinculan, sin embargo, a procedimientos establecidos por la Administración, con la capacidad y los poderes del empresario privado (artículo 5, 2º apartado, del Decreto Legislativo núm. 165 cit.).

(52) Con exclusión de los dirigentes y del personal docente de las escuelas, academias, conservatorios e institutos asimilados, quedan encuadrados en al menos tres áreas funcionales distintas.

(53) Artículo 52, apartado 1 *bis*, del Decreto Legislativo núm. 165 de 2001.

La subida salarial es un supuesto evidente de sustracción «legal» de competencia a la negociación colectiva, debiendo reconocerse en cualquier caso la referencia de la ley a esta última.

El art. 23, precisamente para evitar el acceso indiscriminado a la subida salarial, establece que la retribución complementaria y lo relacionado con la misma se atribuyen sólo con respecto al sistema de evaluación y para un porcentaje reducido de trabajadores, sin que la negociación colectiva de segundo nivel pueda en cualquier modo incidir sobre los criterios de asignación. No es que la autonomía colectiva no responda a los mismos fines, en el sentido de garantizar un criterio selectivo para las subidas salariales; sin embargo no viene caracterizada por el imperativo legal, adaptable por tanto según las necesidades de la Administración de que se trate. Tanto es así que ha sido criticado el uso de indicadores a menudo demasiado ligados a la mera duración del servicio⁽⁵⁴⁾. La fuente legal excluye una indulgencia a este respecto, subrayando la relación entre subida salarial, desarrollo de competencias profesionales y resultados individuales y colectivos, revelados, no por la negociación colectiva, sino por el sistema de evaluación.

La única hipótesis de automatismo se produce respecto de aquellos empleados que por tres años consecutivos o por cinco anualidades no consecutivos en encuentran situados en la categoría de mérito más alta.

Está también previsto un premio a la eficiencia, por el cual una cuota de hasta el 30 por 100 de ahorro sobre los costes de funcionamiento, derivados de procesos de reestructuración, reorganización e innovación, puede ser destinada, hasta dos tercios y según criterios definidos por la negociación colectiva de segundo nivel, al personal concernido; mientras la parte restante incrementa los fondos disponibles para la negociación misma (art. 27 del Decreto Legislativo núm. 150/2009). Tales recursos pueden ser utilizados, sin embargo, si los ahorros están documentados en el Informe sobre la *performance*; y el principio se aplica también a las Regiones y a las Administraciones del Servicio nacional de salud y a los Entes Locales. La referencia a la eficiencia, en este caso se refiere, más que a la actividad de los empleados, al ahorro de costes ligados a una gestión ineficiente.

2. ¿Hacia una retribución «variable dependiente»?

A este punto debe verificarse la suerte de los restantes recursos económicos distribuidos entre las tres categorías de mérito, aquellos que resultan de la sustracción de la parte comprometida por el 5 % del premio a la excelencia, de la cuota por las subidas salariales para un número limitado de empleados y de una parte todavía por el premio a la innovación, igual en su importe al premio por la excelencia⁽⁵⁵⁾.

Es aquí donde la negociación colectiva de segundo nivel puede tener capacidad «de decisión», si no fuese porque debe tener en cuenta la medición y evaluación de la *performance* en

(54) Véase FORMEZ, *Le politiche di incentivazione del personale nella PA*, 2003, p. 40 que reporta algunos indicadores utilizados para la promoción salarial entre los cuales está, como vía principal, el de la antigüedad.

(55) Sobre los recursos económicos disponibles actualmente véase el Decreto Legislativo de 31 de mayo 2010, núm. 78 convertido en Ley núm. 122 de 2010. Cfr. A. ALAIMO, *La contrattazione collettiva nel settore pubblico tra vincoli, controlli e «blocchi» dalla «riforma Brunetta» alla «manovra finanziaria»*, en *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2010, 289; M. CORTI, A. SARTORI, *Il decreto attuativo della c.d. «legge Brunetta» sul pubblico impiego*, en *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2010, 27.

base a los criterios citados que componen y definen la correlación a la *performance* individual y organizativa prevista por el artículo 45.

Como se ha mencionado, el art. 18 del Decreto Legislativo núm. 150 de 2009 prohíbe la distribución de manera indiferenciada, sobre la base de automatismos, de incentivos y premios ligados a la *performance*: también aquí predomina la verificación y la documentación de sistemas de medición y evaluación adoptados en el sentido del Decreto. Debe recordarse también la única referencia legal, conforme refiere el art. 40, apartado 1, a la negociación colectiva que opera con los exclusivos límites previstos por las normas legales en las materias inherentes a «(...) la evaluación del desempeño a efectos de la correspondiente retribución variable» y a la «(...) subida salarial».

El convenio colectivo nacional en el sector público es de orden superior al convenio de segundo nivel. Las indicaciones y las modalidades relativas a la retribución variable no pueden, de hecho, ser desoídas por el convenio colectivo de segundo nivel que opera sobre dichas materias, con los vínculos y dentro de los límites establecidos por los convenios colectivos nacionales; en caso contrario, como se ha dicho, las cláusulas son nulas. Y la relación jerárquica entre los dos niveles de negociación condiciona notablemente la acción del convenio colectivo de segundo nivel, que no puede disponer criterios de medición y evaluación diversos a aquellos dispuestos por la ley, ni tampoco derogar los eventuales indicadores previstos por la negociación colectiva nacional. En tal sentido se expresa también el Tribunal de Cuentas⁽⁵⁶⁾ en una hipótesis en la cual el convenio colectivo nacional había disciplinado de forma analítica la retribución variable, recordando que la retribución variable se reconoce únicamente en correlato con el logro de objetivos específicos conexos con la actividad desarrollada por el empleado, fijados de forma predeterminada. La misma expresa, por tanto, fuertes dudas sobre la licitud de aquellos convenios colectivos de segundo nivel que individualizan esquemas de repartición de la retribución variable en ausencia de criterios predeterminados; ausencia que no puede remediar ningún proceso de verificación, imposibilidad condicionada por la falta de criterios preliminares.

El reclamo al ámbito privado, cuya coherencia debería asumir el sector público, parece, por tanto, inaplicable. Resulta suficiente observar la jurisprudencia prevalente en materia de retribución variable⁽⁵⁷⁾ que, de conformidad con lo previsto en el Protocolo de 23 de julio de 1993, considera el convenio de segundo nivel como «fuente» de la remuneración variable. Una serie de resoluciones, de hecho, interpretan el reenvío a la *negociación colectiva de segun-*

(56) Tribunal de Cuentas sección Lombardia 4 marzo 2010, n. 287; Tribunal de Cuentas sección Lombardia 8 julio de 2008, n. 457 sobre la asignación de los incentivos. El control sobre la compatibilidad de los costes y de la negociación colectiva de segundo nivel con las obligaciones de equilibrio y aquellas derivadas de la aplicación de las normas legales, con particular referencia a las disposiciones inderogables que inciden sobre la medida y con la responsabilidad de la retribución variable se efectúa por el colectivo de censores de cuentas, por el colectivo sindical, de las oficinas centrales o por los órganos análogos previstos en los ordenamientos respectivos. Cuando por los convenios de segundo nivel se derivan costes no compatibles con los respectivas obligaciones de equilibrio de las Administraciones, se aplican las disposiciones previstas en el artículo 40, apartado 3-*quinquies*, sexto período.

(57) Cass. de 19 febrero de 2009, n. 4078 en *Giust. civ. Mass.*, 2009, 272. El Tribunal sostiene que «omitiendo el considerar e interpretar el artículo 49 c.c.n.l. de 1994 en su parte en la cual, en línea con lo establecido como principio por el Protocolo de 23 de julio de 1993 entre el Gobierno y las Partes Sociales, (...) se atribuye a los trabajadores un derecho perfecto o sin embargo independiente, en cuanto a la fijación del beneficio, por los condicionamientos establecidos a nivel empresarial que, sin embargo, constituyen la "fuente" y el contenido de la retribución variable». También la sentencia de 25 de junio de 2008, n. 17310 en *Riv. it. dir. lav.* 2009, p. 49 ss. con comentario de A. OCCHINO.

do nivel no sólo como definición de los criterios para la determinación de la retribución variable, para la entera reglamentación del instituto, sino el poder de establecer que no procede la entrega del premio en caso de no realización de los objetivos productivos y los resultados económicos de la empresa.

La negociación de segundo nivel, por lo tanto, no desarrolla una mera función de ejecución de la cláusula de reenvío, fijada por la negociación colectiva nacional, sino que constituye un ámbito de competencia exclusiva en materia de retribución variable.

En el sector público, sin embargo, si la negociación de segundo nivel no opera con los vínculos y límites derivados de los convenios colectivos nacionales o si disciplinan materias no delegadas expresamente a tales niveles negociales o que comportan cargas no previstas en los instrumentos de programación anual o plurianual de cada Administración, las cláusulas son nulas, no pueden ser aplicadas y son sustituidas como refieren los arts. 1339 y 1419, segundo apartado, del Código Civil.

Un ulterior y último límite es, sin duda, la disponibilidad de recursos financieros para la negociación colectiva que vienen, para la modalidad de repartición, ya definidos por el convenio colectivo nacional; el cual circunscribe y reduce los espacios de operatividad del segundo nivel en orden a la gestión de los recursos.

El análisis de la disciplina de la retribución variable, en sus manifestaciones esenciales, evidencia un camino singular —por así decir— «de vuelta».

El intento de lograr una «virtuosa» autodeterminación colectiva por lo que se refiere a los perfiles de la excelencia del trabajo, con el auxilio de vínculos legales, parece, sin embargo, haber producido una suerte de heterogénesis de los fines.

Al tratar de restituir el carácter de la variabilidad a la retribución complementaria, convertida con el tiempo en un elemento estable de la remuneración, el legislador se sustenta ahora en un sistema articulado que debería garantizar la aplicación de los principios de mérito y selección, derivados en parte a la autonomía colectiva «envuelta» en lógicas casi especulativas que han inspirado la situación precedente a la actual reforma.

La complejidad del sistema del que depende la asignación de la retribución variable se arriesga, sin embargo, a no llevarse a cabo en su integridad o a no realizarse con exactitud (falta de recursos económicos, tiempos de ejecución o defectos de «comunicación» entre los niveles concernidos), de circunscribir, y más, los anhelos legislativos.

Paradójicamente, la retribución complementaria podría volver a ser un simple elemento adicional: una especie de variable dependiente en todo o casi de la función, más política que administrativo-gestional, de las Administraciones Públicas y del resto de organismos implicados.