
El empleo público laboral a la luz de las reformas de 2021

Public employment in the light of the 2021 reforms

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

*Catedrático de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada.
Director de la Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum
Director de la Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum.
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.*
 <https://orcid.org/0000-0002-0230-6615>

SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León
Subdirectora de la Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*
 <https://orcid.org/0000-0001-5910-2982>

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Secretario General de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social
Subdirector de la Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum
Subdirector de la Revista Derecho de la Seguridad Social, Laborum*
 <https://orcid.org/0000-0001-5054-8822>

Cita sugerida: MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. Y RODRÍGUEZ INIESTA, G. "El empleo público laboral a la luz de las reformas de 2021". *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 3 (2022): 11-42.

"[...] el prodigioso esfuerzo intelectual que hasta ahora se ha ido acumulando supone un desvelamiento progresivo de los muchos factores que, integrando el mismo tema, son inseparables y, por consecuencia, la debida inteligencia de cada uno de ellos implica la comprensión de todos los demás. En definitiva, perder esta visión global implica renunciar a la comprensión profunda del fenómeno"

ALEJANDRO NIETO GARCÍA¹

1. EL MODELO DE EMPLEO PÚBLICO Y SUS APORÍAS

La Constitución de 1978 supone la adaptación de nuestro modelo burocrático administrativo a un régimen regulador -el propio de un Estado Social y Democrático de Derecho- y estableció los fundamentos jurídicos del actual sistema de función pública en España; y con ello sentó unas bases para un modelo relativamente abierto de empleo público. Si bien, no impune un modelo concreto de función pública, aunque sí marca unas reglas básicas que tienen como objetivo la garantía constitucional de la ya lograda profesionalidad de la función pública, con principios como los de igualdad, mérito y capacidad (art. 23.2 CE), el principio de objetividad en la actuación de las Administraciones como empleadora, la imparcialidad en el ejercicio de las funciones públicas (artículos 103.1 y 3 CE), el principio de legalidad y cobertura presupuestaria, el régimen de incompatibilidades, etcétera.

¹ NIETO GARCÍA, A.: *El pensamiento burocrático*, edición y estudio preliminar, «La burocracia en el proceso de racionalización de la civilización occidental: variaciones sobre un 'tema de Max Weber'» (pp. XIII-CXII), a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2002, p. 35.

Se puede apreciar que la técnica seguida de textura abierta consiste, por tanto, en imponer unas reglas de referencia, y dejar margen al pluralismo político de cara a distintos posibles desarrollos normativos que serán lícitos siempre que respeten los límites constitucionales. La cuestión sobre la legalidad o no, de la coexistencia en nuestro sistema de la relación funcionarial y las relaciones laborales se resolvieron a tenor de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que si bien no resuelve directamente esta disyuntiva sí marca una posición a favor de la prioridad del régimen estatutario o funcionarial, y la pretendida “excepcionalidad” del laboral. Esta cuestión generó en su momento diversas y controvertidas posturas controvertidas. En este contexto, la doctrina que ha prevalecido después de la aprobación de la Constitución de 1978 es la que acepta la legalidad del modelo dual, con la convivencia del régimen funcionarial y laboral en el empleo público, que de hecho es legalmente confirmado por el Estatuto Básico del Empleado Público. No obstante la aceptación de esta dualidad pasa por la limitación y delimitación los puestos a ocupar por el personal laboral y en todo caso exigiendo la aplicación de los principios constitucionales que tradicionalmente afectaban al régimen jurídico funcionarial, a todos los empleados de la Administración, sea cual sea su vínculo.

El desarrollo y plasmación de un “modelo legal” de desarrollo coherente con las previsiones constitucionales no fue fácil. Fue precisa la intervención del Tribunal Constitucional en STC 170/1988 de 29 de septiembre y STC 33/1991, de 14 de febrero-, por el que se reconoció la licitud y legitimidad constitucional de la convivencia de los dos regímenes jurídicos funcionarial y laboral. Esta doctrina reconoce que la Constitución de 1978 expresamente, solo prevé que la relación de empleo público se configure en el ámbito de la relación funcionarial, estableciendo reserva de ley para el estatuto de los funcionarios públicos (art. 103.3 CE) y atribuyendo al Estado la competencia exclusiva sobre las bases del régimen jurídico de los funcionarios (artículo 149.1.18ª CE). Pero no es menos cierto que en el texto constitucional no existe previsión alguna en el sentido de prohibir la posibilidad de aceptar y regular la contratación laboral en las Administraciones, (sin perjuicio del necesario respeto a los principios propios del empleo público, y a límites derivados de la particular naturaleza de la Administración empleadora), y en todo caso con reserva legal para la determinación de las funciones que deben ser cubiertas por funcionarios, y la abiertas al régimen laboral. Efectivamente, en el Fundamento Jurídico Tercero y Octavo de la mencionada Sentencia se reconoció que el apoderamiento que el art. 15 de la LMRFP otorgaba a la Administración, suponía la violación al principio de reserva de Ley del artículo 103.3 de la Constitución, y por tanto “la plena renuncia del legislador a su tarea de establecer en este punto, ciertamente crucial para la estructura de las Administraciones Públicas y de la propia Función Pública, condiciones y límites materiales sobre las determinaciones concretas que puedan ser adoptadas por los órganos de la Administración”.

No obstante el Tribunal Constitucional tácitamente expresa en esta resolución, su aceptación de la existencia del doble vínculo jurídico funcionarial y laboral de prestaciones de servicios profesionales en el ámbito de las Administraciones Públicas, pero matizando en todo caso que el sistema que debía prevalecer era el funcionarial, y que el legislativo, y no el ejecutivo, debía regular de forma clara y precisa los supuestos en los que se podría acudir a la contratación laboral, como vínculo excepcional, y en base a la naturaleza de las funciones a desempeñar, -que en todo caso serían actividades o puestos instrumentales-. Así pues, el principal problema en esta materia radicaba -y realmente permanece en gran medida-, en la determinación de qué puestos de trabajo podían ser desempeñados por personal laboral, y cuáles quedarían reservados a funcionarios. Esta problemática cuestión no cerrada, que se arrastra hasta nuestros días.

El mandato constitucional del art. 103.3 CE de elaborar un Estatuto del funcionariado público, no fue atendido hasta casi treinta años después, con la aprobación mediante Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP). El EBEP actualmente, en su vigente redacción por el RD-Legislativo 5/2015, es la principal norma reguladora del régimen jurídico del personal de las Administraciones (TREBEP), aunque hay que señalar que se mantienen vigentes

algunos preceptos anteriores, por un lado, y por otro, que el EBEP ha sido objeto de numerosas reformas de muchas de sus disposiciones

No es baladí hacer notar el hecho histórico de que toda Administración (como más ampliamente todo el sector público administrativo, fundacional y empresarial) responde siempre a un modelo de sociedad concreto y a unas circunstancias políticas, económicas, sociológicas y condicionamientos constitucionales. En nuestro caso, el referente que determina nuestro actual modelo lo encontramos en la Constitución de 1978, que contiene los fundamentos jurídicos de ordenación de la actual función pública y del “empleo público” en su conjunto. Los principios constitucionales, y la apuesta de ésta por un modelo Estatal descentralizado (Estado Social Autonómico), nos lleva a una Administración territorial compleja y diversa, sin perjuicio de garantizar un marco jurídico común en relación a las bases del régimen jurídico de las Administraciones, atribuyendo al Estado central competencias exclusivas a tales efectos (art. 149.1.18 CE). De esta forma, hoy por hoy, coexiste un régimen jurídico común de organización de la Administraciones Públicas, con las particularidades normativas del conjunto de entidades que conforman el sector público.

Indicar aquí que ello en el ámbito del empleo público se corresponde con la existencia de un gran número de empleadores, con una normativa de referencia común, dictada por mandato del art. 103.3 de la Constitución, que es el citado TREBEP, y una enorme diversidad normativa tanto a nivel territorial según la Administración de que se trate, como por la naturaleza del ente público empleador y el propio empleado público de que se trate. Lo cual hace visible el factor de complejidad subyacente en la ordenación del empleo público en España.

Destacar, por otra parte, que la configuración del Estado como “Social” de Derecho conlleva el progresivo incremento de funciones material-prestacionales, nuevas y/o mejoradas, para las Administraciones Públicas vinculadas al concepto jurídico de servicio público, propios de los Estados del Bienestar (fórmula, ésta, evolucionada del persistente Estado Social de Derecho). Este incremento en la actividad de las Administraciones, teniendo como telón de fondo el esquema organizativo territorial al que antes se hacía referencia, lleva a la aparición de una organización compleja, con numerosos empleadores y empleados públicos. Podemos afirmar que, tanto la realidad socio-económica, como geopolítica de nuestro país nos ha conducido inexorablemente a la configuración del modelo actual de Administraciones Públicas que se caracteriza por ser un entramado complicado, y diverso tanto por su dimensión territorial, como por la distinta naturaleza de sus componentes y los objetivos a los que sirven, que le lleva a contar con un numeroso y variado conjunto de empleados públicos².

Existe una complejidad vinculada a la dimensión del personal público consecuencia de la estructura territorial descentralizada. Las relaciones de empleo en la Administración evolucionan lenta pero progresivamente, dependiendo de la política del momento y de las necesidades y cambios del propio sector público. No obstante actualmente en nuestro país existen dos características que la definen, y que determinan la distribución de competencias en materia de empleo público y su forma de organización, que son: por un lado, la existencia de dualidad de vínculos, funcionarial y laboral, coexistiendo en las distintas Administraciones; y por otro, el desarrollo de la realidad territorial de España y su reconocimiento constitucional y, consecuentemente, de la función pública en las distintas Administraciones.

Respecto a la dualidad de los regímenes reguladores de los empleados públicos hay que recordar que su origen se remonta a la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964, que fue la que introdujo el principio de la ruptura del modelo tradicional de la función pública, -de nítida influencia francesa-, a un modelo de relaciones de empleo de influencia anglosajona. Con esta

² MONEREO PÉREZ, J. L. y VIDA SORIA, J.: *La condición de nacionalidad en el acceso del personal a los empleos públicos*, Madrid, Ministerio para las Administraciones Públicas, 1991, pp. 21 y ss., y 59 y ss.

norma se abrió las puertas a la contratación laboral en la Administración, y con ella se inicia un cambio de concepto, con profundas modificaciones en distintos aspectos de la regulación del empleo público. En definitiva se puede afirmar que esta norma preconstitucional fue la que puso fin, de un modo definitivo, a la exclusividad de la relación funcionarial, abriendo paso a los contratos laborales, los contratados en régimen de Derecho Administrativo, y los funcionarios eventuales, o también llamados de confianza.

La dualidad de regímenes funcionarial y laboral en la Administración se mantiene con la Constitución de 1978, recibiendo un nuevo impulso con la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas de Reforma de la Función Pública, que no obstante hubo de ser modificada por Ley 23/1988, de 28 de julio, como consecuencia de una Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987, en la que se declara no constitucional la falta de límites entre las contrataciones laborales de personal y la funcionarial. El respeto a los principios de acceso según mérito y capacidad del artículo 103.3 de la Constitución eran incompatibles con esta norma, siendo por este motivo que la Ley 23/1988, de Reforma de la Función Pública retoca la excesiva flexibilidad que la anterior dejaba a los gobiernos para determinar los puestos a cubrir por laborales o funcionarios, y declara reservados al régimen funcionarial los puestos de la Administración del Estado, y sus organismos autónomos, entidades gestoras, y servicios comunes de la Seguridad Social.

El proceso de progresiva laboralización de las Administraciones, con matices y limitaciones intrínsecas, ha seguido avanzando hasta hoy, no sólo por el desarrollo de la posibilidad legal de realizar dichas tipologías de contrataciones, sino también por la evolución y acercamiento de las propias instituciones de la Administración a las técnicas de organización de la empresa privada, con la aparición de las sociedades anónimas, entidades empresariales, fundaciones públicas, “consorcios”, etcétera. Incluso así sucede con las administraciones independientes, también llamados organismos reguladores (Comisión Nacional del Mercado de Valores, Banco de España, Comisión Nacional de la Energía, etcétera), que aun ejerciendo funciones públicas de regulación de sectores básicos para el Estado, cuentan principalmente con personal vinculado a las mismas por contratos laborales (conforme a la posibilidad que se establece en la Disposición Adicional 4ª del EBEP).

Por otra parte, a efectos de la regulación de la relación laboral de los empleados públicos hay que advertir que no se somete exclusivamente al Estatuto de los Trabajadores y las correspondientes normas convencionales, sino que el art. 7 del TREBEP, matiza que el personal laboral al servicio de las Administraciones se regirá, “además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionales aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan”. Es decir, que en lo que el TREBEP marque como norma de referencia para las Administraciones y los “empleados públicos”, así como en aquellos que preceptos en los que se concreten aspectos de aplicación a los empleados públicos laborales será de aplicación preceptiva dicha norma con preferencia a la laboral, de tal forma que se configura, -sin llegar a denominarlo expresamente-, como una relación laboral especial o al menos, peculiar, pero que cuya singularidad material y especificidad formal lo acercan a la naturaleza de esa relación laboral especial.

Adicionalmente se puede decir que persiste una cierta indefinición del modelo normativo sobre la delimitación del ámbito de “ocupación” y reserva para los funcionarios y personal laboral; y en esto el TREBEP se limita a reproducir en su artículo 9.2, una fórmula similar a la de la Ley 7/1985 (LBRL), al reservar para la figura de funcionarios: “...en todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos”. Con esta escueta “delimitación”, y en atención a la reserva de ley que exige el artículo 103.3 CE, la determinación final de puestos reservados a funcionarios y abiertos a laborales, vendrá determinada por lo que se dispongan en “las leyes de desarrollo de cada Administración Pública...” (del mismo modo que sucede en el caso de la

Administración Local que remite a lo establecido en el TREBEP, “así como por la legislación de las Comunidades Autónomas”; artículo 92.1 Ley 7/85 LBRL).

Se reconoce, así, una cuestión importante y problemática relativa a la determinación de los puestos de trabajo que pueden ser ocupados por funcionarios y cuáles por el personal laboral fijo o temporal. Sobre esta cuestión el Tribunal Constitucional en su sentencia núm. 99/1987, de 11 de junio, que declaró inconstitucional la Ley 30/1984, de Medidas de Reforma de la Función Pública, que en un principio daba libertad a cada Administración para determinar los puestos que debían ser ocupados por funcionarios o por personal laboral. Dicha sentencia reconoció la prevalencia del sistema funcionarial, sin descartar el empleo público laboral, pero apostando por la limitación, o más bien la necesaria delimitación de la contratación laboral en la Administración, exigiendo la debida y clara regulación de los casos en que por la naturaleza de las funciones a desempeñar era posible abrir a la contratación laboral. De esta forma se trató esta vía como excepción a la ocupación de puestos mediante personal funcionario (no obstante posteriormente la doctrina del Tribunal Constitucional en cierta medida se flexibilizó en relación a la determinación de los puestos de trabajo reservados a los funcionarios en la Administración Local, STC 37/2002).

Conforme a la referida resolución judicial fue redactado el artículo 15.1.c) de la Ley 30/1984, LMRFP, por la Ley de 1988, que aún se mantiene en vigor al no haber sido derogado por el TREBEP. Dicho artículo estableció que los puestos de trabajo de la Administración del Estado, de sus organismos autónomos, así como los de las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, “serán desempeñados por funcionarios públicos con las siguientes excepciones: Los puestos de naturaleza no permanentes y aquéllos cuyas actividades se dirijan a satisfacer necesidades de carácter periódico y discontinuo; Puestos cuyas actividades sean propias de oficios, así como los de vigilancia, custodia, porteo y análogos; Puestos de carácter instrumental relativas a mantenimiento y conservación de edificios, equipos e instalaciones, artes gráficas, encuestas, protección civil y comunicación social, así como los puestos de áreas de expresión artística y los vinculados directamente a su desarrollo, servicios sociales y protección de menores; Puestos correspondientes a áreas de actividades que requieren conocimientos técnicos especializados cuando no existan cuerpos o escalas de funcionarios cuyos miembros tengan la preparación específica necesaria para su desempeño; Puestos de trabajo en el extranjero con funciones administrativas de trámite y colaboración y auxiliares que comporten manejo de máquinas, archivo y similares; y Puestos con funciones auxiliares de carácter instrumental y de apoyo administrativo.

El TREBEP adopta una formulación que queda reflejada en el art. 9.2 TREBEP, según el cual se establece la reserva a la condición de funcionario público del “ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas”, teniendo como límite esta imperativa reserva a los funcionarios las Leyes de la Función Pública que se dicten en desarrollo del Estatuto Básico que serán las que verdaderamente determinarán cuáles serán los puestos a cubrir con personal laboral (“en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca”). El origen de esta fórmula se encuentra en artículo 39 del Tratado de Constitución CEE, que establecía “la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo”, y su apartado cuarto que excluye la aplicación de este principio a los empleos en las Administraciones Públicas. La interpretación que del precepto hace la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las CEE - STJCEE núm. Comisión/Bélgica II Rec. 1982, p. 549; asunto 307/84, Comisión/Francia, Rec. 1986, p. 1725; asunto 66/85, Lawrie-Blum, Rec. 1986-, marcó el alcance de los criterios sobre la libertad de circulación de trabajadores comunitarios en relación a los empleos de la Administración Pública (respecto a la posibilidad de que ciertas funciones públicas sean reservadas por la normativa interna a los nacionales de cada Estado). Dicha jurisprudencia sufrió una lógica evolución, cuya tendencia ha sido a delimitar más el concepto de Administración Pública, superando el concepto estricto institucional y ajustándolo más a la noción jurídica de autoridad pública. Esta interpretación resulta más coherente con el principio

de libre circulación puesto que supone una limitación en el acceso solo a fin de reservar aquellas funciones de la Administración que supongan el ejercicio directo o indirecto del poder público y la salvaguarda de los intereses generales. Conforme con esta interpretación se puede afirmar que los Estados miembros sólo podrán reservar a sus nacionales los empleos o puestos de trabajo o funciones que entrañen el ejercicio de potestades públicas o funciones públicas de autoridad.

Con todo, serán las Administraciones las que mediante las denominadas relaciones de puestos de trabajo (R.P.T.), determinarán el régimen aplicable a cada servicio, siendo preceptiva la utilización de este instrumento de ordenación y gestión de personal en el caso del personal funcionario, eventual y laboral fijo, quedando exento de este requisito el personal laboral temporal y eventual. No obstante, la indeterminación de los términos en que se marca la reserva a la condición de funcionario en ese art. 9.2 TREBEP, y la delegación posterior en la normativa de desarrollo lleva a parte de la doctrina a cuestionar si realmente esta norma no pudiera constituir una vulneración del art. 103.3 CE. Lo indudable es que como consecuencia de esta regulación en un futuro inmediato podremos encontrar, -tanto a nivel de administración central, como autonómica y local-, distintos puestos ocupados en unos casos por funcionarios, y en otros por laborales, y de igual forma existirá necesariamente un heterogéneo panorama en relación al grado o umbral de “laboralización” en unas y otras Administraciones, si bien esto en mayor o menor medida ya sucede en nuestras Administraciones.

La realidad es que el pretendido “principio de excepcionalidad” de la contratación laboral en las Administraciones, frente a la regla de preferencia del régimen funcional en el empleo público que defendía en su doctrina original el Tribunal Constitucional, no rige hoy por hoy en sus propios términos absolutos (ni siquiera para doctrina del mismo Alto Tribunal). La contratación laboral en las Administraciones llegó para quedarse (se ha producido un fenómeno de contractualización de una parte significativa del empleo público), y a la vista de las estadísticas, incrementando progresivamente su presencia en las Administraciones. En este sentido, la Exposición de Motivos del texto original del TREBEP, alertaba de esta situación controvertida, manifestando que la contratación de personal conforme a la legislación laboral “por imperativo constitucional no puede ser el régimen general del empleo público en nuestro país, ni existen razones que justifiquen hoy una extensión relevante de la contratación laboral en el sector público”. Y, por su parte, el Informe de la Comisión de Expertos recomendaba proceder a la concreción de los puestos sometidos a uno u otro régimen, remitiendo a tal efecto al legislador estatal, autonómico y local. No obstante también advertía del principio general que debe regir en este ámbito, por el que es necesario reservar los puestos que precisan de la imparcialidad de los empleados que deben adoptar decisiones vinculantes, realizar actuaciones de inspección, o de carácter sancionador que pudieran lesionar derechos individuales, o realizar actuaciones que requieran total independencia de criterio (dación de fe pública), o funciones de soberanía (fuerzas armadas, carrera judicial, etcétera). Respetando dicho límite la Administración puede acomodar el régimen de personal a las necesidades de cada organización. Además se recomendaban que “dicha legislación establezca, en la medida de lo posible, un único tipo de régimen jurídico, estatutario o laboral, para los empleados que realizan cada tipo de función, con la idea de ello homogeneizar el régimen por funciones, evitar los problemas de gestión y agravios comparativos que pueden concurrir en las Administraciones por la coexistencia de funcionarios y laborales con las mismas funciones.

Pese a las críticas doctrinales -más o menos severas- a la indeterminación de las normas, a pesar de las advertencias del Informe de la Comisión de Expertos que antecedió al EBEP, y a pesar de ser opinión generalizada la necesidad de concreción de la norma (véase el mismo Informe de la Comisión de Reforma de las Administraciones Públicas, -CORA- de 2012), actualmente la situación continúa como al principio, con todos los inconvenientes y agravios resultantes de la indeterminación de los ámbitos reservados a funcionarios y laborales, en progresiva deriva a la laboralización en unas Administraciones más que en otras, y además en progresiva privatización indirecta vía externalización del actividades y servicios, inicialmente, para acabar, después, en la recuperación/reinternalización de los servicios públicos bajo el régimen administrativo de gestión

directa (antes exteriorizados para su gestión privada y la correspondiente gestión indirecta del personal a ellas adscrito).

El concepto “empleado público”, que da título a la propia Ley, es el reflejo directo de la esencia y objetivo de la norma: regular de forma conjunta, sin perjuicio de sus especificidades, las bases del régimen jurídico del personal al servicio de las Administraciones. Si bien, hay que decir que el concepto de Administraciones Públicas hace referencia a lo que la Ley refiere como Administraciones sometidas a su ámbito de aplicación (artículo 2 TREBEP). Concretamente el Título II del TREBEP se dedica en exclusiva a definir y delimitar las características de los tipos de empleados públicos al servicio de las Administraciones Públicas. El modelo de clases de empleados públicos de la nueva norma responde básicamente a la introducida en su día por el Texto Articulado de Funcionarios Civiles de 7 de febrero de 1964, que amplió los distintos vínculos posibles en el empleo público, introduciendo, además de los ya existentes funcionarios de carrera e interinos y contratados administrativos, el personal eventual, y como mayor novedad los contratados laborales en la Administración. El TREBEP introduce como principal variante frente a sus antecesoras, el propio concepto de “empleado público”, es decir, en el hecho de regular conjuntamente al personal al servicio de las Administraciones, ya sean funcionarios o laborales. También es novedosa la introducción por el Estatuto es una clase nueva personal: los directivos, cuyo vínculo y régimen jurídico se diferencia del resto de empleados públicos -y que estudiaremos en el presente capítulo-.

Por último, el art. 8 del TREBEP define a los empleados públicos como aquellos que “desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales”, y este concepto supone que en aquellos preceptos de esta norma en los que se haga referencia a tal calificación de “empleados públicos”, se entiende que se aplicará sin distinción a todos ellos, sea cual sea su naturaleza.

Se establece así una clasificación que reconoce como empleados públicos: a) Funcionarios de carrera. b) Funcionarios interinos. c) Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal. d) Personal eventual. En esta clasificación se incluye una delimitación de quienes son los sujetos en el marco de una relación laboral. Se habla, concretamente de contratados fijos, por tiempo indefinidos o temporales.

En este punto hay que concretar la diferencia entre relación fija o indefinida no fija. Tradicionalmente, y esa ha sido la peculiaridad más característica de esta última relación, su paralelismo con el contrato de interinidad -en tanto que ambos estaban sujetos a una finalización vinculada al desarrollo de un proceso de selección regular-, la situaba más cercana a una naturaleza temporal que propiamente indefinida. Sin embargo, ya desde la STS 28 de marzo 2017 (rec. 1664/2015) se ha venido a cambiar este criterio, de manera que ahora se alude a que no se trata, en ningún caso, de un contrato de naturaleza temporal. Pero, sin que ello lo convierta en un contrato fijo. Las consecuencias, se relacionarían con la fórmula extintiva que se escoja para poner fin a esa relación y con los efectos indemnizatorios, si bien, ello ya plantea otra problemática de la contratación laboral que requiere un enfoque particularizado. Es decir, es necesario plantear dos cuestiones distintas: el acceso irregular, la contratación temporal sin causa o la superación de los límites de temporalidad que deriva en la consideración de indefinido no fijo con las dudas sobre su naturaleza y, en segundo término, las resultas de ésta, que se relacionan con la indemnización en los supuestos de amortización del puesto o la plaza, más aun si se considera la jurisprudencia comunitaria, especialmente asuntos como De Diego Porras o Huétor Vega, *Martínez Andrés y Pérez López*, MIDRA, etcétera (paradigmáticamente, la STJUE de 3 de junio de 2021, C-726/19, IMIDRA, y la jurisprudencia del Tribunal de justicia comunitario allí citada). Las dificultades sobrevenidas a esta figura vienen porque aunque encuentra acomodo en el TREBEP no está incluida en el Estatuto de los Trabajadores. Y es que, la remisión que hace el TREBEP a este último en cuanto a la aplicación de la legislación laboral resulta contradictoria con esa salvedad introducida en el mismo artículo 11. Esto es, se podrá contratar de acuerdo a las distintas modalidades que recoge la normativa laboral, pero, en dicha normativa no hay una regulación expresa de esa figura. No

parece, por tanto, que quepa la contratación *ab initio* del indefinido no fijo, sino que sería una consecuencia, no una opción -salvo los profesores de religión, por cuestiones derivadas de la propia naturaleza de esa contratación; véase artículo 61.7 TREBEP que parte de la regla común de la relación fija como resultado de los procesos de acceso regular al empleo público-. En este sentido, lo que se incluye no es un tipo de contratación, sino un tipo de relación jurídica en la que su naturaleza, digamos que no estrictamente “temporal”, viene condicionada por la existencia de un factor determinante que no se aprecia en la empresa privada: el interés público. En cualquier caso, el gran problema -persistente en el marco legal- es que el EBEP dio carta de naturaleza a esta figura de origen jurisprudencial, pero no le dotó de un estatuto jurídico regular que atendiera a su especificidad.

En lo que se refiera al acceso al empleo público y a los principios rectores de la selección de personal, cabe señalar, como es sabido, el acceso al empleo público y la adquisición de la relación de servicio del empleado público están condicionados por unos principios informadores o rectores. El artículo 103.3 CE exige que la ley regule “el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad”; y lo hizo como imperativo categórico. Dicha ley que cumple con ese mandato constitucional no es otra que el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP, originariamente, Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público). El acceso al empleo público tiene carácter universal, en la medida en que, en principio, se reconoce a cualquier persona. Así, el artículo 55 del TREBEP proclama que todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y de acuerdo con lo previsto en el presente Estatuto y en el resto del ordenamiento jurídico. A tal fin, las Administraciones Públicas seleccionarán a su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que se garanticen un conjunto de principios constitucionales (Publicidad de las convocatorias y de sus bases; Transparencia; Imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección; Independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección; Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar; Agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección).

Teniendo en cuenta nuestro consolidado sistema dual de empleo público y sus contornos difusos, hay que reconocer que existen supuestos normalizados de acceso al empleo público laboral (es el caso de la subcontratación/reversión de servicios públicos y la sucesión legal del empleador; aquí no existe huida del Derecho Administrativo, sino aplicación coherente de la normativa laboral que regulada la materia con todas sus consecuencias legítimas; no existe anomalía jurídica, sino más bien una necesidad que vas más allá atendiendo a los cambios estructurales de la Administración y su personal en una Estado Social de Derecho) y supuestos decididamente anómalos o patológicos (es el caso del acceso a la condición laboral por fraude de ley, abuso de derecho y cesión ilegal de trabajadores en que incurre a menudo las Administras Públicas y las Empresas públicas o del sector público fundacional o empresarial).

En la lógica de la normalización del sistema dual -legal y realmente existente-, de lo que se trata es de dotar de coherencia al modelo y delimitar los espacios respectivos del mismo. El art. 23 CE es aplicable tanto a los funcionarios como a los trabajadores asalariados conforme a la interpretación del Tribunal Constitucional. Por lo demás, el empleo público laboral constituye una relación laboral materialmente especial, por más que formalmente (esto es, desde el punto vista estrictamente legal) no aparezca relacionada expresamente como relación laboral especial en el artículo 2 del ET (por más que éste disponga que se considerarán relaciones laborales de carácter especial “cualquier otro trabajo que sea expresamente declarado como relación laboral de carácter especial por una ley”; art. 2.1.1) del ET.

Ha devenido en un modelo dualista de empleados públicos (funcionarios y trabajadores asalariados). Este sistema dual de empleo público se ha consolidado fáctica y legalmente, dándose,

sin embargo, el fenómeno de una aproximación entre los regímenes reguladores de los funcionarios y del personal laboral, con elementos compartidos (y no sólo en lo relativo al Derecho colectivo/sindical de todos los empleados públicos o al Derecho de la prevención de riesgos laborales). En esta conformación del modelo se constatan las tendencias y los desafíos a los cuales se enfrenta las Administraciones Públicas en la coyuntura actual (expansión del empleo público y su diversificación fenómenos vinculados a las exigencias imprimidas por el nuevo modelo de Estado Social de Derecho; la flexibilidad en la gestión en un sentido gerencial y de “gobernanza horizontal” y menos “vertical”, la tensión dialéctica entre externalización/internalización, etcétera).

Con todo, lo que sí se está produciendo es un desajuste disfuncional entre el Derecho Administrativo y el Derecho Laboral. La interrelación que se manifiesta entre el Derecho Administrativo y el Laboral en relación a esta cuestión *debería tender a articularse mejor de lo que se viene haciendo, sin duda, con el mismo objetivo fundamental compartido dentro del marco constitucional*.

En términos de conjunto nuestro modelo -no obstante las aporías que presentan las anomalías o patologías jurídicas- se ha vencido ya hacia un modelo dualista de empleo público en una dirección que sobrepasa el modelo francés clásico -de tradicional influencia en nuestro país- y se aproxima más a modelos más mixtos y flexibilizadores de organización del empleo público, sin dejar de persistir aquélla originaria influencia histórica.

2. LA CONTRATACIÓN TEMPORAL POR PARTE DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Como con acierto se ha dicho, la temporalidad en la contratación ha sido, en España, “uno de los compañeros de viaje del Derecho del Trabajo”³, realidad frente a la cual los poderes públicos se limitaban a articular respuestas excesivamente leves que apenas conseguían mitigar el problema⁴, máxime cuando las reformas anteriores al año 2021 practicadas sobre la legislación laboral parecían haber dado por bueno el entendimiento de que los contratos temporales podían ser adecuados instrumentos de política económica para tratar de combatir el lacerante desempleo⁵.

Profundizando en el diagnóstico, resulta evidente que un alto porcentaje del empleo a término (un 24 por 100) se localizaba precisamente en el seno de las Administraciones Públicas⁶, dando por buena la afirmación de que ser trabajador asalariado en el sector público implicaba una gran probabilidad de ocupar un empleo de carácter temporal⁷, lo cual conllevaba, a su vez, una profunda contradicción dada la naturaleza de las actividades desempeñadas por los entes públicos que responden a una demanda estable por tratarse de servicios de interés general de naturaleza permanente⁸.

Es más, las infradotaciones presupuestarias, amparadas en el art. 135 CE reformado en 2011, que prohíbe a las Administraciones Públicas incurrir en un déficit estructural superior a los

³ TOHARIA CORTÉS, L.: *El problema de la temporalidad en España: un diagnóstico*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 2005, p. 3. Calificando el fenómeno como “adicción empresarial a la temporalidad”, GOERLICH PESET, J. M.: “¿Es necesario revisar el marco normativo de la contratación temporal?”, *Documentación Laboral*, n.º 111, 2017, vol. II, p. 19.

⁴ SUÁREZ CORUJO, B.: “El fraude en el trabajo de duración determinada en las Administraciones Públicas españolas, según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 61, 2017, pp. 1-2.

⁵ CRUZ VILLALÓN, J.: “La recuperación de la lógica institucional en la contratación laboral: el equilibrio entre estabilidad y flexibilidad contractual”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 3, 2016, p. 210.

⁶ MONEREO PÉREZ, J. L.: “El abuso de la contratación temporal en el ámbito del sector público: Sentencia del TJUE 11 febrero 2021 (asunto C-760/18)”, *La Ley Unión Europea*, n.º 90, 2021.

⁷ FERNÁNDEZ GUTIÉRREZ, M. y DÍAZ FUENTES, D.: “Empleo público y temporalidad: ¿es el sector público parte de un problema?”, *Temas Laborales*, n.º 102, 2009, p. 51.

⁸ MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al.*: *Las modalidades de contratación Estudio técnico de su régimen jurídico*, SERRANO FALCÓN, C. (Coord.), Granada, Comares, 2010, pp. 391 y ss.; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “La contratación temporal en el sector público”, *Documentación Laboral*, n.º 110, 2017, vol. II, p. 29.

márgenes establecidos, conllevaron severas limitaciones al empleo estable, pero no impidieron la contratación de duración determinada, al estar autorizada “en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables”⁹, vía de excepción, que no ha sido tal por su habitualidad, a través de la cual se ha permitido seguir atendiendo necesidades esenciales de los ciudadanos, pese a la amortización de cuantiosas plazas por jubilaciones¹⁰. Las presiones para el ahorro de costes de personal, como importante contribución para la reducción de la deuda pública, ha tenido como efecto principal el recurso a aquellas modalidades de contratación más económicas y que menor compromiso de gasto implican: las temporales, favorecidas, además, por la congelación de las ofertas públicas de empleo¹¹.

3. DELIMITACIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO DE CARÁCTER LABORAL: AMPLIOS CONTORNOS

Partiendo del hecho cierto de que el colectivo de personal al servicio de las Administraciones Públicas se halla estructurado sobre una dualidad fundamental (funcionarios y trabajadores), no menos verdad resulta tampoco que la utilización de una u otra forma de vinculación está, en buena medida, reglada, pues existe “una opción genérica de la Constitución (art. 103.3 y 149.1.18) en favor de un régimen estatutario y la consiguiente exigencia de que las normas que permitan excepcionar tal previsión sean dispuestas por el legislador”, de suerte que sólo se prestará trabajo por personal sometido al orden jurídico laboral cuando una ley disponga que ese es el modo de provisión de un determinado puesto¹².

Ahora bien, no cabe ocultar que desde hace décadas ha sido constante el progresivo incremento del número de laborales en detrimento de los funcionarios y personal estatutario. A esta realidad cuantitativa contribuyó, en su día, la confusa redacción de la Ley 23/1998, de 28 de julio, que modificando lo dispuesto en el art. 15 Ley 30/1984, de 1 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, aceptó de modo acrítico la tesis mantenida por el Tribunal Constitucional (Sentencia 99/1987, de 11 de junio) y procedió a enumerar, con una grave falta de sistemática, los supuestos en los cuales las tareas de interés general podían ser realizadas por sujetos distintos de los funcionarios: puestos no permanentes y fijos discontinuos; los propios de oficios, vigilancia, custodia, porteo o análogos; los de carácter instrumental correspondientes a mantenimiento y conservación de edificios, equipos e instalaciones, artes gráficas, encuestas, protección civil y comunicación social; los vinculados a expresión artística y a los servicios sociales y de protección de menores; cuantos requieran conocimientos técnicos especializados de no existir cuerpos con preparación específica; los de tareas auxiliares, instrumentales y de apoyo administrativo; y, en fin, los de trámite, colaboración y auxilio administrativo en el extranjero.

En esta misma línea de confusión se mantiene el actual art. 11.2 Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP), que, por expresa remisión a lo previsto en el art. 9.2, pretende reservar a los funcionarios "el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades gubernativas o en la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas en los términos que en la Ley de desarrollo de cada

⁹ MONEREO PÉREZ, J. L.: “El problema de la temporalidad en la Administración Pública y medidas equivalentes, efectivas y disuasorias para prevenir, sancionar y reparar el abuso y el ejercicio antisocial: ¿es posible declarar al empleado fijo?”, *La Ley Unión Europea*, n.º 84, 2020.

¹⁰ LÓPEZ ANIORTE, M. C.: “Límites a la proliferación del trabajo atípico y en fraude de ley en la Administración Pública”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, n.º 411, 2017, p. 27.

¹¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “Gestión privada, contratación temporal y calidad en el empleo”, *Temas Laborales*, n.º 135, 2016, p. 121.

¹² VIDA FERNÁNDEZ, R.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, Tesis Doctoral dirigida por J.L. Monereo Pérez, Granada, Universidad de Granada, 15 de noviembre 2016. <https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/45270/26420363.pdf?sequence=6&isAllowed=y>;
DESDENTADO DAROCA, E.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, Albacete, Bomarzo, 2016.

Administración se establezca", utilizando una fórmula críptica que traslada del ordenamiento europeo a efectos de la admisión de trabajadores extranjeros comunitarios en la función pública nacional, cuya concreción queda al albur de la legislación de desarrollo, en referencia tanto a las leyes estatales como autonómicas¹³.

Aun cuando el citado precepto aparentaba ser un mecanismo de contención, lo cierto es que no lo ha conseguido, primero, porque no existe desarrollo a nivel de Estado central; y, segundo, porque las normas de la función pública de las Comunidades Autónomas no han establecido diques relevantes, de modo que la configuración concreta de los puestos de trabajo correspondientes a funcionarios o personal laboral ha terminado no teniendo más condicionantes que la relación de puestos de trabajo de cada Administración, instrumento que ni siquiera se aplica en el caso de los contratados laborales temporales, que no deben forzosamente constar en tales catálogos sino, eventualmente, en registros de personal no permanente que no necesariamente actúan *a priori*¹⁴.

Buena muestra del ascenso cuantitativo de los trabajadores dependientes y por cuenta ajena y puede encontrarse mayoritariamente en determinadas Administraciones singularmente las autonómicas y, sobre todo, las locales, donde casi cuatuplican la cifra de funcionarios¹⁵, sin olvidar las acusadas manifestaciones de asalarización en determinados ámbitos relativos a la función pública profesional con una legislación específica, como sucede en el sanitario -personal médico en formación- o en el universitario -personal docente e investigador laboral-, y sin dejar de mencionar tampoco los efectivos al servicio de la Administración institucional, de la Administración instrumental, de los organismos reguladores, del sector público empresarial y fundacional o, incluso, de empresas de economía mixta¹⁶.

4. LA TRADICIONAL MODULACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE MÉRITO Y CAPACIDAD EN LOS RECLUTAMIENTOS LABORALES A TÉRMINO

Una Administración, capaz de servir con objetividad los intereses generales, precisa de unos servidores seleccionados conforme a unos criterios no subjetivos o arbitrarios, no en vano la eficacia y calidad de los servicios públicos prestados a los ciudadanos dependen de que se produzca la elección del personal más preparado¹⁷. Así, para acceder a la condición de funcionario, a través de una relación de servicios profesionales y retribuidos regulada por el Derecho Administrativo, es imperativo superar un proceso selectivo efectuado a partir de criterios objetivos, no en vano todos los ciudadanos son iguales ante la ley y ante su aplicación, de manera que los poderes públicos no pueden expresar preferencias discriminatorias o fundadas en razones subjetivas de unos sobre otros. Dichas pautas neutras deben fundarse, además, en los parámetros de mérito y capacidad, verdaderos índices de una gestión eficaz del interés de la comunidad¹⁸.

Estos principios reconocidos en los arts. 23.2 y 103.3 CE y, con la importancia que merecen, en el art. 55.1 TREBEP son, por tanto, "los pilares de la configuración de una función pública profesional, imparcial en sus actuaciones y siempre orientada al servicio, con probidad, de los

¹³ DE LA VILLA GIL, L. E.: "El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario de urgencia a los aspectos laborales de la Ley 7/2007, de 12 de abril", *Revista General del Derecho y de la Seguridad Social*, n.º 14, 2007, p. 4.

¹⁴ MIÑARRO YANINI, M.: "Empleo público y contratos de 'interinos': de la azarosa racionalización judicial a la continua confusión legal", *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, n.º 384, 2015, p. 86.

¹⁵ En julio de 2021, el personal funcionario de la Administración General del Estado alcanza un 81,75 por 100, pero esta cifra solo alcanza un 52,42 por 100 en las Comunidades Autónomas y un 32,22 por 100 en las Administraciones Locales. <http://www.mptfp.es/portal/funcionpublica/funcion-publica/rcp/boletin.html>

¹⁶ SALA FRANCO, T.: "El modelo español. Presente y perspectivas", en MONERO PÉREZ, J. L.; GONZÁLEZ DE PATTO, R. M.; VIDA FERNÁNDEZ, R. y SPINELLI, C. (Dirs.): *El empleo público. Puntos críticos en los ordenamientos italiano y español*, Pamplona, Aranzadi, 2018, p.154.

¹⁷ LORENZO DE MEMBIELA, J. B.: *El acceso y provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública*, 2ª edición, Pamplona, Aranzadi, 2009, p. 55.

¹⁸ GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E.: "El derecho a la igualdad en el acceso a la función pública", *Revista de Administración Pública*, n.º 121, 1990, p. 249.

intereses generales¹⁹. Adoptada la decisión, dotados los medios para proveer nuevos puestos de funcionarios y efectuada la convocatoria por el órgano competente, es en la selección de quienes van a merecer tal condición donde actúan, sin exclusión alguna posible (ni siquiera en el caso de la especie atípica de los funcionarios interinos), las exigencias constitucionales de igualdad, mérito y capacidad (*merits system*), a las cuales el Tribunal Constitucional ha unido otra más, la de publicidad²⁰, y el art. 55.2 TREBEP adiciona, también, las de “transparencia, imparcialidad, profesionalidad de los miembros de los órganos de selección, adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones a desarrollar y agilidad, sin perjuicio de la objetividad”²¹.

Ahora bien, el postulado de la igualdad de acceso y sus derivadas, también aplicables, en principio, a los trabajadores del sector público por imperativo del art. 55 TREBEP, va a sufrir, en la práctica, sutiles conculcaciones y sistemáticos desconocimientos cuando de contratación en régimen de Derecho Laboral se trata, sobre todo si lo es de carácter temporal, pues las razones de urgencia en la cobertura provisional de una determinada plaza van a modular las exigencias en la observancia de los principios constitucionales²². Todo el sistema de selección es amoldado a la incorporación de empleados públicos con vínculos precarios, para lo cual las Administraciones cuentan con el formidable poder de determinar en gran medida, a través de las bases de las convocatorias, los propios parámetros de legalidad de cada proceso selectivo, así como de definir y moldear los tiempos del proceso, y de designar a los miembros integrantes del órgano que interpretará y aplicará las bases y evaluará a los candidatos, asistido por la no menos maleable discrecionalidad técnica²³.

Como mero botón de muestra, mientras sólo se puede ingresar en la función pública de carrera *stricto sensu* por oposición o concurso-oposición, salvo excepción establecida por ley que debe justificarse convenientemente (art. 61.6 TREBEP), es factible, sin embargo, acceder al empleo público laboral por concurso de valoración de méritos previo a la contratación, que sin duda constituye un sistema más ágil y sencillo. Al tiempo, también la inamovilidad en la condición de funcionario conlleva un exponente de estabilidad para aquellos casos en que es conveniente una reducción del gasto de personal, mientras son generosos los términos justificativos del despido personal laboral por causas económicas, técnicas y organizativas. Se configura así la huida hacia el Derecho Privado como una vía para rebajar las exigencias constitucionales en el momento de ingreso y como un cauce sencillo para prescindir de quienes no sean necesarios²⁴.

En cualquier caso -como se indicó- hay que señalar que el sistema dualista de empleo público encuentra explicaciones constitucionales y de política jurídica derivadas no sólo de anomalías, sino también de las exigencias de flexibilidad de las estructuras burocráticas de personal en el marco de un Estado Social de Derecho, que de suyo está obligado a intervenir en ámbitos que no son los propios de las funciones públicas clásicas, como el económico, social, protección social pública en distintos niveles y cultural.

¹⁹ PUERTA SEGUIDO, F.: *La consolidación del empleo público precario*, Valladolid, Lex Nova, 2003, p. 84.

²⁰ STC 85/1983, de 25 de octubre.

²¹ LAZARO, J. L.: “Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio”, en DEL REY GUANTER, S. (Dir.): *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid, La Ley, 2008, p. 667.

²² SÁNCHEZ MORÓN, M.: “Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicios”, en SÁNCHEZ MORÓN, M. (Coord.): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Valladolid, Lex Nova, 2008, pp. 358 y ss.

²³ FERNÁNDEZ RAMOS, S.: “El acceso al empleo público”, en CASTILLO BLANCO, F. A. (Dir.): *Remodelando el empleo público y la organización administrativa para garantizar el estado de bienestar*, Madrid, Iustel, 2017, p. 159.

²⁴ PALOMAR OLMEDA, A.: *Planificación del empleo público e instrumentos de flexibilización y racionalización*, Pamplona, Thomson-Reuters-Lex Nova, 2015, p. 23.

5. UTILIZACIÓN FRAUDULENTO DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL. LA CONTROVERTIDA FIGURA DEL “INDEFINIDO NO FIJO”

Un problema adicional surge porque muchas veces el recurso a la contratación temporal por las Administraciones Públicas es utilizado de forma irregular, sin respetar los presupuestos justificativos, bien como un mero cauce de entrada de personal evitando la utilización de figuras estables, bien por la reiteración de un vínculo temporal destinado a cubrir verdaderas necesidades permanentes. Deviene necesario, pues, determinar los efectos jurídicos de tales irregularidades, tarea que no es fácil de resolver con carácter general, pues cada supuesto obrante viene singularizado por su propia casuística. No obstante, el punto de partida debe encontrarse en aquella doctrina judicial (la relativa a los “trabajadores indefinidos no fijos”) que ha entrado a buscar un punto de equilibrio entre dos sectores del ordenamiento jurídico inspirados en principios distintos: el laboral fundado en el parámetro de la estabilidad en el empleo y el administrativo anclado en la necesaria observancia de los principios de mérito y capacidad que rigen el acceso al empleo público. En efecto, de aplicar el ordenamiento social en toda su extensión, la utilización fraudulenta o irregular significaría la conversión del contrato en indefinido, lo cual parece chocar con las exigencias derivadas de los principios de igualdad, mérito y capacidad, para cuya satisfacción se prevén pruebas selectivas objetivas de acceso; de determinar, por el contrario, la nulidad contractual, quedan a salvo los citados parámetros constitucionales, pero se sanciona la irregularidad en beneficio del empleador infractor.

En estos supuestos patológico (de ilícitos atípicos, como el fraude de ley o abuso de derecho), la solución no puede residir en la estabilización del personal laboral afectado, siendo necesario buscar otras soluciones jurídicas. Sin embargo, la “solución legal” de la figura del indefinido no fijo no ha dado buenos resultados, porque no ha disuadido a las administraciones y empresas del sector público de las prácticas ilícitas de contratación; y, por otra parte, es una figura que ha planteado numerosos problemas porque nunca se la ha dado un estatuto jurídico legal, y ello ha obligado a la jurisprudencia a realizar una jurisprudencia creativa (tanto la del Tribunal Supremo como la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea)²⁵.

5.1. La complejidad de su naturaleza y régimen jurídico “jurisprudencial”

La solución no es sencilla, y así lo muestra una evolución, que tarda en adoptar una posición definitiva, fluctúa, se contradice o corrige, estableciendo, al final, una extraña distinción entre trabajadores fijos (quienes han superado las pruebas de selección) e indefinidos (convertidos en tales precisamente por irregularidades), quedando obligada la Administración a adoptar las medidas precisas para la cobertura definitiva o amortización de la plaza, causas lícitas de extinción del contrato²⁶.

Esta especie de originaria creación jurisprudencial encontró un reconocimiento genérico (no exento de crítica) en el art. 11.1 EBEP/2007, reiterado en el actual TREBEP, a cuyo tenor: en función de la duración del contrato, el personal laboral podrá ser “fijo, indefinido o temporal”. Aun cuando la mención de este referente tuvo por objeto inicial atender a las peculiaridades del profesorado de religión que no es ni temporal ni fijo, y que la propuesta de la jerarquía eclesiástica excluye la aplicación de los procedimientos de selección del art. 61 TREBEP, ciertamente el

²⁵ En este sentido MONEREO PÉREZ, J. L.: “Las reestructuraciones en el sector público y su incidencia en el empleo público laboral”, en CASTILLO BLANCO, F. A. y MONEREO PÉREZ, J. L. (Dirs.) *et al.* *Reestructuración de las Administraciones Públicas: Aspectos administrativos y laborales*, Granada, Comares, 2015, pp. 211 y ss., espec., pp. 244 y ss.

²⁶ ARUFE VARELA, A.: “Los trabajadores indefinidos no fijos al servicio de las Administraciones Públicas: una anomalía jurisprudencial y legal”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 40, 2015, pp. 85 y ss. Un análisis completo sobre esta figura contractual hasta la fecha de su publicación en CAVAS MARTÍNEZ, F.: *Régimen jurídico del trabajador indefinido no fijo en el sector público*, Murcia, Laborum, 2018, espec., cap. III., pp. 81 y ss.

precepto mencionado desborda tal justificación y va a otorgar carta de naturaleza a la figura del contrato indefinido no fijo, si bien no le dota de un régimen jurídico básico delimitador de su estatuto jurídico específico²⁷.

Sin duda, el Derecho Social de la Unión Europea había dejado algún tipo de margen para operar la legalización del cauce de los “indefinidos no fijos”, pues dos sentencias del Tribunal de Justicia vinieron a sentar que “la Directiva 1999/70, de 28 de junio, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP, sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, no se opone a una normativa nacional que, en caso de abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada por un empleador del sector público, excluye la transformación de éstos en contratos o relaciones laborales por tiempo indefinido, siempre que exista otra medida efectiva para evitar y sancionar, en su caso, el uso abusivo”²⁸.

A tenor de esta interpretación, las irregularidades y fraudes en la contratación laboral temporal en el sector público podrán determinar la declaración judicial de indefinición, pero no la declaración judicial de fijeza. El contrato pasa a ser indefinido, pero esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de estabilidad en la plantilla porque ello no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas. Y es que los conocidos condicionantes de mérito y capacidad impiden que la integración del personal laboral afectado por un reclutamiento irregular en el sector administrativo se produzca con carácter permanente, debiendo hacerlo en calidad -permítase la reiteración- de “indefinido no fijo”, *tertium genus* considerado constitucional por el máximo intérprete de la Norma Fundamental²⁹, que intenta cohonestar el postulado de mantenimiento en el empleo con el debido respeto a los parámetros que rigen el acceso al empleo público, a través de un contrato de naturaleza temporal, sujeto a una duración determinada -hasta la cobertura reglamentaria de la vacante o amortización del puesto-, de manera que se conoce la causa de terminación del vínculo, aunque no el momento en que tal circunstancia ocurrirá.

Se trata de empleados laborales que vagan entre la fijeza y la temporalidad, cuyo problema capital es la carencia de apoyo legislativo laboral³⁰, que únicamente ha encontrado relleno en las dos últimas décadas a través de variados pronunciamientos judiciales, que han ayudado a suplir las carencias legislativas, siempre bajo el prisma de evitar diferencias con los trabajadores fijos. La complicación de gestionar una figura de creación jurisprudencial con una base normativa tan escueta ha puesto de manifiesto sus limitaciones, generando durante años situaciones de insuficiente protección jurídica que los tribunales, nacionales y comunitario, han tenido que ir corrigiendo³¹. El resultado final de todo el proceso ha sido una clara evolución en el diseño de esta modalidad, con algunos de sus elementos fundamentales ya consolidados y otros no tanto, y un marcado carácter anfibológico: temporal para algunas cosas e indefinido para otras.

Cabe dar cuenta así de un largo rastro de sentencias sobre sus prerrogativas y obligaciones e incluso un solitario pronunciamiento del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007 que les atribuye el derecho a la funcionarización³². Se ha reconocido la equiparación retributiva³³, el

²⁷ CAVAS MARTÍNEZ, F.: *Régimen jurídico del trabajador indefinido no fijo en el sector público*, Murcia, Laborum, 2018, p. 135.

²⁸ SSTJCE de 4 de julio de 2006, asunto *Adelener y otros* y de 7 de septiembre de 2006, asunto *Marrosu y Sardino*.

²⁹ ATC 122/2009, de 28 de abril.

³⁰ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Aspectos laborales de la interconexión entre Administraciones Públicas y entes instrumentales: irregularidades en la contratación y legislación de emergencia”, *Revista de Derecho Social*, n.º 67, 2014.

³¹ SUÁREZ CORUJO, B.: “El fraude en el trabajo de duración determinada en las Administraciones Públicas españolas, según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 61, 2017, p. 9.

³² Rec. 4172/2005.

³³ SSTs, Social, 9 diciembre 2009 (rec. 339/09) y 17 marzo 2015 (rec. 381/2014).

derecho al complemento de antigüedad³⁴, el derecho a la movilidad geográfica o concurso de traslado³⁵, así como al desarrollo profesional, promoción³⁶ y reclasificación³⁷, debiendo hacerse extensivo a la posible participación en un plan de evaluación docente acompañado del incentivo económico derivado de un resultado positivo que ha sido reconocido para los interinos³⁸.

5.2. Peculiaridades derivadas de la extinción del vínculo

El vacío regulativo de este tipo de trabajador indefinido no fijo plantea importantes interrogantes en relación con la extinción contractual, surgiendo una ardua controversia en la doctrina científica y judicial sobre la vía válida para su materialización y las posibles consecuencias indemnizatorias. La resolución anticipada del vínculo como indefinido no fijo por amortización de la plaza ha ofrecido una disparidad interpretativa en sede judicial derivada de una polarización entre exigir la utilización de los artículos 51 y 52 c) TRET (despido colectivo y despido “objetivo”) con el abono de la pertinente indemnización (20 días de salario por año de servicio)³⁹ o considerar que dicha exigencia es innecesaria al ser de aplicación el art. 49.1 b) TRET⁴⁰, entendiéndose en este último supuesto que se materializa una “causa de extinción consignada válidamente en el contrato”.

El Tribunal Supremo se pronunció, en un primer momento, sobre esta cuestión litigiosa considerando que la amortización de un puesto ocupado por un trabajador laboral indefinido no fijo de plantilla encuentra como causa la consignada en el contrato al amparo del art. 49.1 b) TRET, sin derecho por tanto a indemnización. Entendía el Alto Tribunal que este tipo de vínculo es una medida que sanciona el uso abusivo por parte de la Administración del reclutamiento temporal al poner fin a la sucesión contractual mediante la consolidación estable de una situación que terminará con la amortización o con la cobertura de la vacante por el procedimiento reglamentario, máxime cuando el trabajador que se encuentra en esta situación no queda indefenso, porque frente a la no convocatoria de la plaza, tiene acción para pedirla, y frente a las decisiones de amortización, tiene la posibilidad de impugnarlas⁴¹.

Sin embargo, posteriormente, el Tribunal Supremo ha matizado este criterio a la luz de la conocida como reforma laboral de 2012. No cabe olvidar que al establecer la regla de prioridad en el puesto a favor del personal laboral fijo en los supuestos de despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, la Ley 3/2012 evidencia, implícitamente, que para el legislador el indefinido no fijo precede al fijo en el orden de los despidos colectivos. Dicho en otros términos, parece que la disposición adicional 20ª TRET (después disposición adicional 16ª) actualmente derogada venía a sujetar la amortización de una plaza ocupada por un empleado público laboral indefinido no fijo de plantilla a las formalidades, requisitos e indemnización previstas para la extinción contractual por causas económicas, técnicas y organizativas⁴². Como ha señalado el Tribunal Supremo, tras la citada reforma de 2012, la prioridad de permanencia del personal laboral fijo frente al indefinido no fijo viene justificada por el disímil origen en el acceso al puesto de trabajo, “que, si bien no puede motivar diferencias de trato mientras la relación de trabajo subsiste, es evidente su trascendencia y justificación a la hora de extinguir el vínculo”⁴³.

³⁴ SSTS, Social, 4 mayo 2009 (rec. 1631/2008), 8 julio 2009 (rec. 2632/2008) y 20 septiembre 2016 (n.º 756/2016).

³⁵ STS, Social, 21 julio 2016 (rec. 134/2015). También, SAN, Social, 2 enero 2015 (proc. 276/2014).

³⁶ STS, Social, 2 abril 2018 (rec. 27/2017).

³⁷ SSTSJ. Social, Andalucía/Sevilla 22 junio 2016 (rec. 5/2016) y Andalucía/Sevilla 18 julio 2018 (rec. 5/2018). También, SSTS, Social, 21 julio 2016 (rec. 134/2015) y 2 abril 2018 (rec. 27/2017).

³⁸ ATJUE de 21 de septiembre de 2016, asunto C-631/15.

³⁹ STS, Social, 8 julio 2012 (rec. 2341/2011).

⁴⁰ STS, Social, 14 marzo 2002 (rec. 3191/2001).

⁴¹ STS, Social, 22 julio 2013 (rec. 1380/2012).

⁴² MOLINA NAVARRETE, C.: *Indemnización por cese en el empleo público: crónicas y críticas de su actualidad judicial*, Albacete, Bomarzo, 2017, p. 90.

⁴³ STS, Social, 23 noviembre 2016 (rec. 91/2016).

Se respeta, así, la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que, como ya consta, aun cuando expresamente admite la posibilidad de establecer exclusiones a la transformación automática en fijos de aquellos trabajadores contratados irregularmente por las Administraciones Públicas, no en vano la Directiva 1999/70 deja cierto margen de actuación a los diferentes Estados miembros a fin de transponer sus objetivos⁴⁴, la verdad es que acto seguido exige la adopción de medidas efectivas para prevenir y sancionar semejantes irregularidades⁴⁵. Así, al albur de la interpretación realizada por el órgano judicial supranacional, el ordenamiento español quedaba forzado a establecer algún tipo de indemnización en los supuestos de extinción del contrato indefinido no fijo consecuencia de la amortización de la vacante hasta ese momento ocupada de manera irregular, reparación tasada por ley que impediría reclamar en la vía contenciosa contra la Administración por su funcionamiento anormal⁴⁶.

Ahora bien, pese a esta lógica argumentación, el Tribunal Supremo adoptó al principio una solución intermedia, reconociendo en los supuestos de amortización de la plaza ocupada por los trabajadores indefinidos no fijos el derecho a la indemnización por finalización de contrato temporal establecida en el art. 49.1 c) TRET (12 días de salario por año de servicio), para después admitir la interpretación más correcta, exigiendo la aplicación de los artículos 51 y 52 c) TRET y el pago de las cantidades correspondientes (20 días de salario por año de servicio con el máximo de 12 mensualidades)⁴⁷. La extinción de los contratos por amortización de las plazas supondrá, pues, el despido por causas económicas u organizativas.

En cambio, el Tribunal Supremo siguió entendiendo que si la terminación del vínculo indefinido no fijo no se produce por amortización de la plaza sino que “se lleva a cabo a causa de la cobertura reglamentaria de la vacante que ocupaba, pasando a desempeñar esa actividad en el puesto otra persona que ha superado el oportuno concurso, sujeto éste a los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad..., nada tiene que ver con un despido, sino con un cese acaecido como consecuencia de la producción de la causa consignada válidamente en el contrato, de conformidad con lo previsto en el art. 49.1 b) TRET”, si bien reconociendo, en atención a su peculiar condición, el derecho a la indemnización prevista para la terminación de los contratos temporales en el art. 49.1 c) TRET (12 días de salario por año de servicio), al considerar que el nexa está sometido a término⁴⁸.

En la aplicación de ese montante compensatorio a los trabajadores indefinidos no fijos no dejó la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de vincular su decisión a la Directiva 1999/70, así como a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que, con la perspectiva de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco (y no con la del principio de no discriminación de su cláusula 4, apartado 1), consideran que “constituye una medida suficientemente efectiva para sancionar los abusos”⁴⁹.

Por tanto -y al calor de esta evolución-, el Tribunal Supremo había sentado una doctrina consolidada en la que reconocía el derecho a indemnización para la extinción de la vinculación de los indefinidos no fijos, distinguiendo en cuanto a su cuantía según la causa por la que se producía ésta: si por amortización del puesto de trabajo (cuantía equiparada a despido objetivo procedente -20 días-) o si por cobertura reglamentaria del puesto de trabajo (como terminación de contrato temporal -12 días-). Ahora bien, incidencia clara ha tenido el conocido pronunciamiento del

⁴⁴ STJCE 212/04, de 4 de julio de 2006, asunto *Adelener y otros*.

⁴⁵ STJCE 53/04, de 7 de septiembre de 2006, asunto *Marrosu y Sardino*.

⁴⁶ VALLECILLO GÁMEZ, M. R.: “El personal ‘indefinido no fijo’ y el principio comunitario de igualdad y no discriminación: entre tradición y renovación”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, n.º 404, 2016, p. 32.

⁴⁷ SSTS, Social, 18 junio 2014 (rec. 3081/2014), 24 junio 2014 (rec. 217/2013), 14 julio 2014 (rec. 2057/2013), 19 febrero 2015 (n.º 703/2015) y 19 junio 2015 (n.º 4549/2015).

⁴⁸ SSTS, Social, 31 marzo 2015 (rec. 2156/2014), 21 julio 2015 (rec. 2672/2014), 6 octubre 2015 (rec. 2592/2014), 4 febrero 2016 (rec. 2638/2014), 7 noviembre 2016 (rec. 755/2015) y 20 noviembre 2016 (n.º 1076/2016).

⁴⁹ ATJUE 11 diciembre 2014, asunto C-86/14, *Medialdea*.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de septiembre de 2016, en el asunto *De Diego Porras* (C-596/14), que, al analizar la normativa española interna, constata su oposición a la Directiva 1999/70, pues deniega cualquier cuantía por finalización de contrato al trabajador interino por reincorporación del sustituido, mientras permite la concesión de indemnización a los trabajadores fijos comparables, de modo que “el mero hecho de haber prestado servicios en virtud de un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva que permita justificar la negativa a que dicho trabajador tenga derecho a la mencionada indemnización” bajo la justificación de no encarecer costes [art. 49.1 c) TRET]. Por ende, es contrario al ordenamiento de la Unión Europea denegar cualquier indemnización a los interinos, llegando a identificar las causas previstas en el art. 49.1 c) TRET con las del art. 52 TRET, de manera tal que aquéllas se podrían o deberían incluir en el listado de este último precepto.

Atendiendo a este pronunciamiento de la Corte Comunitaria, en ambos casos, tanto cuando la extinción se produce por amortización como por cobertura de la plaza, la indemnización debería ser de 20 días, tal y como se reconoció en algún pronunciamiento judicial de suplicación⁵⁰, aun cuando el Tribunal Supremo tardó en reaccionar, pues en una Sentencia de 7 de noviembre de 2016⁵¹ elude el tratamiento de esta cuestión por razones procesales al entender que la condición de demandante la asume en el supuesto enjuiciado el empresario⁵².

Con posterioridad, aunque sin hacer mención a la doctrina del Tribunal Comunitario, el criterio cuantitativo de 20 días de salario por año de servicio ha sido admitido por el Alto Tribunal a partir de su sentencia de 28 de marzo de 2017⁵³ para un supuesto de extinción de un contrato indefinido no fijo por cobertura reglamentaria de la vacante al considerar, como novedad, que “parece necesario reforzar la cuantía de la indemnización y reconocer una superior a la establecida para la terminación de los contratos temporales”, de modo que la extinción “podría ser asimilable a las que el legislador considera como circunstancias objetivas que permitan la terminación indemnizada del contrato con 20 días de salario por año de servicio”, aunque reconoce que la situación no “encaja exactamente en alguno de los supuestos de extinción contractual que el art. 52 TRET contempla”, pero puede asimilarse⁵⁴.

Como puede comprobarse, este colectivo en poco más de tres años ha pasado de no percibir indemnización alguna ante esta causa de extinción, a recibir, por analogía con la finalización de un contrato temporal, primero 12 días de salario por año de servicio, y ahora 20 días de salario por año trabajado⁵⁵, sin olvidar que si el despido fuera declarado improcedente la indemnización de los trabajadores indefinidos no fijos daría derecho al percibo de la indemnización de 33 días de salario por año de servicio con un máximo de 24 mensualidades si no se optara por la readmisión, tal y como ha reconocido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de 25 de julio de 2018, en el asunto *Verzana Ayovi* (C-96/17), que considera acorde con el Derecho Comunitario lo previsto en el art. 96.2 TREBEP.

En fin, pese a la claridad de la nueva doctrina, surgen nuevos interrogantes a la luz del pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 5 de junio de 2018, en los asuntos *Montero Mateos* (C-677/16) y *Grupo Norte Facility* (C-574/16), pues ha novado el criterio al entender justificada la diferencia sobre la existencia y cuantía de la indemnización según que la modalidad contractual sea de duración determinada o indefinida. Acoge como postulado para llegar

⁵⁰ SSTSJ, Social, Galicia 26 octubre 2016 (rec. 2059/2016) y Asturias 8 noviembre 2016 (rec. 2142/2016).

⁵¹ Rec. 755/2015.

⁵² SELMA PENALVA, A.: “Indefinido no fijo. Últimos pronunciamientos a la luz del caso *Diego Porras*”, *Información Laboral*, n.º 7, 2017, p. 3.

⁵³ Rec. 1664/2015.

⁵⁴ RODRÍGUEZ ESCACIANO, S.: “La jurisprudencia reciente sobre el trabajador indefinido no fijo de plantilla”, *Trabajo y Derecho*, n.º 47, 2018, pp. 88 y ss.

⁵⁵ ROJO TORRECILLA, E.: “La extinción del contrato de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *XXVII Jornadas catalanas de Derecho Social*, Barcelona 16 y 17 de febrero de 2017, p. 50.

a esta conclusión el factor de “previsibilidad” o “certeza” en cuanto a la finalización de cualquier contrato temporal, circunstancia que no concurre en los contratos de duración indefinida, en los que la extinción debe producirse por una causa no prevista al iniciarse la prestación laboral y que puede ser tanto de índole objetiva como disciplinaria. De esta previsibilidad o no de la causa extintiva deriva, además, otra consecuencia: en el supuesto de extinción por causas objetivas, la indemnización legalmente prevista está pensada sobre todo para compensar las expectativas frustradas del trabajador sobre la continuidad de su relación laboral, la cual, en realidad, debía perdurar. En cambio, tales expectativas frustradas no existen cuando un contrato de trabajo de duración determinada simplemente finaliza por expiración del tiempo convenido, por haberse realizado la obra o el servicio pactado o por haberse producido el hecho o acontecimiento acordado. Se reconoce, por tanto, la acomodación del régimen extintivo de los contratos temporales previsto en el Estatuto de los Trabajadores a la normativa comunitaria.

En esta misma línea, se vuelve a pronunciar el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sentencia de 21 de noviembre de 2018, en el asunto *Diego Porras II (C-619/17)*⁵⁶, que resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo en el marco del recurso de casación interpuesto a nivel nacional por el Ministerio de Defensa en el caso del mismo nombre y que, en síntesis, viene a añadir que la necesidad de abonar una indemnización por finalización de un contrato temporal no constituye por sí sola una medida suficiente para evitar el abuso en la contratación a término, reconociendo que la previsión de una indemnización para los interinos puede ser una buena medida contra el abuso, pero aclarando que puede no exigirse la misma si existe otra medida alternativa, cuestiones a valorar por los órganos judiciales internos.

Pese a estas idas y venidas, en el momento presente, es doctrina unificada del Tribunal Supremo que la extinción del vínculo de un indefinido no fijo conlleva una indemnización de 20 días tanto si se trata de una amortización como si se trata de cobertura de vacante por un tercero⁵⁷.

Sea como fuere, a resultas del TREBEP, en la Administración existirán los siguientes tipos de vínculos laborales: 1) trabajador fijo, incorporado a través de acceso libre o promoción interna (respetando los requisitos de mérito, capacidad, igualdad y publicidad); 2) trabajador temporal en los casos habilitados al efecto; y 3) trabajador indefinido no fijo sobrevenido por alguna de las circunstancias siguientes, bien por irregularidades en la contratación, bien por concertación de contratos administrativos de servicios en fraude de ley con personas físicas o sociedades unipersonales [art. 308.2 Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (LCSP)], por concatenación

⁵⁶ MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G.: “Cumplimiento de la prohibición de discriminación (cláusula 4 del acuerdo marco) pero dudas sobre las medidas destinadas a evitar la utilización abusiva de la contratación temporal (cláusula 5) la doctrina de diego porras II”, *La ley unión europea*, n.º 66, 2019. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea rectificó la doctrina de diego porras con dos recientes sentencias: Caso Montero Mateos y Caso Grupo Norte Facility. Sin embargo, se dicta después la sentencia De Diego Porras II que confirma el criterio del Caso Montero Mateos y Caso Grupo Norte Facility, pero que cuestiona las medidas destinadas a evitar la utilización abusiva de la contratación temporal, pudiendo tener, como consecuencia, el reconocimiento de una indemnización de doce días de salario por año de servicio para los trabajadores interinos.

Asimismo, MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G.: “Interinidad e indemnización extintiva como problema: finalización de la relación laboral del interino por reincorporación del trabajador al que sustituye e inexistencia de indemnización STS-SOC n.º 207/2019, de 13 de marzo”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n.º 4, 2019.

https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-L-2019-00000000445. Después del caos existente desde que se plasmara la interpretación jurisprudencial del TJUE en la sentencia del asunto De Diego Porras, junto a los otros dos fallos que le complementaron, sentencias Martínez Andrés y Pérez López, la doctrina del Tribunal Supremo confirma que no existe discriminación por la diferencia indemnizatoria entre un trabajador fijo -20 días de salario-, un trabajador interino -nada de indemnización- o un trabajador temporal por obra, servicio o eventual -12 días de salario.

⁵⁷ SSTS, Social, 30 de junio de 2021 (rec. 3932/2019), 29 junio 2021 (rec. 3061/2019), 30 julio 2021 (rec. 362/2019), 6 julio 2021 (rec. 2223/2018 y 157/2020) u 8 marzo 2022 (rec. 4210/2018).

de contratos temporales regulares⁵⁸, por cesión ilegal⁵⁹, por tratarse de interinos por vacante que han superado el plazo previsto en el art. 70.1 TREBEP, en virtud del cual “en todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años”⁶⁰. Además, siguiendo en esta línea de “expansión aplicativa”⁶¹, esta figura del indefinido no fijo se extiende no sólo al ámbito estricto de las Administraciones de base territorial sino a todas las entidades públicas sometidas a derecho privado pero en las que el acceso se rige precisamente por los criterios de capacidad, igualdad, mérito y publicidad, conforme a lo establecido en la disposición adicional 1ª TREBEP⁶².

Todo ello sin olvidar que recientemente el Tribunal Supremo establece una matización importante a la doctrina jurisprudencial general del indefinido no fijo por irregularidades en el reclutamiento, de manera que cuando una persona superó pruebas de acceso cumpliendo los principios de igualdad, mérito y capacidad pero no obtuvo plaza, hay que distinguir si la convocatoria se refería a plazas temporales, en cuyo caso la irregularidad deviene en indefinido no fijo, o se refería a plazas estables, en cuyo caso la irregularidad convierte el vínculo en fijo porque ya acreditó mérito y capacidad⁶³.

6. LAS CLAVES DE LAS REFORMAS DE 2021 Y SU INCIDENCIA EN EL EMPLEO PÚBLICO LABORAL

Las Administraciones Públicas y entes del sector público han contribuido a la expansión del empleo temporal y la normalización de la precariedad laboral. Y cabe decir que la figura del indefinido no fijo no ha evitado sino propiciado e impulsado, ha tratado de evitarse a través de dos normas capitales promulgadas bajo el impulso del diálogo social: por una parte, el Decreto Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo; y, por otra, la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público⁶⁴.

La combinación de ambas reformas pretende conseguir dos objetivos fundamentales, a saber:

6.1. Estabilización de efectivos

La Ley 20/2021 pretende garantizar varios extremos:

a) En primer lugar, que el acceso al empleo público en régimen laboral cumpla sin fisuras las exigencias legales. A tal efecto, de un lado, el nuevo art. 11.3 TREBEP, reiterando los términos de

⁵⁸ SSTs, Social, 3 diciembre 2013 (rec. 816/13) y 22 julio 2015 (rec. 1380/12).

⁵⁹ SSTs, Social, 11 noviembre 2003 (rec. 3898/2002), 28 abril 2009 (rec. 66/2008), 23 noviembre 2016 (rec. 91/16) y 21 febrero 2017 (rec. 2720/15). MONEREO PÉREZ, J. L.; MORENO VIDA, M. N. y LÓPEZ INSUA, B. M.: “Cesión ilegal de trabajadores en las Administraciones Públicas”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 218, 2019, pp. 29 y ss. Con carácter más reciente, STS, Social, 18 mayo 2021 (rec. 646/2019).

⁶⁰ Siguiendo la pauta marcada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea [STJUE de 3 de junio de 2021 (asunto C-726/19)], SSTs, Social, 14 octubre 2014 (rec. 711/2013). Con carácter más reciente, STS 28 junio 2021 (rec. 3263/2019).

⁶¹ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Aspectos laborales de la interconexión entre Administraciones Públicas y entes instrumentales: irregularidades en la contratación y legislación de emergencia”, *Revista de Derecho Social*, n.º 67, 2014, pp. 13 y ss.

⁶² Pudiendo mencionar, entre otros, Radio Televisión Española (SSTs, Social, 19 enero 2009 y 3 abril 2009), Televisión de Galicia (STSJ, Social, Galicia 28 noviembre 2008), Euskal Telebista (STSJ, Social, País Vasco 2 diciembre 2014), Correos y Telégrafos (SSTs, Social, 24 mayo 2006, 7 junio 2006, 12 julio 2006 y 4 octubre 2006), Instituto Balear de la Naturaleza (IBANAT) (STS, Social, 2 julio 2020) o AENA (SSTs, Social, 18 junio 2020 o 1 diciembre 2021).

⁶³ STS, Social, 25 noviembre 2021 (rec. 2337/2020).

⁶⁴ Para un estudio completo, consúltese MONEREO PÉREZ, J. L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dir.) et al.: *La reforma laboral de 2021: Estudio técnico de su régimen jurídico*, ORTIZ CASTILLO, F. (Coord.), Murcia, Laborum, 2022.

los arts. 55 y ss., deja claro, intentando terminar con una realidad hartamente conocida, que “los procedimientos de selección del personal laboral serán públicos, rigiéndose en todo caso por los principios de igualdad, mérito y capacidad. En el caso del personal laboral temporal se regirá igualmente por el principio de celeridad, teniendo por finalidad atender razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia”. De otro, la nueva disposición adicional 17ª TREBEP añade que “las actuaciones irregulares en la presente materia darán lugar a la exigencia de las responsabilidades (personales y patrimoniales) que procedan de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas” (apartado 2º). Además, todo acto, pacto, acuerdo o disposición reglamentaria, así como las medidas que se adopten en su cumplimiento o desarrollo, cuyo contenido directa o indirectamente suponga el incumplimiento por parte de la Administración de los plazos máximos de permanencia como personal temporal será nulo de pleno derecho (apartado 3º).

b) En segundo término, con el fin de alcanzar una tasa de temporalidad que no sobrepase el 8 por 100, el art. 2 Ley 20/2021 establece la ampliación de los procesos de estabilización de empleo temporal a una tercera fase. Así, adicionalmente a los procesos que regularon los artículos 19.Uno.6 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017 y 19.Uno.9 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, se autoriza una tasa adicional para la estabilización de empleo temporal que incluirá las plazas de naturaleza estructural que, estén o no dentro de las relaciones de puestos de trabajo, plantillas u otra forma de organización de recursos humanos que estén contempladas en las distintas Administraciones Públicas, y estando dotadas presupuestariamente, hayan estado ocupadas de forma temporal e ininterrumpidamente al menos en los tres años anteriores a 31 de diciembre de 2020.

Los procesos garantizarán el cumplimiento de los principios de libre concurrencia (sin posibilidad de convocatorias restringidas), igualdad, mérito, capacidad y publicidad, pudiendo articularse medidas que posibiliten una coordinación entre las diferentes Administraciones en el desarrollo de los mismos. Sin perjuicio de lo establecido en su caso en la normativa propia de función pública de cada Administración o la normativa específica, el sistema de selección será el de concurso-oposición, con una valoración en la fase de concurso de un cuarenta por ciento de la puntuación total, en la que se tendrá en cuenta mayoritariamente la experiencia en el cuerpo, escala, categoría o equivalente de que se trate, pudiendo no ser eliminatorios los ejercicios en fase de oposición, en el marco de la negociación colectiva establecida en el artículo 37.1 c) TREBEP.

Se respetan, por tanto, en términos generales, las exigencias del art. 61.3 TREBEP, que es muy claro al respecto al establecer que los procesos selectivos que, incluyan, además de las preceptivas pruebas de capacidad, la valoración de méritos de los aspirantes, sólo podrán otorgar a dicha valoración una puntuación proporcionada que no determinará, en ningún caso, por sí misma el resultado del proceso selectivo. En palabras del propio Tribunal Constitucional, “la finalidad de consolidar el empleo público temporal no puede considerarse a priori constitucionalmente ilegítima... (en el bien entendido sentido de que) no plantea problemas de igualdad la consideración como mérito de los servicios prestados, sino la relevancia cuantitativa que las bases de la convocatoria hayan dado a ese mérito concreto y, en particular, el que sea el único tenido en cuenta en la fase de concurso”⁶⁵. Las pautas a respetar son, pues, las dos siguientes: diseñar un baremo de méritos relacionado con la función a desempeñar y no establecer tales los servicios previos como condición excluyente sino de modo proporcional.

No obstante, excepcionalmente, y por una sola vez, se admite recurrir al sistema de concurso para aquellas plazas que hubieran estado ocupadas con carácter temporal de forma ininterrumpida con anterioridad a 1 de enero de 2016, es decir, más de cinco años.

⁶⁵ STC 707/2003, de 2 de junio.

En fin, se prevé igualmente una compensación económica para el personal laboral temporal (o personal funcionario interino) que, estando en activo como tal, viera finalizada su relación con la Administración por la no superación del proceso selectivo de estabilización, que será equivalente a veinte días de retribuciones fijas por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de doce mensualidades. La no participación del candidato o candidata en el proceso selectivo de estabilización no dará derecho a compensación económica en ningún caso, debiendo entender, no obstante, que se mantiene el derecho a la indemnización si se trata de la extinción del contrato de un trabajador indefinido no fijo aunque no participe en el proceso de selección. Ello sin olvidar, a la postre, que según el art. 20.Uno.6 de la Ley de Presupuestos Generales para 2022, no computarán dentro del límite máximo de plazas derivado de la tasa de reposición de efectivos las “plazas correspondientes al personal declarado no fijo por sentencia judicial”.

c) En tercer lugar, la disposición adicional 4ª Decreto Ley 32/2021, recientemente modificada, establece dos previsiones en cuanto a la posibilidad de celebrar en el sector público contratos laborales fijos y fijos-discontinuos, dando sobradas muestras de la pervivencia de la preocupación por el control del déficit público⁶⁶:

1.- Solo se podrán celebrar “cuando resulten esenciales para el cumplimiento de los fines que las administraciones públicas y las entidades que conforman el sector público institucional tenga encomendados, previa expresa acreditación”.

2.- “Sin perjuicio de la tasa de reposición establecida en la Ley de presupuestos generales del Estado vigente para cada ejercicio, si para la cobertura de estas plazas se precisara de una tasa de reposición específica, será necesaria la autorización del Ministerio de Hacienda y Función Pública”.

Todo ello sin olvidar que el art. 1.4 Ley 43/2006, de 29 de diciembre, excluye expresamente de su ámbito de aplicación a las Administraciones Públicas, de manera que no pueden beneficiarse de las bonificaciones asociadas a los programas de fomento del empleo.

6.2. Limitaciones en las posibilidades de reclutamiento temporal

Según el art. 11 TREBEP, “es personal laboral el que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas”. Hay, pues, una remisión a las vías de contratación previstas en la legislación laboral, de manera que la Administración podrá recurrir a cualquiera de las reconocidas en la actualidad en el ET: contrato indefinido, fijo-discontinuo, contratos formativos, contrato eventual y contrato de interinidad por vacante y por sustitución. Dentro de este elenco y teniendo en cuenta que tradicionalmente las Administraciones Públicas han hecho uso de tres canales de reclutamiento (obra o servicio, interinidad y eventual), cabe hacer las siguientes consideraciones:

a). Se elimina el reclutamiento por obra o servicio, mayoritario hasta el momento en este ámbito público, acompañado en muchas ocasiones de un uso fraudulento. No obstante, esta categórica prohibición, se diseñan varias vías de escape, a saber:

En primer lugar, la disposición adicional 5ª Decreto Ley 32/2021 permite celebrar contratos temporales “asociados a la estricta ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y solo por el tiempo necesario para la ejecución de los citados proyectos”, así como también “para la ejecución de programas de carácter temporal cuya financiación provenga de fondos de la Unión Europea”. En todo caso, se han de respetar los “principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad”. A la luz de estos caminos subrepticios, “de una manera un tanto imprecisa y poco ortodoxa”, la norma laboral reenvía al régimen jurídico aplicable al nombramiento de

⁶⁶ RAMOS MORAGUES, F.: “Incidencia de la reforma laboral en el empleo público”, *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 3, n.º extra, 2021, p. 144.

funcionarios interinos para la ejecución de programas de carácter temporal previsto en el art. 10.1.c) TREBP), en la redacción dada por la Ley 20/2021 (régimen que, a su vez, viene a ser una transposición al ámbito de la función pública de los antiguos de los derogados contratos para obra o servicio determinados⁶⁷.

Cabe citar, como ejemplo, el Real Decreto 1101/2021, de 10 de diciembre, cuyo objeto de regular la concesión directa de subvenciones a las entidades del Tercer Sector para la realización de proyectos piloto de innovación e investigación que contribuyan al desarrollo de políticas públicas sobre la modernización y mejora de los servicios sociales y de los modelos de cuidado y apoyo a personas mayores, a la atención a la infancia y a personas sin hogar.

En segundo término, la disposición derogatoria única del Decreto Ley 32/2021 elimina la anterior disposición adicional 15ª en sus apartados 1 y 2 ET, que determinaba la duración máxima del contrato por obra en las Administraciones Públicas y las especialidades derivadas de la Ley de Universidades y la Ley de la Ciencia. La derogación se entiende congruente, pues ya no se permite recurrir al contrato por obra y servicio, pero las especialidades de la actividad desarrollada en estos sectores han aconsejado dos consideraciones: por un lado, entender, como no podía ser de otra manera, que en el caso de los contratos temporales de profesor universitario (ayudante doctor, contratado doctor, visitante, emérito) no se produce la conversión en indefinidos por el transcurso del tiempo al contar con una regulación ad hoc; por otro, publicar el Real Decreto Ley 8/2022, de 5 de abril, de medidas urgentes en el ámbito de la contratación laboral del sistema español de ciencia, tecnología e innovación, que introduce una previsión principal relativa a un nuevo contrato indefinido de actividades científico-técnicas, a celebrar con personal con título de Licenciado, Ingeniero, Arquitecto, Diplomado, Arquitecto Técnico, Ingeniero Técnico, Grado, Máster Universitario, Técnico/a Superior o Técnico/a, o con personal investigador con título de Doctor o Doctora, que no va a formar parte de la Oferta de Empleo Público y se articulará a través de convocatorias públicas en las que se garanticen los principios de igualdad, mérito, capacidad, publicidad y concurrencia.

En tercer lugar, se autoriza a las Administraciones Públicas y a las entidades sin ánimo de lucro a realizar contratos para la mejora de la ocupabilidad o empleabilidad y la inserción laboral en el marco de los programas de activación para el empleo previstos en el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo, con una duración máxima de 12 meses (disposición adicional 9ª Real Decreto Ley 32/2021).

En cuarto lugar, cabe dar cuenta también de la Orden TES/1152/2021, de 24 de octubre, que regula, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, un contrato temporal específico para las Administraciones Públicas, denominado “Programa de primera experiencia profesional en las Administraciones Públicas”, que tiene por objetivo desarrollar un plan de primeras experiencias profesionales en el seno de los servicios prestados por las administraciones públicas. De este programa se beneficiarán personas jóvenes desempleadas mayores de 16 y menores de 30 años, cuya etapa formativa se haya completado y acreditado en lo que a conocimientos se refiere. El objetivo del programa es facilitar mediante un contrato de trabajo, la adquisición de competencias “soft”, así como de habilidades sociales y profesionales -empatía, creatividad, dotes de liderazgo, capacidad de adaptación, entre otras-, relacionadas con la actitud de la persona trabajadora. A través del programa de primera experiencia, se cubrirán preferentemente puestos en tareas relacionadas con la transición ecológica y la economía verde, la digitalización de servicios, la cohesión social -la atención de la dependencia e intervención con colectivos vulnerables, la rehabilitación de entornos y vivienda-, así como el desarrollo local rural”.

⁶⁷ ROQUETA BUJ, R.: *La reforma de la contratación temporal en las Administraciones Públicas*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2022, p. 25.

Como no podía ser de otra manera, se mantiene el apartado 3 de la disposición adicional 15ª del ET, que se refiere al encadenamiento contractual en sus nuevos términos, de aplicación también en las Administraciones Públicas: “las personas trabajadoras que en un periodo de veinticuatro meses hubieran estado contratadas durante un plazo superior a dieciocho meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos por circunstancias de la producción, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, adquirirán la condición de personas trabajadoras fijas. Esta previsión también será de aplicación cuando se produzcan supuestos de sucesión o subrogación empresarial conforme a lo dispuesto legal o convencionalmente. Asimismo, adquirirá la condición de fija la persona que ocupe un puesto de trabajo que haya estado ocupado con o sin solución de continuidad, durante más de dieciocho meses en un periodo de veinticuatro meses mediante contratos por circunstancias de la producción, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados por empresas de trabajo temporal”. En cualquier caso, solo se tendrán en cuenta los contratos celebrados en el ámbito de cada una de las Administraciones Públicas sin que formen parte de ellas, a estos efectos, los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de las mismas.

b). Se sigue permitiendo recurrir a la modalidad contractual de interinidad con una finalidad triple a la luz del nuevo art. 15.3 ET:

1ª) Sustituir a quien “disfruta de derecho a reserva de puesto de trabajo”, pues si no existiera derecho a la reincorporación del trabajador, no habría necesidad temporal que cubrir. 2ª) Completar una reducción de jornada, prevista legal o convencionalmente. 3ª) Cubrir una vacante de carácter “fijo” mientras dura el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva, estableciéndose una duración máxima del contrato, cifrada en tres años, de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad y en los términos establecidos en la Ley 20/2021” (disposición adicional 4ª Real Decreto Ley 32/2021). Ahora la disposición adicional 17ª TREBEP determina que si se superara dicho plazo de tres años, el personal laboral interino por vacante tendrá derecho a una compensación económica, lo cual no supone novedad alguna respecto de la indemnización reconocida al personal indefinido no fijo: “veinte días de su salario fijo por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades..., si bien no habrá derecho a la compensación descrita en caso de que la finalización de la relación de servicio sea por despido disciplinario declarado procedente o por renuncia voluntaria”. Tal coincidencia ha llevado a afirmar que, en realidad, lo que se pretende es reducir la litigiosidad al atribuir *ex lege*, esto es, sin necesidad, de acudir a los tribunales, la misma compensación patrimonial⁶⁸, olvidando lo dispuesto en la disposición adicional 43ª de la Ley de Presupuestos para 2018, en virtud de la cual los órganos competentes en materia de personal en cada una de las Administraciones Públicas y en las entidades que conforman el sector público instrumental “no podrán atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal, ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato Administrativo con la Administración respectiva, salvo cuando se derive de una resolución judicial”⁶⁹.

c) Es posible recurrir al contrato por circunstancias de la producción para atender un doble entramado de situaciones (art. 15.2 ET): 1) Circunstancias ocasionales e imprevisibles (esto es, no estacionales o de temporada), en cuyo caso la duración no podrá ser superior a seis meses. 2) Circunstancias ocasionales y previsibles (aún estacionales o de temporada) pero de muy reducida duración, que no superen los 90 días al año -distribuidos como mínimo en dos periodos-, pudiendo utilizarse para cubrir vacaciones.

⁶⁸ SEMPERE NAVARRO, A.V.: “La temporalidad en el sector público tras la Ley 20/2021 de 28 diciembre”, <https://elderecho.com/la-temporalidad-en-el-sector-publico-tras-la-ley-20-2021-de-8-diciembre>

⁶⁹ ROQUETA BUJ, R.: *La reforma de la contratación temporal en las Administraciones Públicas*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2022, p. 21.

6.3. Derogación de la regulación del despido por causas empresariales

La anterior disposición adicional 16ª ET, derogada por el Real Decreto Ley 32/2021, regulaba el despido colectivo (y objetivo) en el sector público, territorial e institucional, reconociendo su aplicación por los cauces de los artículos 51 y 52 c) ET y en el marco de los mecanismos preventivos y correctivos regulados en la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas⁷⁰. Al tiempo, establecía un régimen jurídico asentado una particular definición de las causas justificativas⁷¹ solo para determinados entes del sector público regulados en el art. 3.2 LCSP⁷². Mientras una empresa privada tendrá que acreditar unos resultados de los que se desprenda una situación negativa, en casos tales como la existencia de “pérdidas actuales” o “previstas”, o la “disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas”, si se trataba de una Administración había que atender a otros síntomas, localizados por la derogada disposición adicional 16ª ET en el estado de las fuentes financieras: una situación de “insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes”⁷³, esto es, un desequilibrio entre ingresos previstos y gastos conformados en el presupuesto, distinguiendo, por tanto, “entre presupuestación y caja porque una cosa es tener crédito y otra tener dinero para pagarlo”⁷⁴. Y ello porque los ingresos de la Administración no dependen de las fluctuaciones de la demanda en el seno de un mercado competitivo, sino de la planificación presupuestaria que prevé una financiación, de posible incremento o reducción por la vía impositiva, y unos gastos, que también dependen de la voluntad de la Administración⁷⁵. En todo caso, se entendió que la insuficiencia presupuestaria era persistente si se producía durante tres trimestres consecutivos⁷⁶. Por otra parte, se entendió que concurrían causas técnicas, cuando se produjeran cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de la prestación del servicio público de que se trate y causas organizativas, cuando se

⁷⁰ MORENO VIDA, M. N.: “Despidos colectivos y ERTes por causas económicas o de reorganización en el empleo público”, en GARCÍA MURCIA, J. (Dir.): *Contrato de trabajo y relación laboral en el ámbito de las Administraciones Públicas*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2001, p. 505.

⁷¹ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Despidos y otras medidas de (re)estructuración de plantillas laborales en el sector público*, Madrid, Iustel, 2013. pp. 66 y ss.

⁷² En concreto: “a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla y las Entidades que integran la Administración Local. b) Las Entidades Gestoras y los Servicios Comunes de la Seguridad Social. c) Los Organismos Autónomos, las Universidades Públicas y las autoridades administrativas independientes. d) Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refiere la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y la legislación de régimen local, así como los consorcios regulados por la legislación aduanera. l) A los efectos de esta Ley, se entiende que también forman parte del sector público las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco en lo que respecta a su actividad de contratación”.

⁷³ CRUZ VILLALÓN, J.: “Los expedientes de regulación de empleo en las Administraciones públicas”, *Revista de Derecho Social*, n.º 49, 2010, p. 17.

⁷⁴ PALOMAR OLMEDA, A.: “El despido colectivo en el ámbito del sector público: primeras consideraciones”, *Aranzadi Doctrinal*, n.º 11, 2012, p. 3.

⁷⁵ ROJAS RIVERO, G. P.: “La reforma laboral 2012 en las Administraciones Públicas”, *Revista del IVAP*, n.º 4, 2013, pp. 60 y 64 ó MOLINA HERMOSILLA, O.: “Balance de la aplicación de la reforma laboral en materia de despidos colectivos en la Administración”, *Relaciones Laborales*, n.º 10, 2013, p. 67.

⁷⁶ Con mayor detalle, el art. 35.2 Real Decreto 1483/2012 entendió que existía insuficiencia presupuestaria “sobrevvenida y persistente” cuando concurrieran, acumulativamente, las siguientes circunstancias: “a) Que en el ejercicio anterior la Administración Pública en la que se integra el Departamento, órgano, ente, organismo o entidad hubiera presentado una situación de déficit presupuestario, y b) Que los créditos del Departamento o las transferencias, aportaciones patrimoniales al órgano, ente, organismo o entidad, o sus créditos, se hayan minorado en un 5 por 100 en el ejercicio corriente o en un 7 por 100 en los dos ejercicios anteriores. A estos efectos, se tendrán en cuenta tanto las rebajas efectuadas en el presupuesto inicial como, respecto del ejercicio en curso, las realizadas en la fase de ejecución presupuestaria”. La Sala Tercera del Tribunal Supremo, en Sentencia de 19 de mayo de 2015, declaró que el criterio reglamentario suponía una desviación del criterio legal, sustituyendo un dato material o sustantivo, como es la imposibilidad de financiar los servicios públicos encomendados, por un dato puramente formal. TRILLO PÁRRAGA, F.: “El despido del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”, *Revista de Derecho Social*, n.º 57, 2012, p. 169.

produjeran cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal adscrito al servicio público⁷⁷.

Cierto es que, en un primer momento y a la vista del tenor legal, fueron muchas las entidades del sector público que se lanzaron a hacer uso de los recursos extintivos que la Ley 3/2012 trataba de facilitar, pero también muchos han sido los pronunciamientos que han declarado los despidos no ajustados a derecho o simplemente los han anulado, con los consiguientes efectos económicos que ello ha hecho derivar para los empresarios públicos afectados⁷⁸. Esto ha provocado un lógico efecto de cautela en la puesta en práctica de estas medidas extintivas.

Sea como fuere, la derogación de la disposición adicional 16^a ET plantea la duda de si los entes del sector público pueden acudir o no a la vía del despido objetivo y colectivo, razón por la cual caben dos posturas. Una, prohibitiva. Otra, permisiva, más acertada acudiendo a un doble argumento:

Por un lado, la Directiva 98/59, sobre aproximación de legislaciones en materia de despidos colectivos, excluye de su ámbito de aplicación a los trabajadores de las Administraciones Públicas o de las instituciones de Derecho Público [art. 1.2 b)], crítica que ha sido salvada entendiendo que el hecho de que la Directiva no afecte a los trabajadores públicos no impide que los ordenamientos de cada Estado miembro puedan establecer en su territorio la aplicación del despido colectivo, ni entraña colisión alguna con la posible afectación de los despidos a los trabajadores de este ámbito. Lo que la exclusión prevista en la Directiva supone, en tanto que se trata de una norma que fija directrices que los Estados miembros vienen obligados a trasponer, es, precisamente, que las soberanías estatales no tienen la obligación de aplicar el contenido de la Directiva en el sector público, pero no implica que no puedan contemplar en su normativa interna el reconocimiento de la aplicación del despido colectivo en el sector público si así lo consideran conveniente.

Por otro, el art. 7 TREBEP, que regula el sistema de fuentes aplicable al personal laboral, en virtud del cual “el personal laboral al servicio de las Administraciones públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan”. Solo hay una previsión específica en el TREBEP referida a despidos, pero se centra en el disciplinario, donde el art. 96 TREBEP establece que “el despido disciplinario del personal laboral sólo podrá sancionar la comisión de faltas muy graves y comportará la inhabilitación para ser titular de un nuevo contrato de trabajo con funciones similares a las que desempeñaban... Procederá la readmisión del personal laboral fijo cuando sea declarado improcedente el despido acordado como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave”.

Admitiendo, por tanto, la posibilidad de recurrir a los despidos por causas empresariales en el sector público, el problema radica en que la definición de las causas, el sistema de cómputo de los trabajadores afectados y el procedimiento articulado por el art. 51 ET y el Reglamento de desarrollo aplicable al sector privado no encaja con las especialidades de los entes públicos, lo cual va a dificultar la instrumentación de medidas de este tipo, máxime cuando el art. 52 e) ET tampoco está previsto para las Administraciones Públicas, pues establece que: “en el caso de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados por las Administraciones Públicas mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista”, el despido queda justificado “por la

⁷⁷ ROQUETA BUJ, R.: “La extinción de los contratos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el ámbito público”, en PALOMAR OLMEDA, A. (Dir.): *La Administración en un contexto de crisis*, Pamplona, Aranzadi, 2012, p. 528 o LALAGUNA HOLZWARTH, E.: “Despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas en la Ley 3/2012”, *Aranzadi Social*, n.º 6, 2012, p. 11.

⁷⁸ Por todas, STS, Social, 26 junio 2014 (rec. 219/2013).

insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate”⁷⁹.

Por lo demás, se mantiene la vigencia de la disposición adicional 17ª ET, en virtud de la cual “lo previsto en el art. 47 no será de aplicación a las Administraciones Públicas y a las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de una o varias de ellas y de otros organismos públicos, salvo a aquellas que se financien mayoritariamente con ingresos, obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado”. No caben, por tanto, Ertes suspensivos ni de reducción de jornada⁸⁰. Para determinar si una entidad de financia mayoritariamente con ingresos, de cualquier naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios, “se tendrá en cuenta que la entidad no esté clasificada como Administración Pública en el inventario de entes del sector público estatal, autonómico o local, de conformidad con los criterios de contabilidad nacional, de acuerdo con la información disponible en el portal web del Ministerio de Hacienda”. Y en caso de que la entidad no figure en el correspondiente inventario, deberá justificarse por la entidad la presentación ante el citado ministerio de la solicitud de inclusión en el mismo (disposición adicional 3ª Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre)⁸¹.

Así pues, tras la expansión de la pandemia por la covid-19 y la declaración del estado de alarma, el Real Decreto Ley 8/2020 introdujo la posibilidad de que las empresas pudieran solicitar Ertes por fuerza mayor o por causa económica, técnica, organizativa o de producción. De tal posibilidad han quedado excluidas las Administraciones Públicas por no entrar en el ámbito subjetivo del art. 47 ET. Así lo reconocen la Sentencia del Juzgado de lo Social de Vitoria de 27 de mayo de 2020 (núm. 63/2020) en relación con una sociedad mercantil pública en la que el capital social pertenece en más del 50 por 100 al Ayuntamiento de Vitoria y el Auto del Juzgado de lo Social número 1 de León de 12 de mayo de 2020 (núm. 22/2020) en relación con el Ayuntamiento de Valverde de la Virgen. El personal laboral de las Administraciones Públicas cuyas actividades se hubieran interrumpido y no pudieran realizar teletrabajo quedaron protegidos a través del art. 48 j) TREBEP, que reconoce un permiso “por tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público o personal”.

7. EXTERNALIZACIÓN DE FUNCIONES DE INTERÉS GENERAL: EL EMPLEO PÚBLICO INDIRECTO

La temporalidad en la contratación también ha quedado vinculada a la tipicidad de las técnicas de descentralización productiva que no se limita al sector privado, sino que también ha penetrado y cuenta ya con general y fuerte implantación en el sector público, en el que llega a estar presente en casi todas sus actividades, tanto en las precisas para el funcionamiento ordinario de las entidades que lo componen (vigilancia, limpieza de locales, mantenimiento de instalaciones y equipos, gestión administrativa, etc.), como en las precisas para dispensar a los ciudadanos las prestaciones o servicios inherentes al Estado del Bienestar: sanidad, educación y servicios sociales.

Se puede advertir que el contrato administrativo con empresas contratistas o concesionarias, que aportan sus medios humanos y materiales a la prestación de la encomienda pública asumida, ha pasado a ocupar un lugar muy destacado en el quehacer de las Administraciones como decisión imprescindible en muchas ocasiones si se quiere lograr la contención del déficit público reduciendo gastos en personal y la ansiada eficiencia en la dispensa del servicio a favor de los ciudadanos al

⁷⁹ LÓPEZ CUMBRE, L.: Los efectos de la reforma laboral en el empleo público”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 24, 2012, p. 22.

⁸⁰ PURCALLA BONILLA, M. A. y PRECIADO DOMÉNECH, C. H.: “Extinción del contrato de trabajo versus suspensión y reducción de jornada en el Real Decreto Ley 3/2012”, *Aranzadi Social*, n.º 2, 2012, p. 9: ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: “La insuficiencia presupuestaria de las Administraciones Públicas o entidades sin ánimo de lucro contratantes como causa de despido objetivo”, *Aranzadi Social*, n.º 6, 2005, pp. 38 y ss.

⁸¹ TREVIÑO PASCUAL, M.: *Procedimientos de despido colectivo en las Administraciones Públicas*, Albacete, Bomarzo, p. 11.

menor coste posible⁸². La propia limitación temporal de los contratos administrativos comportaba que los trabajadores al servicio del empresario adjudicatario sean contratados a través de tipologías contractuales de duración determinada, de manera que mediante el recurso a este fenómeno se asiste a una suerte de “sustitución de lo que debería ser empleo de carácter indefinido ligado a la propia Administración por un empleo temporal a través de la empresa privada que se hace cargo de la prestación del servicio público”⁸³, posibilidad a día de hoy vetada.

La reforma de 2012 impulsó una permisiva regulación de las contrata y subcontratas [art. 42 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET)]⁸⁴, que posibilitaba el recurso al reclutamiento temporal, normalmente a través del contrato por obra o servicio vinculado a la duración de la relación mercantil o administrativa⁸⁵. La reforma de 2021 impide, empero, recurrir a este cauce con carácter general y específicamente para los supuestos de contrata y subcontratas, siguiendo la interpretación judicial sostenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 2020⁸⁶, en virtud de la cual cuando la actividad de la contratista consiste “precisamente, en desarrollar servicios para terceros”, no concurre el requisito de que esa obra o servicio presente la “autonomía y sustantividad propia, dentro de lo que es la actividad laboral de la empresa”, que se exigía con anterioridad a la reforma de 2021 para poder justificar la temporalidad del contrato de trabajo.

Además, la reforma de 2021 da entrada para cubrir las necesidades de personal asociadas a contrata y concesiones administrativas al contrato fijo-discontinuo siempre y cuando las relaciones interempresariales *impulsadas en este caso por adjudicadores públicos, “siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa” (nuevo art. 16 ET), en cuyo caso los periodos de inactividad solo podrán producirse como plazos de espera de recolocación entre subcontrataciones*”.

Ello se completa con la prohibición del nuevo art. 15 ET sobre la utilización del modificado contrato eventual para “*la realización de trabajo en el marco de contrata, subcontratas o concesiones administrativas que constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa*”, sin perjuicio “*de su celebración cuando concurren las circunstancias de la producción en los términos [previstos con carácter general para este contrato]*”; esto es, una vez que se esté desarrollando la actividad de la contrata, se puede acudir a la contratación temporal por circunstancias de la producción, bien por “*el incremento ocasional e imprevisible de la actividad y las oscilaciones, que aun tratándose de la actividad normal de la empresa, generan un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere*”, o bien ante “*situaciones ocasionales, previsibles y que tengan una duración reducida*” (noventa días).

Ahora bien, tampoco cabe olvidar que la finalización de la contrata o la minoración de su volumen sin posibilidades de continuidad seguirá justificando la posibilidad de extinguir los contratos de trabajo vía despido colectivo u objetivo⁸⁷, lo cual provocará únicamente la sustitución

⁸² RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “Aproximación a la colaboración público-privada en el mercado de trabajo español”, *Temas Laborales*, n.º 25, 2014, p. 56.

⁸³ SANGUINETTI RAYMOND, W.: “Privatización de la gestión de servicios públicos y precarización del empleo: la inaplazable necesidad de un cambio de modelo”, *Revista de Derecho Social*, n.º 39, 2007, p. 23.

⁸⁴ MONEREO PÉREZ, J. L.: “La subcontratación empresarial. Valoración crítica del modelo de subcontratación laboral en España”, MONEREO PÉREZ, J. L. y PERÁN QUESADA, S. (Dirs.) et al: *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial. Aspectos laborales y de Seguridad Social*, Granada, Comares, 2018, pp. 341 y ss.; y pp. 1-22.

⁸⁵ MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M. N. y LÓPEZ INSUA, B. M.: “La descentralización productiva a través de la subcontratación en el sector público y vicisitudes subrogatorias”, *Revista de Derecho Social*, n.º 85, 2019, pp. 13 y ss.; CALVO GALLEGU, F. J.: “Transmisión de empresas, sucesión de contrata y sector público”, *Temas Laborales*, n.º 114, 2012, p. 114.

⁸⁶ Rec. 1137/2020. Seguida por la STS 2 febrero 2021 (rec. 3645/2018).

⁸⁷ SSTS, Social, 28 abril 2015 (rec. 1016/2014) o 12 junio 2008 (rec. 1725/2007).

de la indemnización anterior de doce días de salario por año de servicio por otra mayor de veinte días de salario por año de servicio.

En fin, resta por recordar que no son infrecuentes supuestos en los cuales las Administraciones Públicas deciden revertir contrataciones con empresas privadas. A tales efectos, el nuevo art. 130.3 LCSP prevé que “en caso de que una Administración Pública decida prestar directamente un servicio que hasta la fecha venía siendo prestado por un operador económico, vendrá obligada a la subrogación del personal que lo prestaba si así lo establece una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general” (no pacto extraestatutario, ni acuerdo de empresa)⁸⁸.

Así pues, el art. 130.3 LCSP trata de evitar que las entidades públicas procedan a incorporar voluntariamente plantilla procedente de la empresa privada que cesa en el servicio sin estar obligadas a ello por una disposición legal (art. 44 ET o norma de reestructuración), de modo que las Administraciones Públicas no pueden subrogarse en la posición empresarial de forma libre y voluntaria en aquellos casos en que no concurren los presupuestos aplicativos de la sucesión de empresa a no ser que cuenten con un específico amparo legal por transmitirse “conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio”, en la medida que ello podría significar el incumplimiento de los principios de igualdad, capacidad y mérito que rigen el acceso al empleo público. Esta nueva previsión de la LCSP es la que había sido acogida previamente por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado⁸⁹, la Abogacía del Estado⁹⁰, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales⁹¹ y algunas sentencias del orden contencioso-administrativo⁹² y queda además corroborada por lo dispuesto en el art. 308.2 LCSP, en virtud del cual “a la extinción de los contratos de servicios, no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal de la entidad contratante”⁹³.

La concurrencia del requisito de transmisión de infraestructura material como paradigma del tipo *normativo* (no exclusivo en el supuesto de hecho normativo, pues en su textura abierta también comprende el cambio de titularidad de empresas desmaterializadas atendiendo a ciertas circunstancias concurrentes) exigido por el art. 44 ET⁹⁴ ha sido analizada recientemente por tres sentencias del Tribunal Supremo referidas concretamente a supuestos de reversión de la actividad tras finalizar la contrata:

Por un lado, la aludida Sentencia de 19 de septiembre de 2017⁹⁵, que entiende que concurre la obligación de subrogación por el Ministerio de Defensa dada la transmisión de elementos de infraestructura material de la organización significativos e imprescindibles para llevar a cabo la actividad transmitida, en este caso el servicio de restauración (frigoríficos, congeladores, hornos y

⁸⁸ Entre otras, STS, Social, 22 mayo 2000 (rec. 2892/1999).

⁸⁹ Informe 31/1999, de 30 de junio de 1999.

⁹⁰ Dictamen de 29 de junio de 2005.

⁹¹ Resolución 75/2013, de 14 de febrero, y 965/2015, de 23 de octubre.

⁹² SSTS, Cont-Adm, 16 marzo 2015 (rec. 1009/2015), 8 junio 2016 (rec. 1602/2015) ó 18 junio 2019 (rec. 702/2016).

⁹³ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Los procesos de externalización y reversión de servicios públicos”, en MONEREO PÉREZ, J. L., GONZÁLEZ DE PATTO, R. M., VIDA FERNÁNDEZ, R. y SPINELLI, C. (Dirs.): *El empleo público: puntos críticos en los ordenamientos italiano y español*, Pamplona, Aranzadi, 2018, pp.323 y ss., en particular, 329-330 y 338 y ss.

⁹⁴ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987, pp. 186 y ss., y 198 y ss.; MONEREO PÉREZ, J. L.: *La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad. Estudio del ordenamiento interno y comunitario*, Madrid, Ibidem ediciones, 1999, cap. II (“El paradigma laboral de empresa transmisible en Derecho interno y comunitario: el objeto de la transmisión en la normativa sucesoria laboral”), pp. 17-122.

⁹⁵ Rec. 2629/2016.

utensilios) y cocinas con independencia de que estos medios siempre hubieran sido propiedad de la Administración.

Por otro, la Sentencia de 26 de septiembre de 2017⁹⁶, en virtud de la cual la empresa Renfe decide recuperar los servicios de información y atención al cliente y servicios auxiliares de uno de sus centros de trabajo (intensivos en recursos humanos) que se habían venido prestando a través de una contrata, pasando a prestar estos servicios con sus propios trabajadores, por lo que no se hace cargo de ningún trabajador de la empresa contratista, la cual procede a cesar por causas objetivas a los trabajadores que estaban prestando dichos servicios. El Alto Tribunal considera que la reversión de la contrata no implica sucesión de empresa ni, por lo tanto, obligación de subrogación con base en los siguientes tres argumentos: a) la empresa revierte determinados servicios que había externalizado y que descansan esencialmente en la mano de obra, pero no consta transmisión de medios o infraestructura material; b) tampoco consta que haya incorporado a su plantilla el núcleo mayoritario de trabajadores de la contratista; y c) la transmisión no tiene por objeto una entidad económica que mantenga su identidad tras el cambio de titular, no en vano la identidad de la entidad económica controvertida descansa esencialmente en la mano de obra y no puede mantenerse si el cesionario no se hace cargo de la mayor parte de la plantilla.

En fin, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2022⁹⁷, que reconoce que tras la reversión del servicio al Ayuntamiento de Andoain, éste no debe subrogarse en los contratos de los trabajadores que estaban adscritos al mismo. Nos encontramos con una actividad (en este caso de limpieza viaria) que descansa básicamente sobre la mano de obra y que, tras la reversión al Ayuntamiento demandado, éste pasa a prestarla en su integridad con su propio personal municipal y medios, sin que finalmente figure constatada la transmisión de éstos. El Ayuntamiento no asume tampoco a una parte significativa de la plantilla del personal laboral de la empresa concesionaria o contratista (si lo hubiera hecho se estaría ante un caso de “sucesión de plantilla”, que es un supuesto de cambio de titularidad de empresa laboral “desmaterializada” encuadrable, con todas sus consecuencias, en la Directiva 2001/23/CE y en la normativa de interna de transposición principalmente, a saber, el vigente art. 44 ET y normas concordantes). La entidad económica (organización empresarial de textura abierta, pues comprende tanto a las transmisiones de empresas “materializadas” como a empresas “desmaterializadas”), basada fundamentalmente en los trabajadores como parte de la organización, no mantiene su identidad si el nuevo empresario que prosigue con la actividad no se hace cargo de una parte esencial o significativa de esos trabajadores o empleados⁹⁸.

Por su parte, el Tribunal Europeo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre un supuesto de reversión de servicios públicos locales, donde una empresa municipal, cuyo único accionista es un *municipio*, se disuelve mediante acuerdo del órgano ejecutivo de ese municipio, y cuyas actividades se transfieren parcialmente a dicho municipio y pasan a ser ejercidas directamente por éste, y parcialmente a otra empresa municipal reconstituida a tal fin, de la que el propio municipio es el único accionista (asunto *Piscarreta Ricardo*)⁹⁹, recordando que para que proceda la subrogación, aunque afecte a un trabajador en excedencia, es necesario que la transmisión recaiga sobre una unidad económica que mantenga su identidad tras su adquisición por el nuevo empresario y que para valorar esta exigencia “deberán tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trate, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios o bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de

⁹⁶ Rec. 3533/2015.

⁹⁷ Rec. 84/2022.

⁹⁸ Reitera doctrina de las SSTs 8 junio 2021 8rec. 30004/2018) y 16 julio 2020 (rec. 123/2019).

⁹⁹ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J. A.: “La remunicipalización de los servicios públicos y su dimensión laboral: Derecho europeo y sucesión (caso *Piscarreta Ricardo*)”, *La Ley Unión Europea*, n.º 53, 2017.

los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades”¹⁰⁰.

Todo ello sin olvidar que el art. 130.3 LCSP prevé la obligación de subrogación de la Administración en los supuestos de reversión no sólo cuando derive de una norma de rango legal en referencia a lo previsto en el art. 44 ET sino también cuando lo disponga “un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general”¹⁰¹. Ahora bien, las cláusulas convencionales sectoriales a favor del traspaso de trabajadores en el supuesto de sucesión de contratas no pueden ser, sin más, de aplicación cuando la gestión del servicio revierte a la Administración u otro ente administrativo, en tanto dicha regulación convencional únicamente podría afectar a las empresas incorporadas al ámbito personal del convenio, pero nunca a empleadores en él no incluidos¹⁰²; es decir, el convenio colectivo “ni puede contener cláusulas obligacionales que afecten a quienes no son parte en la negociación ni, en su contenido normativo, establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación”¹⁰³, razón por la cual la subrogación incorporada en una norma paccionada no obligaría a la Administración¹⁰⁴. La empresa concesionaria o contratista es, pues, quien debe proceder a la extinción de los contratos y al abono de las indemnizaciones, máxime cuando el Tribunal Supremo ha cambiado doctrina en relación con la posibilidad de que en alguna Corporación Local de escasas dimensiones fuera el convenio colectivo de sector el que regulara las condiciones de trabajo de los trabajadores no funcionarios¹⁰⁵.

Cabe plantear el interrogante relativo a si la LCSP da soporte legal a la posibilidad de que los convenios de las Administraciones Públicas y sus empleados laborales pueden incluir cláusulas de subrogación respecto de los trabajadores de las anteriores empresas contratistas en los supuestos de reversión. En primer lugar, podría deducirse que la no afectación de estos últimos por los instrumentos de negociación previstos en el TREBEP implicará el carácter no obligatorio para ellos, debiendo estar a los efectos de una subrogación contractual que requiere el consentimiento de los trabajadores, exigencia que en la práctica no supondría problema alguno para el colectivo de trabajadores y menos aún para la empresa cedente que, aunque no le vincula el convenio, evitaría así

¹⁰⁰ STSJCE de 20 de julio de 2017, asunto C-416/16.

¹⁰¹ Hay que tener en cuenta que la sucesión de empresa no sólo se puede producir por la vía de transmisión de infraestructura productiva, sino también por sucesión de plantillas, sea por convenio colectivo, o sea por asunción de una parte significativa de la plantilla de la empresa contratista o concesionaria. Sobre esta problemática puede consultarse MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G.: “Sucesión de plantilla en la empresa por subrogación convencional –«ex convenio colectivo sectorial»». La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su recepción por el Tribunal Supremo”, en *La Ley Unión Europea*, n.º 65, 2018; MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M. N., y LÓPEZ INSUA, B. M.: “Reorganización y modernización de las Administraciones Públicas: sucesión laboral y despidos colectivos”, en *Gestión y Análisis de Políticas Públicas (GAPP)*, n.º 22, 2019. <https://doi.org/10.24965/gapp.i22.10630>; MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M. N.: “La subrogación contractual a través de la negociación colectiva”, en VV.AA.: *La negociación colectiva como institución central del sistema de relaciones laborales. Estudios en homenaje al profesor Fernando Valdés Dal-Ré*, Cruz Villalón, J., González Posada Martínez, E., y Molero Marañón, M. L. (Dirs.), Lahera Forteza, J. y Murcia Clavería, A. (Coords.), Albacete, Bomarzo, 2021, pp. 491 y ss. El criterio fue mantenido originariamente por MONEREO PÉREZ, J. L.: “Continuidad de las relaciones de trabajo en la gestión indirecta de servicios y actividades. El cambio de titularidad en las contratas y concesiones administrativas”, en *Relaciones Laborales*, n.º 7, 1986, pp. 9-43. Sobre el concepto de “entidad económica organizada”, véase MONEREO PÉREZ, J. L.: *La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad*, Madrid, Ibidem Ediciones, 1999. La defensa originaria de la aplicación matizada –atendiendo a sus peculiaridades– de la normativa sucesoria laboral en los supuestos de “subrogación convencional”, con base en una noción funcional de unidad u organización productiva, fue realizada en MONEREO PÉREZ, J. L.: “Continuidad de las relaciones de trabajo en la gestión indirecta de servicios y actividades. El cambio de titularidad en las contratas y concesiones administrativas”, *Relaciones Laborales*, n.º 7, 1986, pp. 9-43.

¹⁰² Entre otras, STS, Social, 22 mayo 2000 (rec. 2892/1999).

¹⁰³ STS, Social, 28 octubre 1996 (rec. 566/1996).

¹⁰⁴ SSTS, Social, 21 abril 2015 (rec. 91/2014) y 28 marzo 2018 (rec. 940/2016).

¹⁰⁵ STS, Social, 6 mayo 2019 (rec. 409/2018).

la eventual extinción de los contratos y el pertinente pago de las indemnizaciones. Ahora bien, aceptar esta hipótesis implicaría que las Administraciones Públicas, a través de la autonomía colectiva, pueden comprometerse voluntariamente con los representantes de los empleados públicos -en supuestos extramuros del art. 44 ET-a integrar en su plantilla al personal asalariado de las empresas contratistas sin la debida observancia de los principios de mérito y capacidad reconocidos en la CE ni de los procedimientos selectivos previstos en el TREBEP, de manera que el convenio vulnera la norma constitucional y otra de rango legal de derecho necesario absoluto¹⁰⁶. Por la misma razón tampoco podría admitirse un acuerdo sobre materias concretas a nivel de la propia Administración o uno de sus centros, ni tampoco un acuerdo interprofesional, supuesto este último en el que se une además una falta de asociaciones más representativas de empleadoras públicas o la imposibilidad de afiliarse a las ya existentes, ni tampoco, a la postre, un acuerdo sectorial público, donde también es muy difícil instrumentar la representatividad por la parte empleadora¹⁰⁷.

Dentro de los contornos señalados, surge, a la postre, una duda sustancial sobre la cualidad en la que se produce tal incorporación, en los casos en los que efectivamente proceda, sin que la categoría de “personal indefinido no fijo” sea una solución satisfactoria a la luz de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁰⁸, pues no aseguran adecuadamente el principio de estabilidad en el empleo. Sin embargo, recientemente el Tribunal Supremo ha rectificado doctrina previa en la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 28 febrero 2022¹⁰⁹, donde se aborda la decisión de una Corporación Municipal de subrogarse en el contrato de trabajo de una trabajadora de una empresa privada (asistencia domiciliaria), pero advirtiendo que no podía reconocer la fijeza preexistente, ya que no había superado pruebas para acceder a un empleo público, correspondiendo la consideración como “personal indefinido no fijo”. El Alto Tribunal entiende, sin embargo, que cuando una Administración Pública se subroga, por transmisión de empresa, en un contrato de trabajo que tenía carácter fijo, debe mantenerse esa condición y no es adecuado imponer la categoría de personal indefinido no fijo porque no concurre ninguna irregularidad que avale esta conclusión. Ahora bien, introduce un importante matiz: la fijeza no está adquirida incondicionadamente en todo el ámbito de la Administración empleadora, sino funcionalmente limitada al objeto de la transmisión y sin perjuicio de que puedan acaecer otro tipo de vicisitudes a posteriori.

8. PROYECCIONES DE UN FUTURO EN CONDICIONES DE INCERTIDUMBRE

La reducción de la temporalidad de los empleados públicos, al que responden las reformas operadas a finales de 2021, forma parte de un sólido compromiso incorporado al componente 11 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia presentado por el Gobierno el 13 de abril de 2021 para la utilización de los instrumentos comunitarios de financiación Next Generation, lo cual merece una valoración positiva.

¹⁰⁶ YAGÜE BLANCO, S. y ALTÉS TÁRREGA, J.: “Reversión de contrata públicas y sucesión de empresas a la luz de las nuevas LCSP y LPGE 2017”, *Comunicación presentada en el XXXVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Santiago de Compostela 2018. Opinión diversa a la de estos autores, admitiendo la posibilidad de que la Administración pueda comprometerse a través de un convenio colectivo propio o de un acuerdo de empresa a asumir al personal si decide recuperar el servicio, ROQUETA BUJ, R.: *El empresario público. La gestión del personal laboral tras la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Pamplona (Aranzadi), 2018, p. 175; MAURI MAJÓS, J.: “Consecuencias de la remunicipalización en materia de personal”, *Cuadernos de Derecho Local*, n.º 43, 2017, pp. 98 y ss.

¹⁰⁷ YAGÜE BLANCO, S. y ALTÉS TÁRREGA, J.: “Reversión de contrata públicas y sucesión de empresas a la luz de las nuevas LCSP y LPGE 2017”, *Comunicación presentada en el XXXVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Santiago de Compostela, 2018.

¹⁰⁸ SSTJUE de 13 de junio de 2019, C-317/18, asunto *Catía Correia Moreira y Municipio de Portimao*, 11 de febrero de 2021, C-760/18, asunto *Agios Nikolaos* y 3 de junio de 2021, C-726/2019, asunto *Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario*.

¹⁰⁹ Siguiendo las pautas marcadas por la STJUE de 13 de junio de 2019, C-317/18, asunto *Moreira*. SELMA PENALVA, A.: “Reversión de servicios públicos: últimos pronunciamientos”, *Net 21*, n.º 11, 2022 <https://www.net21.org/reversion-de-servicios-publicos-ultimos-pronunciamientos/>

Ahora bien, sin desmerecer el calado de esta necesaria intervención normativa máxima cuando en los próximos años se espera una avalancha de jubilaciones, no cabe olvidar que una prestación eficiente de los servicios de interés general que asegure el bienestar de los ciudadanos exige una serie de cambios adicionales, que pasan por la digitalización de los todos procesos administrativos mediante la consolidación en el uso de las nuevas tecnologías, la correcta atención a los usuarios a la hora de resolver sus problemas, el impulso a la descarbonización energética de las dependencias públicas, así como de un mayor control en la utilización de los recursos públicos acompañado de una mejor rendición de cuentas. Una intervención transversal y ordenada del legislador capaz de dar respuesta a todas estas exigencias no debe de demorarse, dispensando especial atención a la dignificación del determinante papel a desarrollar en condiciones laborales dignas por los efectivos públicos, punto clave de una buena Administración que ha de perseguir el interés general dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho.

En definitiva, y con mayor amplitud de miras, la Administración del futuro exige un replanteamiento apegado a las necesidades reales de la población y a su vocación de servicio a la sociedad, donde primer un modelo de recursos humanos anclado en la profesionalidad y excelencia, de manera que la estabilidad no solo se manifieste en el empleo sino también en una esperanza de carrera bien secuenciada capaz de detectar desviaciones y corregirlas¹¹⁰ en el marco de una política decidida y rigurosa de captación y retención del talento¹¹¹. Como ha se ha hecho notar, “si los ajustes actuales son inevitables, la reformas en profundidad son necesarias para el futuro de este país”¹¹².

¹¹⁰ PALOMAR OLMEDA, A.: “Las políticas públicas de emergencia en la gestión de los recursos humanos”, en CASTILLO BLANCO, F. A. (Dir.): *La reforma del sector público*, Sevilla, Instituto García-Oviedo, 2014, p. 211.

¹¹¹ GONZÁLEZ DE PATTO, R. M.: “La contratación flexible en el empleo público: luces y sombras”, en MONEREO PÉREZ, J. L., GONZÁLEZ DE PATTO, R. M., VIDA FERNÁNDEZ, R. y SPINELLI, C., (Dir.) *et al: El empleo público: puntos críticos en los ordenamientos italiano y español*, Pamplona, Aranzadi, 2018, p. 240.

¹¹² SÁNCHEZ MORÓN, M.: “Ajustes y reformas en el empleo público”, en RODRÍGUEZ-CAMPOS, S. (Dir.): *El empleo público en tiempos de reformas*, Madrid, Marcial Pons, 2014, p. 37.